

**UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA.**

**«La ordenación del mercado del transporte marítimo  
internacional de línea regular»**

**Autora: Carmen Dolores Alomar Martín  
Director: Dr. D. Antonio Pérez Voituriez**

**Departamento de Derecho Internacional y Procesal**

## INDICE

ABREVIATURAS	
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>13</b>
I. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN.....	15
II. SISTEMÁTICA.....	22

### **PRIMERA PARTE** **LA REGULACIÓN DEL MERCADO DEL TRANSPORTE** **MARÍTIMO INTERNACIONAL DE LÍNEA REGULAR**

#### **CAPÍTULO I** **EL MERCADO DEL TRANSPORTE MARÍTIMO** **INTERNACIONAL: ASPECTOS GENERALES**

I. CONSIDERACIONES GENERALES.....	33
II. LA ORGANIZACIÓN DEL MERCADO DEL TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL: SU UBICACIÓN EN EL ÁMBITO DEL COMERCIO INTERNACIONAL.....	34
1. <i>Premisa terminológica: Derecho del comercio internacional, Derecho     Mercantil internacional, Derecho económico internacional</i> .....	34
2. <i>La regulación del mercado del transporte marítimo internacional</i> .....	42
II. LA U.E. ANTE LA ORGANIZACIÓN DEL MERCADO DEL TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL.....	47
1. <i>La política común del transporte marítimo y el D.I.Pr.</i> .....	48
2. <i>Derecho comunitario y D.I.Pr.</i> .....	49

#### **CAPÍTULO II** **LOS PRIMEROS PASOS HACIA LA ORGANIZACIÓN DEL** **MERCADO DEL TRANSPORTE MARÍTIMO: LAS** **CONFERENCIAS MARÍTIMAS.**

I. INTRODUCCIÓN.....	55
II. LAS CONFERENCIAS MARÍTIMAS COMO SISTEMA DE RACIONALIZACIÓN DEL TRÁFICO DE LÍNEA REGULAR.....	56

**CAPÍTULO III**  
**LA REGLAMENTACIÓN DEL TRÁFICO MARÍTIMO**  
**CONFERENCIADO: PRIMERAS SOLUCIONES A NIVEL**  
**INTERNACIONAL**

I. CONSIDERACIONES GENERALES.....	65
II. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA COMO PROCEDIMIENTO DE PRODUCCIÓN JURÍDICA. ....	66
III. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA. ....	70
IV. UN PRIMER INTENTO DE REGULACIÓN DEL TRÁFICO MARÍTIMO CONFERENCIADO: EL CÓDIGO CENSA Y LOS TRABAJOS DE LA UNCTAD. ....	75

**CAPÍTULO IV**  
**EL CONVENIO SOBRE UN CÓDIGO DE CONDUCTA DE LAS**  
**CONFERENCIAS MARÍTIMAS (CÓDIGO UNCTAD)**  
**ANÁLISIS DE SU CONTENIDO**

I. CONSIDERACIONES GENERALES.....	83
<b>II. Ámbito de plicación.....</b>	<b>84</b>
III. DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN EL TRÁFICO. ....	87
1. <i>La participación en el tráfico.....</i>	88
2. <i>Países sin litoral. ....</i>	89
IV. LA ADOPCIÓN DE DECISIONES.....	91
V. LA RELACIÓN CON LOS USUARIOS. ....	93
VI. LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.....	94
<b>VII. Coexistencia entre el Código UNCTAD y los acuerdos bilaterales .....</b>	<b>97</b>

**CAPÍTULO V**  
**EL CÓDIGO UNCTAD Y EL TCE: LA “TÉCNICA” O “VÍA” DE**  
**LAS RESERVAS. ANÁLISIS DEL REGLAMENTO 954/79.**

I. CONSIDERACIONES GENERALES.....	107
-----------------------------------	-----

II. LAS RESERVAS COMUNITARIAS AL CÓDIGO UNCTAD.....	109
III. DECLARACIONES AL CÓDIGO.....	113
IV. CONTENIDO DEL REGLAMENTO 954/79.....	114
V. LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL REGLAMENTO 954/79... ..	116
VI. POSIBLES PROBLEMAS DERIVADOS DE LAS RESERVAS CONTENIDAS EN EL REGLAMENTO 954/79.....	121

**CAPÍTULO VI  
LA NACIONALIDAD DE LAS COMPAÑÍAS NAVIERAS.**

I. INTRODUCCIÓN. ....	127
II. LA NACIONALIDAD COMO FACTOR QUE DETERMINA EL DERECHO DE ACCESO AL TRÁFICO.....	127
III. LA COMPAÑÍA NAVIERA NACIONAL EN EL CÓDIGO UNCTAD Y EN EL REGLAMENTO 954/79.....	130
1. <i>La compañía naviera nacional en el Código UNCTAD: análisis de los     criterios atributivos de la condición de nacional.....</i>	132
A) Criterios utilizados por el Código UNCTAD. ....	133
2. <i>La nacionalidad de las compañías navieras en el marco de los Estados     comunitarios Partes del Código UNCTAD.....</i>	137
A) El derecho de establecimiento: sus beneficiarios. ....	139
3. <i>Las leyes relativas a la aplicación del Código UNCTAD adoptadas por     algunos Estados miembros.....</i>	144
A) Leyes con criterios restrictivos. Los casos de Francia e Italia.....	145
B) Leyes de carácter extensivo. Los casos del Reino Unido y Alemania.....	154
C) La situación de España.....	159
IV. DEFINICIÓN COMÚN DE ARMADOR COMUNITARIO.....	168

**PARTE II  
LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE INTERVENCIÓN  
DEL MERCADO: SU INCIDENCIA EN LAS RELACIONES  
JURÍDICO-PRIVADAS.**

**CAPÍTULO VII**

## LA INTEGRACIÓN COMUNITARIA AD EXTRA.

I. Introducción.....	177
II. Aplicación de los principios generales del TCE al transporte marítimo.....	177
III. La libre prestación de servicios y el tráfico marítimo internacional.....	183
1. <i>Ámbito de aplicación</i> .....	183
2. <i>Incidencia en el Derecho interno de los Estados miembros</i> .....	187
3. <i>Prohibición de acuerdos futuros</i> .....	191
IV. Libre prestación de servicios en el tráfico de cabotaje.....	198
1. <i>Entrada en vigor del Reglamento</i> .....	198
2. <i>El armador comunitario</i> .....	200
3. <i>Problemas de ley aplicable</i> .....	202
A) Aspectos relativos a la tripulación.....	202
B) Los contratos de servicio público.....	209
V. Modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 TCE al transporte marítimo internacional.....	211
1. <i>Ámbito de aplicación</i> .....	213
2. <i>Excenciones al artículo 85.1 del Tratado</i> .....	216
3. <i>Aplicación del artículo 86 del Tratado CE</i> .....	219
4. <i>La “afectación” del comercio entre Estados miembros en el marco del tráfico marítimo internacional</i> .....	228
VI. Aplicación de los artículos 85 y 86 TCE a los supuestos ajenos al ámbito de aplicación material del Reglamento 4056/86.....	232
1. <i>Modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 TCE a los transportes marítimos no cubiertos por el Reglamento 4056/86</i> .....	233
2. <i>Necesidad de superar la teoría de las Sentencias Nouvelles Frontières y Ahmed Saed</i> .....	241
3. <i>La nulidad de pleno derecho, ex art. 85.2, y la jurisdicción ordinaria</i> .....	245
VI. Represión de la práctica de tarifas desleales.....	248
VII. Reacción ante las medidas proteccionistas de terceros Estados.....	253
VIII. Los Reglamentos de 1986: ¿manifestación de las competencias internas o competencias externas de la Comunidad?.....	257

IX. Repercusión de los Reglamentos CEE en los Ordenamientos internos.....	261
---	-----

**CAPÍTULO VIII**  
**EL CÓDIGO UNCTAD Y LOS REGLAMENTOS**  
**COMUNITARIOS COMO NORMAS DE INTERVENCIÓN:**  
**PRINCIPALES CONSECUENCIAS**  
**JURÍDICO-PRIVADAS.**

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	265
II. LAS NORMAS DE INTERVENCIÓN.....	266
1. <i>Normas de intervención/leyes de policía</i> .....	267
III. LAS NORMAS DE INTERVENCIÓN EN EL MERCADO DEL TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL.....	272
IV. EL PAPEL DE LA AUTONOMÍA PRIVADA.....	276
1. <i>Relación entre compañías navieras</i> .....	277
2. <i>La relación naviera/cargador</i> .....	281
V. INCIDENCIA DE LAS NORMAS DE INTERVENCIÓN EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO.....	286
1. <i>Pluralidad de técnicas de reglamentación</i> .....	286
A) Armonización vía Directivas.....	287
B) Uniformación a través de Convenios.....	288
C) El Reglamento como cauce de unificación en materia de transporte marítimo internacional.....	290
2. <i>Caracterización de los Reglamentos CEE como normas de intervención</i> .....	294
3. <i>Consecuencias jurídico-privadas derivadas de la aplicación de los Reglamentos 4057/86 y 4058/86</i> .....	300
A) Consecuencias jurídico-privadas derivadas de la imposición de un derecho corrector.....	300
B) Consecuencias jurídico-privadas derivadas de la imposición de una contramedida.....	307

C) Consecuencias jurídico-privadas derivadas de la aplicación del Derecho de la competencia al transporte marítimo internacional.....	311
---	-----

**CAPÍTULO IX**  
**APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA**  
**NORMATIVA REGULADORA DEL DERECHO DE LA**  
**COMPETENCIA**

I. INTRODUCCIÓN. ....	317
II. UNA APROXIMACIÓN A LAS DISCUSIONES TERMINOLÓGICAS O DE DENOMINACIÓN.....	323
III. PROBLEMAS PLANTEADOS POR LA EFICACIA EXTRATERRITORIAL DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.....	324
1. <i>El criterio de los efectos.</i> ....	328
2. <i>Criterio de la unidad de grupo de empresa (economic entity doctrine).</i> ....	336
3. <i>Jurisdiction e Imperium.</i> ....	339
A) Propuesta de la Comisión para la cooperación internacional.....	343
4. <i>Límites impuestos por el Derecho internacional.</i> .....	347
A) Interest balancing approach.....	349
B) Otras teorías de origen anglosajón.....	352
III. EL JUEZ DEL FORO ANTE LA NORMATIVA REGULADORA DE LA COMPETENCIA DE UN TERCER ESTADO.....	358
1. <i>El juez del foro ante el Derecho público de un tercer Estado.</i> ....	358
2. <i>Corrientes doctrinales que no admiten el conflicto de leyes en materia de competencia.</i> .....	361
3. <i>Posiciones doctrinales que aceptan la existencia de un conflicto de leyes antitrust en base a una aplicación parcial del Derecho de la competencia extranjero por parte del juez del foro.</i> .....	363
4. <i>Pluralidad de situaciones.</i> ....	366
IV. LAS LEGISLACIONES DE BLOQUEO ( <i>BLOCKING STATUTES</i> ). ....	377

**CAPÍTULO X**

**LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DEL DERECHO DE  
LA COMPETENCIA COMUNITARIO EN EL SECTOR DEL  
TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL.**

I. CONSIDERACIONES GENERALES.....	383
II. ÁMBITO DE APLICACIÓN ESPACIAL DEL REGLAMENTO 4056/86.....	383
1. <i>La extraterritorialidad del Reglamento 4056/86: la previsión contenida en el art. 9.1 ante los posibles problemas de Derecho Internacional.</i> .....	385
2. <i>Acuerdos anticompetitivos relativos al tráfico entre países terceros.</i> .....	388
3. <i>Abuso de posición de dominio en mercados no comunitarios.</i> .....	392
III. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA COMUNITARIO APLICABLE AL SECTOR TRANSPORTES ANTE EL JUEZ EXTRANJERO. ....	394
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>401</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA CITADA .....</b>	<b>415</b>
1. LIBROS Y MONOGRAFÍAS.....	417
2. ESTUDIOS PUBLICADOS EN OBRAS COLECTIVAS Y REVISTAS ESPECIALIZADAS.....	419
3. COMUNICACIONES Y PONENCIAS .....	430
<b>LEGISLACIÓN.....</b>	<b>431</b>
1. CONVENIOS INTERNACIONALES.....	431
2. ACUERDOS BILATERALES.....	431
<b>3. Otros Acuerdos.....</b>	<b>431</b>
4. COMUNITARIA. ....	431
A) <i>Reglamentos</i> .....	432
B) <i>Decisiones dirigidas a Estados miembros</i> .....	433
C) <i>Decisiones dirigidas a particulares</i> .....	434
5. INTERNA.....	435
A) <i>ESPAÑA</i> .....	435
B) <i>ITALIA</i> .....	436
C) <i>FRANCIA</i> .....	437
D) <i>REINO UNIDO</i> .....	437



E) ALEMANIA.....	437
F) E.E.U.U. ....	438
6. RESOLUCIONES DE LA UNCTAD. ....	438
<b>JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>439</b>
A) ESPAÑA:.....	441
<i>Tribunal de Defensa de la Competencia.</i> ....	441
B)ITALIA .....	441
C) E.E.U.U.: .....	441
C) COMUNITARIA: .....	441
<b>INFORMES Y DOCUMENTOS .....</b>	<b>445</b>

## ABREVIATURAS

A.D.C.....	Anuario de Derecho Civil
A.D.I.....	Anuario de Derecho Internacional
A.D.M.....	Anuario de Derecho Marítimo
B.O.E.....	Boletín Oficial del Estado
B.Y.I.L.....	British Yearbook of International Law
Car.dr.eur.....	Cahiers de droit européen
C.c.....	Código Civil
C.com.....	Código de Comercio
D.O.C.E.....	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
Dir. Comm.Int.....	Diritto del Commercio Internazionale
Dir.Mar.....	Il Diritto Marittimo
Dir.Trasp.....	Diritto dei Trasporti
E.C.R.L.....	European Competition Law Review
Eur.Trans.Law.....	European Transport Law
G.Jca. de la CEE.....	Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea
GATT.....	Acuerdo General de Tarifas Aduaneras y Comercio
I.C.E.....	Información Comercial Española
J.D.I.....	Journal du Droit International
L.C.D.....	Ley de la Competencia Desleal
L.D.C.....	Ley de Defensa de la Competencia
L.P.E.M.M.....	Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante
N.O.E.I.....	Nuevo Orden Económico Internacioanal
Neth.Yearb.Intern.Law.....	Netherlands Yearbook of International Law
OMC.....	Organización Mundial del Comercio

RabelsZ.....	Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht
R. des C.....	Recueil des Courses
R.C.E.A.....	Revista de la Corte Española de Arbitraje
R.C.D.I.....	Reveu Critique de Droit International Prive
R.D.C.E.....	Revista de Derecho Comunitario Europeo
R.D.P.....	Revista de Derecho Privado
R.E.D.I.....	Revista Española de Derecho Internacional
R.F.D.U.C.....	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
R.G.D.....	Revista General de Derecho
R.G.D.M.....	Revista General de Derecho Mercantil
R.G.L.J.....	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
Rev.Belg.Dr.Int.....	Revue Belge de droit international
Riv.Dir.Int.....	Rivista di Diritto Internazionale
Riv.Dir.Int.Pri.Proc.....	Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale
R.T.D.C.....	Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia
Riv. Trim. Dir. Proc.Civ.....	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
S.T.J.C.E.....	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
S.T.S.....	Sentencia del Tribunal Supremo
Trav.Com.Fr.D.I.Pr.....	Travaux du Comité Français de Droit International Privé
TCE.....	Tratado Constitutivo de las Comunidad Europea
T.J.C.E.....	Tribunal de Justicia de las

T.U.E.....	Comunidades Europeas
UNCITRAL.....	Tratado de la Unión Europea
	Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
UNCTAD.....	Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo

# **INTRODUCCIÓN**

## **I Objeto de la investigación.**

El presente trabajo de investigación se desarrolla en el marco de la organización del mercado del transporte marítimo internacional, y tiene por objeto analizar la aplicación de las normas de intervención encargadas de instaurar y proteger este mercado en base a una determinada estructura. Es evidente que nos encontramos ante un mercado que no se ha quedado ajeno a la evolución del comercio internacional, cosa que, por otra parte, sería impensable ya que el transporte en general, y el marítimo especialmente, ha sido una de las actividades principales dentro del ámbito comercial. De esta forma, el mercado del transporte marítimo internacional se ha visto, al igual que otros sectores, invadido por una serie de normas a través de las que se ha intentado establecer un mercado basado en el respeto a la libertad de competencia, el equilibrio en las relaciones contractuales, y la represión de determinadas prácticas como el *dumping* en el sector de los servicios.

Por su parte, la aplicación de estas normas dan lugar a consecuencias jurídico-privadas, sean directas o indirectas, que afectan a las relaciones entre los particulares que intervienen en el tráfico: por una parte las relaciones jurídico-privadas entre compañías navieras; por otra parte, las relaciones entre las navieras y los cargadores o usuarios.

El hecho de que nos hayamos decidido por este tema como objeto de la investigación se debe a dos motivos:

El primero, que habiendo transcurrido varios años desde su entrada en vigor de la normativa encaminada a organizar este mercado, empieza a plantearse la posibilidad de que sea modificada. En consecuencia han resurgido los debates en torno a la misma, sobre todo en el marco de la U.E. Concretamente,

nos estamos refiriendo al Código UNCTAD <sup>1</sup> y a una serie de Reglamentos comunitarios. El Código se presenta como el primer instrumento encaminado a regular el mercado del transporte marítimo internacional de línea regular organizado a través de conferencias marítimas. Con él se pretende establecer un mercado internacional basado en la libertad de acceso al tráfico internacional y en el equilibrio en las relaciones contractuales entre compañías navieras y cargadores. Por su parte, la normativa comunitaria está compuesta por el Reglamento 954/79 <sup>2</sup>, a través del cual la U.E. adopta una serie de reservas que los Estados miembros deberán formular a la hora de ratificar el Código UNCTAD, y los Reglamentos adoptados en 1986 con los que se pretende regular la libre prestación de servicios en el ámbito del transporte marítimo internacional e intracomunitario<sup>3</sup> — Reglamento 4055/86 <sup>4</sup> —; la aplicación del Derecho comunitario de la competencia —Reglamento 4056/86 <sup>5</sup>—; las práctica de

---

<sup>1</sup> Vid. Convenio sobre un Código de Conducta de las Conferencias Marítimas, hecho en Ginebra el 6 de abril de 1974, BOE n° 162, de 8 de julio de 1994.

<sup>2</sup> Reglamento CEE n° 954/79 del Consejo de 15 de mayo de 1979 relativo a la ratificación por los Estados miembros del Convenio de las Naciones Unidas a un código de conducta para conferencias marítimas, o a la adhesión de dichos Estados al Convenio, D.O.C.E. n° L 121/1 de 17 de mayo de 1979.

<sup>3</sup> La regulación de la libre prestación de servicios en el tráfico interno, entre puertos de un único Estado miembro, se lleva a cabo a través del Reglamento n° 3577/92 del Consejo de 7 de diciembre de 1992 por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo), D.O.C.E. n° L 364/7 de 12 de diciembre de 1992.

<sup>4</sup> Reglamento CEE n° 4055/86 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros, D.O.C.E. n° L 378 de 31 de diciembre de 1986.

<sup>5</sup> Reglamento CEE n° 4056/86 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, por el que se determinan las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado a los transportes marítimos, D.O.C.E. n° L 378 de 31 de diciembre de 1986.

tarifas desleales —Reglamento 4057/86<sup>6</sup>—; y la libertad de acceso al tráfico transoceánico —Reglamento 4058/86<sup>7</sup>—.

El segundo motivo, que no se produce una respuesta teórica proporcionada, al menos en nuestra doctrina internacionalprivatista, no se ha llevado a cabo un estudio monográfico de la organización del mercado del transporte marítimo internacional a través de esta normativa, al menos desde la perspectiva que nosotros proponemos<sup>8</sup>. Es cierto que acerca de las consecuencias jurídico-privadas de las normas de intervención se han llevado a cabo numerosos debates y discusiones doctrinales de indiscutible importancia e innegable interés, bien sea desde un planteamiento general<sup>9</sup>, bien enfocado hacia cuestiones concretas -medidas de coerción

---

<sup>6</sup> Reglamento CEE nº 4057/86 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986. Acción coordinada con objeto de salvaguardar el libre acceso al tráfico transoceánico, D.O.C.E. nº L 378 de 31 de diciembre de 1986.

<sup>7</sup> Reglamento CEE nº 4058/86 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986 sobre la libertad de acceso al tráfico transoceánico, D.O.C.E. nº L 378 de 31 de diciembre de 1986.

<sup>8</sup> En nuestra doctrina existen excelentes trabajos sobre esta normativa si bien desde un punto de vista puramente mercantil y, por lo tanto, sin tener en cuenta los aspectos internacionalprivatistas. Vid., entre otros BAENA BAENA, P.J., *La política comunitaria de los transportes marítimos*, Madrid, 1995; AURIOLES MARTÍN, A. *Conferencias marítimas*, Valencia, 1988; ARROYO MARTÍNEZ, I. - BOET, E. “Conferencias marítimas y Código de conducta”, A.D.M., 1997, VOL. XIV, pp. 17 - 64; GONDRA ROMERO, J.M., “Las Conferencias marítimas ante el Derecho de la competencia”, R.D.M., 1969, pp. 345 - 377.

<sup>9</sup> ECHEZARRETA FERRER, M.T., “La incidencia de la intervención estatal en la actual configuración del Derecho privado, con especial referencia al Derecho internacional privado”, R.G.D., 1989, pp. 6371 - 6415. GARCÍA LÓPEZ, J., “Los efectos de Derecho privado de las normas de intervención en el comercio internacional: una aproximación”, R.F.D.U.C., 1991/1992, pp. 69 - 86.



económicas <sup>10</sup>, control de cambios, etc.-. Ahora bien, nuestro propósito se centra en llevar a cabo una profundización en la materia tomando como eje un sector concreto: el transporte marítimo internacional. La finalidad perseguida no es otra que poner de manifiesto los problemas y contradicciones en las que se puede incurrir como consecuencia de la aplicación de las normas de intervención en el mercado del transporte marítimo internacional, cuyas consecuencias principales no son indiferentes ya que supone que, en ocasiones, se pierda el efecto útil de la norma, es decir, la protección del mercado. No basta con clarificar el marco de problemas y contradicciones sino que intentaremos aportar posibles sugerencias de solución.

Ahora bien, partimos de una situación en la que nos encontramos con un mercado internacional del transporte marítimo de línea regular estructurado en base a unos principios instaurados a través de una normativa procedente de la UNCTAD y por otra que, si bien nace en el marco de la U.E., no se limita únicamente al tráfico intracomunitario sino que se proyecta también hacia el tráfico internacional como manifestación de la integración comunitaria *ad extra*. Sin embargo, es necesario tener en consideración que esta configuración actual del mercado es consecuencia de una larga labor de búsqueda de soluciones a una nueva situación que se había creado como consecuencia de la evolución del transporte marítimo.

Así, hemos de tener en cuenta que, en un primer momento, el mercado del transporte marítimo contaba únicamente con un tipo de servicios conocidos como *tramps* en los que transportista y

---

<sup>10</sup>GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Contratación internacional y medidas de coerción económica*, Madrid, 1993.

cargador se ponían de acuerdo acerca de las condiciones del transporte. De esta forma cada vez que se celebraba un contrato de transporte las partes negociaban las condiciones del mismo intentando encontrar un equilibrio entre las pretensiones de ambos.

En un segundo momento, como consecuencia de los avances tecnológicos, aparece un nuevo tipo de servicio: el transporte de línea regular. En este caso las empresas navieras hacen su oferta con unas condiciones de transporte que ellas mismas han fijado unilateralmente. Las repercusiones de esta nueva modalidad de servicios no se hicieron esperar; así, por una parte, se creó una competencia ilimitada entre las empresas que se dedicaban al tráfico de línea regular. De esta manera, las compañías navieras intentaban ofrecer los fletes más competitivos del mercado junto a las mejores condiciones de transporte para lo que, en la mayoría de los casos, recurrían a prácticas contrarias a la libre competencia. Por otra parte, los cargadores se encontraban con la imposibilidad de poder negociar las condiciones del transporte, debiendo contentarse con alguna de las ofertas de estas empresas o, en su caso, recurrir a los servicios *tramps*.

En consecuencia, el mercado del transporte marítimo internacional se convirtió en una auténtica lucha en la que las compañías navieras que prestaban servicios de línea regular intentaban hacerse con el mercado desplazando a los armadores que prestaban servicios *tramps*. Al mismo tiempo, estas compañías ejercían una competencia ilimitada entre ellas. Todo esto sin olvidar la situación de desventaja en la que se encontraron los cargadores frente a los transportistas al carecer de cualquier posibilidad de negociación.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que las compañías navieras que operaban en el ámbito de los servicios de línea

regular empezaron a sentir la necesidad de organizar este mercado. El afán de hacerse con la mayor parte del tráfico había llevado a estas empresas a situaciones insostenibles en las que se hacía imposible mantener fletes competitivos al mismo tiempo que ofrecer calidad en los servicios. De esta forma, estas compañías intentaron buscar una solución a través de la que se pudiese seguir ganando terreno a los servicios *tramps* sin tantos perjuicios para los armadores que ofrecían servicios de línea regular. La solución dio lugar al nacimiento de las Conferencias marítimas. Ésto supuso la agrupación de compañías navieras de línea regular de tal forma que, a través de un acuerdo o contrato, creaban una Conferencia en la que sus miembros se comprometían a practicar los mismos fletes, horarios, y demás condiciones de transporte. Al mismo tiempo se comprometían a hacer frente, de forma conjunta, a las pérdidas sufridas por alguno de sus miembros.

Con esta organización de las navieras de línea regular en Conferencias marítimas no se resuelven los problemas de vulneración de la competencia, sino que, por el contrario, los aumentan. El hecho de que estas Conferencias implique la actuación conjunta de varias compañías navieras hace que éstas ocupen una posición de dominio en el mercado y, con una cierta frecuencia, abusen de ella. Ahora el panorama se compone de servicios *tramps*, Conferencias marítimas, y compañías navieras que, dedicándose al tráfico de línea regular, siguen operando en el mercado de forma independiente —*outsiders*—. A su vez, la situación de los cargadores frente a las navieras de línea regular no mejora, sino que, por el contrario, las conferencias marítimas dejan cada vez menos posibilidades a los cargadores para negociar el contrato de transporte llegando, incluso, a verse sometidos a contratos de fidelidad o a la realización de prestaciones suplementarias ajenas al objeto del contrato.

Esta disposición del mercado se encontró con una ausencia total de legislación capaz de hacer frente todos los problemas que se iban suscitando. Sin embargo, a pesar de que la necesidad de regular esta situación era del todo evidente, transcurrieron muchos años antes de alcanzar una solución a través de una legislación *ad hoc* que permitiese ordenar el mercado. Esta dilación en la consecución de una solución legislativa es producto de unas circunstancias muy concretas que pueden exponerse del siguiente modo:

En primer lugar, entre los Estados había una tendencia permisiva, casi generalizada, frente a los comportamientos colusorios de las Conferencias marítimas. Esta actitud tiene un claro transfondo económico ya que con ello fomentaban la creación de conferencias en sus países creciendo así la actividad comercial de sus puertos. Este carácter permisivo predomina, a pesar de que algunos Estados intentaron regular la situación a través de la aplicación de sus legislaciones internas sobre competencia, o bien adoptando nuevas disposiciones; si bien, los resultados obtenidos fueron escasos ya que, ante el marcado carácter internacional del transporte marítimo, las soluciones unilaterales resultaban insuficientes e inadecuadas.

En segundo lugar, los propios armadores, organizados en Comités marítimos <sup>11</sup>, ejercían una fuerte presión sobre los Estados con la finalidad de que siguiesen manteniendo esa libertad contractual existente en el mercado.

---

<sup>11</sup> Comités de armadores franceses y de África Occidental; Comité de las Asociaciones Nacionales de los Armadores Europeos.

Finalmente en los años setenta en el seno de la UNCTAD se inician las conversaciones que llevaron a la aprobación del Código. Con la aprobación de este instrumento jurídico se consigue contar con una normativa específica sobre el mercado del transporte internacional de línea regular. Por otra parte, este Código también supuso un revulsivo para que la U.E. pusiese en marcha la organización del mercado del transporte marítimo tanto intracomunitario como internacional.

## **II. Sistemática.**

La tesis doctoral se divide en dos partes. La primera bajo el título “La regulación del mercado del transporte marítimo internacional de línea regular”, y la segunda “La aplicación de las normas de intervención del mercado: su incidencia en las relaciones jurídico-privadas”.

La primera parte está constituida por un análisis de las normas que ordenan el mercado del transporte marítimo internacional. Por lo tanto, estamos ante un estudio que se centra, principalmente, en un bloque mercantil sustantivo. Aún así, esta primera parte, fundamentalmente descriptiva, es del todo necesaria en cuanto resultaría incompleto, por no decir incomprensible, abordar en la segunda parte las consecuencias jurídico-privadas derivadas de la aplicación de estas normas. Así, en la primera Parte se expone la situación actual del mercado objeto de estudio, las normas que lo regulan y el contenido de las mismas, haciendo especial hincapié en aquellos aspectos que interesan a nuestra disciplina.

En la Segunda Parte, se plantea la aplicación de las mismas teniendo en cuenta su carácter de normas de intervención y, por lo tanto, centrándonos en las dificultades que ésto supone a la hora de ser aplicadas a supuestos de tráfico jurídico externo. De

esta forma, el eje principal de la Segunda Parte será las dificultades ante las que se encuentran los jueces y tribunales de un tercer Estado a la hora de “tomar en consideración”, y en algunos casos “aplicar” este tipo de normas, así como las consecuencias que esta aplicación genera sobre las relaciones jurídicas entre operadores del mercado del transporte marítimo —compañías navieras y cargadores—.

De esta forma, el trabajo se estructura del siguiente modo:

1. El primer lugar, se plantea el interés que la ordenación de un mercado despierta en varias disciplinas jurídicas, así como en otras Ciencias (es el caso de la Economía). Así, resulta del todo obvio afirmar que la ordenación de un mercado implica la combinación de intereses estatales y particulares y que, a su vez, existe un inevitable trasfondo económico. De esta forma, nos parece oportuno analizar esta cuestión, aunque sea de forma sucinta, en tanto que, a lo largo del trabajo resulta ineludible el encuentro con otras disciplinas jurídicas (Capítulo I).

2. Por otra parte, una vez puesto de manifiesto este interés interdisciplinar del tema objeto de estudio, se llevará a cabo una referencia al momento en el que se comienza a plantear la necesidad de organizar el mercado del transporte marítimo internacional. Este momento coincide con el nacimiento del tráfico marítimo de línea regular y la posterior aparición de las Conferencias marítimas. Concretamente, se expondrán las ventajas e inconvenientes de este sistema, las Conferencias, que, a su vez, se presentan como el motor que sirvió de arranque para la posterior intervención de este mercado (Capítulo II).

3. Una vez planteada la composición del mercado (servicios *tramps*, *outsiders* y Conferencias marítimas) nos adentramos en el estudio de la primera normativa encargada de intervenir el

mercado internacional del transporte marítimo conferenciado. Así, trataremos en primer lugar la naturaleza jurídica de los Códigos de conducta y, posteriormente, de los trabajos preparatorios del Código UNCTAD (Capítulo III).

A continuación, se analiza su contenido: ámbito de aplicación, derecho de participación en el tráfico, la relación con los usuarios, adopción de decisiones, resolución de controversias, y la coexistencia con los acuerdos bilaterales (Capítulo IV).

4. Una vez analizado el contenido del Código entramos en el estudio del Reglamento 954/79, que supone la respuesta comunitaria a la regulación obtenida en el marco de la UNCTAD. Con este Reglamento la U.E. pretende salvaguardar los principios y objetivos comunitarios que pudiesen resultar vulnerados con la aplicación del mencionado Código (Capítulo V).

5. Ahora bien, el derecho de las compañías navieras a participar en una Conferencia marítima y su porcentaje de participación en el tráfico cubierto por el ámbito de aplicación del Código dependerá de la nacionalidad que ostenten estas compañías. A su vez, esta cuestión fue uno de los motivos principales que llevaron a la U.E. a adoptar el Reglamento 954/79 en aras de salvaguardar el principio de no discriminación recogido en el TCE, así como el derecho a la libertad de establecimiento. Esta cuestión implica la exégesis de varios criterios de atribución: por una parte los establecidos en el Código. Por otra, aquéllos que recoge el Reglamento 954/79 que supone, a su vez, abordar el estudio del derecho de establecimiento en el ámbito del transporte marítimo internacional. Y, por último, los criterios de atribución establecidos en las legislaciones nacionales (Capítulo VI).

6. Una vez conocido el Código UNCTAD y el Reglamento comunitario 954/79, se abre la segunda parte de este trabajo con el estudio dedicado a la integración comunitaria *ad extra*. De esta forma, se llevará a cabo un análisis del contenido de los cuatro Reglamentos comunitarios<sup>12</sup> en los que se desarrolla el principio de libre prestación de servicios, la aplicación del Derecho comunitario de la competencia, la represión de la práctica de tarifas desleales (*dumping*) y la libertad de acceso al tráfico transoceánico, tanto en el caso del transporte intracomunitario como internacional. Este desarrollo ha sido llevado a cabo por el legislador comunitario teniendo en cuenta las especificidades del mercado del transporte marítimo internacional y, a su vez, tomando en consideración la necesidad de garantizar la aplicación de los principios generales del TCE al transporte marítimo. La necesidad de ofrecer esta garantía viene dada por la situación de peligro que podían correr estos principios tras la entrada en vigor del Código UNCTAD. Hemos de tener en cuenta que en el Reglamento 954/79 únicamente se hace referencia a la cuestión de la nacionalidad de las compañías navieras y al derecho de establecimiento. Así, se hacía necesario articular los demás principios comunitarios con las obligaciones que los Estados miembros habían contraído en el marco de la UNCTAD. Por otra parte, el análisis de esta normativa se complementa con el estudio de un quinto Reglamento, nº 3577/92, dedicado a la liberalización del tráfico de cabotaje. Si bien estamos ante un tráfico puramente interno, estimamos oportuno su tratamiento en tanto que supone un complemento al estudio de la libre prestación de servicios en el tráfico intracomunitario e internacional, así como permite abordar una serie cuestiones de interés desde la perspectiva del tráfico jurídico

---

<sup>12</sup> Cit. supra.



externo perfectamente conectadas con la organización del mercado del transporte marítimo internacional (Capítulo VII).

7. A su vez, partiendo de la consideración de esta normativa como normas de intervención, se pretende poner de manifiesto su proyección al ámbito de las relaciones jurídico-privadas, y las consecuencias derivadas de la misma. Así, tanto el Código UNCTAD como los Reglamentos comunitarios conducen a una limitación de la autonomía de la voluntad en sus dos manifestaciones, material y conflictual. Por otra parte, a pesar de que se produzca esta limitación de la autonomía de la voluntad siguen quedando resquicios que permiten a los particulares, especialmente a las compañías navieras, eludir las consecuencias que supone la aplicación de estas normas. Ésto es así a pesar de que, al tratarse de normas de intervención, éstas serán siempre de aplicación cuando se den los presupuestos para ello, al margen de cualquier remisión conflictual. Sin embargo, aún cuando las partes intervinientes en una relación contractual no puedan, al menos en principio, eludir la aplicación de una norma de intervención a través de la elección de ley aplicable, queda siempre la posibilidad del acuerdo privado entre ellas, la desaparición de la compañía naviera del tráfico, al menos durante el período de vigencia de la posible sanción o, incluso, una elección de ley que conduzca a un ordenamiento jurídico que contemple la teoría de la imprevisión (Capítulo VIII).

8. Por otra parte, dentro de las normas de intervención tiene una especial consideración la legislación *antitrust* ya que ésta supone, no sólo unas consecuencias jurídico-privadas que recaen en las prácticas y en los contratos de las empresas navieras, sino que también implica la necesidad de abordar otros aspectos ineludibles. De esta forma, nos adentramos en la aplicación extraterritorial de esta legislación en cuanto aplicación de la misma a situaciones y sujetos que se encuentran fuera del

territorio que el legislador está facultado para regular. Desde esta perspectiva se analizará sea el principio de los efectos como punto de conexión, y los distintos criterios que el T.J.C.E. ha venido utilizando como alternativa a los efectos.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que aún cuando en el criterio de los efectos podamos encontrar un fundamento, no sólo para que el legislador dote a su normativa de extraterritorialidad, sino también para que el juez del foro aplique su normativa a esas situaciones y sujetos que se encuentran fuera de su territorio, quedan otras cuestiones que están lejos de encontrar solución por la vía del principio de los efectos. Así, se plantean dos cuestiones: por una parte, la posibilidad de que el juez del foro entre a conocer de un asunto en el que el mercado afectado sea el de un tercer Estado. Por otra parte, la posibilidad de que se vean afectados varios mercados con lo que se produciría la concurrencia de tantas leyes sobre competencia como mercados afectados.

De esta forma, se hace necesario encontrar soluciones a las situaciones expuestas teniendo en cuenta que estamos ante un tipo de normas que, dada su vocación de protección interna, presentan dificultades a la hora de que su dimensión civil sea aplicada por un juez que no sea el del foro. La búsqueda de fundamentos para esta aplicación pasa por el estudio de diversas alternativas. Así, se plantean las soluciones propuestas por las distintas corrientes doctrinales que van desde negar la posible existencia de una concurrencia de legislaciones *antitrust*, hasta adoptar posibles soluciones extraídas de la experiencia obtenida en materia de competencia desleal. Por otra parte, en los supuestos de responsabilidad extracontractual, se plantea la técnica bilateral como posible opción que permita al juez del foro la aplicación de la dimensión civil de la legislación *antitrust* de un tercer Estado, tomando como punto de referencia la legislación

de D.I.Pr. suiza y las distintas posiciones doctrinales al respecto. En este sentido, no sólo expondremos las distintas propuestas de solución sino que trataremos adoptar nuestra posición al respecto (Capítulo IX).

9. A su vez, se tendrán en cuenta las situaciones concretas que respecto a estas cuestiones plantea el transporte marítimo internacional. Especialmente, se analizará, así como se cuestionará el por qué, de las dificultades añadidas que se encuentran a la hora de aplicar el Derecho de la competencia comunitario al sector del transporte marítimo. La causa de estas dificultades se centra, principalmente, en la imposibilidad de que esta normativa sea aplicada, aunque solo sea en su dimensión civil, por el juez del foro si no cuenta previamente con la declaración administrativa oportuna, procedente de la autoridad competente sea de los Tribunales de Defensa de la competencia internos que, en el caso de afectación en el comercio entre Estados miembros, de la Comisión de la U.E. De esta forma, resulta del todo claro que si el juez de un Estado miembro, sin previa declaración administrativa, no puede aplicar la dimensión civil del Derecho comunitario de la competencia será impensable que una actuación de este tipo se lleve a cabo por parte de los jueces y tribunales de un tercer Estado (Capítulo X).

**PRIMERA PARTE**  
**LA REGULACIÓN DEL TRANSPORTE**  
**MARÍTIMO INTERNACIONAL DE LÍNEA**  
**REGULAR**

**CAPÍTULO I**  
**EL MERCADO DEL TRANSPORTE**  
**MARÍTIMO**  
**INTERNACIONAL: ASPECTOS**  
**GENERALES**

## I. Consideraciones generales.

Las actividades comerciales de carácter internacional tienen un origen histórico que puede ser calificado de remoto <sup>13</sup>. Si bien, el momento en el que se produce el crecimiento y desarrollo de este tipo de actividades, de una manera casi vertiginosa, se sitúa en la década de los años cuarenta con el término de la Segunda Guerra Mundial <sup>14</sup>.

Dentro del marco del comercio internacional, ya desde sus comienzos, el transporte marítimo ha ocupado un destacado lugar <sup>15</sup>. Concretamente, será éste último el que ocupe las páginas de nuestra investigación. Si bien nos vamos a centrar en las cuestiones relativas a la organización del mercado del transporte marítimo, resulta necesario empezar haciendo referencia a una serie de consideraciones preliminares que nos permiten situar el tema objeto de estudio.

---

<sup>13</sup> Vid. LOUSSOUARN, Y. - BREDIN, F.D., *Droit du Commerce International*, París, 1969, pp. 14 y ss; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. - CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho Mercantil Internacional*, 2ª ed., Madrid, 1995, p. 25.

<sup>14</sup> Vid. KAHN, P., "Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria*: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques?", *Le Droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, París, 1987, pp. 97 - 107; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. - SÁNCHEZ LORENZO, S., "El Derecho del comercio internacional" en *Derecho del Comercio Internacional*, FDEZ. ROZAS, J.C. (ed.), Madrid, 1996, pp. 35 - 52.

<sup>15</sup> Vid. LOUSSOUARN, Y. - BREDIN, F.D., *Droit du Commerce...*, op. cit., p. 14, quienes, en un recorrido acerca de la evolución del Comercio internacional y sus fuentes, se refieren al transporte marítimo como actividad comercial internacional que aparece en la Alta Antigüedad con las actividades comerciales de los Fenicios a lo largo de las riveras mediterráneas.

## **II. La organización del mercado del transporte marítimo internacional: su ubicación en el ámbito del comercio internacional.**

Cuando entramos en la exégesis de la organización de un mercado, y especialmente cuando estamos ante un mercado tan complejo como el del transporte marítimo internacional, nos encontramos con algunas cuestiones que merecen ser tratadas antes de analizar de lleno los aspectos concretos que nos interesan. Así, nuestras pretensiones son las de abarcar todas las consecuencias de Derecho privado derivadas de la actual estructura organizativa del mercado del transporte marítimo internacional, pero entendemos que, como paso previo, debemos abordar la ubicación del tema objeto de estudio que, por sus peculiaridades, y como veremos más adelante, requiere una colaboración interdisciplinar. Por otra parte, entendemos que no podemos dejar de hacer referencia a la peculiar situación en la que se encuentra el marco de las fuentes jurídicas reguladoras del mercado del transporte marítimo internacional.

### **1. Premisa terminológica: Derecho del comercio internacional, Derecho Mercantil internacional, Derecho económico internacional.**

Al hablar de comercio internacional surge una primera cuestión a tener en consideración: cabe plantearse, y así ya lo ha hecho parte de la doctrina <sup>16</sup>, si al referirnos al conjunto de normas que regulan los problemas del tráfico externo en el sector

---

<sup>16</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. - CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho Mercantil Internacional*, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 59 y ss; ILLESCAS ORTIZ, R., "El Derecho uniforme del comercio internacional y su sistemática", R.D.M., 1993, pp. 37 - 91.

del comercio (o relaciones mercantiles internacionales) podemos hablar indistintamente de Derecho del comercio internacional, Derecho mercantil internacional o, incluso, de Derecho económico internacional. La cuestión no tendría excesiva relevancia si se tratase únicamente de un problema puramente terminológico o de denominación. Por el contrario, si partimos de que cada una de estas denominaciones obedecen a un contenido distinto sí se hace necesario delimitar, en la medida de lo posible, el contenido de cada una de ellas y, en el caso de nuestro estudio, ubicar la organización del mercado del transporte marítimo internacional<sup>17</sup>.

Al hilo de lo expuesto, hay que señalar que han sido múltiples las definiciones que se han ofrecido del Derecho del comercio internacional<sup>18</sup>, sea desde un punto de vista histórico,

---

<sup>17</sup> Queremos puntualizar que no vamos a entrar en otra cuestión, sin lugar a dudas compleja, que también se suscita al hablar del Derecho del comercio internacional y que va más allá de un simple problema conceptual, concretamente cabe también plantearse si se trata de una disciplina a *se stante* o, por el contrario, se incardina como parte de otras disciplinas.

<sup>18</sup> Vid. ARMIJON, P., *Précis de Droit International Privé commerciale*, Paris, 1948, p.7, quien pone de manifiesto que la expresión "Droit Commerciale" puede entenderse en un sentido técnico o e sentido amplio; con el primero designa las reglas especiales que tienen por objeto ciertos actos o ciertas personas y que hacen excepción a las reglas de Derecho civil. En el segundo sentido, se refiere a las leyes, costumbres y usos relativos a las operaciones de la vía comercial y a las obligaciones que de ella resultan; LOUSSOUARN, Y. - BREDIN, J.D., *Droit du Commerce ...*, op. cit., p. 4, quienes señalan que la denominación Derecho del comercio internacional constata un fenómeno: el comercio internacional y la realidad, inevitable, de un Derecho que lo regula. Por otra parte, señalan que el objeto del Derecho del comercio internacional es el de regular todas las relaciones de comercio que tienen conexiones esenciales con una pluralidad de Estados y que, por esta razón, tienen la calificación de internacionales; FDEZ. ROZAS, J.C. - SÁNCHEZ LORENZO, S., "El Derecho del comercio ...", op. cit., p. 41 quienes definen el Derecho del comercio internacional como "el conjunto de normas jurídicas que rigen las operaciones comerciales realizadas por particulares cuyos intereses se sitúan en Estados diferentes".



normativista, de contenido o, incluso, tomando como punto de referencia únicamente el carácter internacional<sup>19</sup>.

Por otra parte, nos encontramos con autores que optan por la denominación Derecho mercantil internacional basándose, principalmente, en dos argumentos: el primero, la especialidad *ratitone materia*; el segundo, el respeto a la tradición jurídica española sea legislativa, jurisprudencial que doctrinal, en la que el término “mercantil” ha prevalecido frente al término “comercio”<sup>20</sup>. Ahora bien, así como han sido propuestos diversos conceptos también es cierto que ha sido señalado que los contenidos del Derecho mercantil internacional y del Derecho del comercio internacional coinciden fundamentalmente<sup>21</sup>.

Asimismo, al adentrarnos en la organización de un sector del mercado y en las relaciones comerciales entre particulares que en él se desarrollan, no podemos obviar la presencia del Derecho

---

<sup>19</sup> Vid. ESPINAR VICENTE, J.M., “Notas para una reflexión sobre las enseñanzas del Derecho Mercantil Internacional” en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. I, Madrid, 1996, pp. 321 - 336.

<sup>20</sup> Vid. FDEZ. DE LA GÁNDARA, L. - CALVO CARAVACA, A.L., op. cit., p. 65, quienes definen el Derecho mercantil internacional, de manera explícita, como “un Derecho -fundamentalmente privado- especial por razón de las exigencias del tráfico económico internacional organizado bajo forma de empresa”. Estos autores, además de los argumentos ya expuesto, se decantan por la denominación Derecho mercantil internacional porque con ella se pone de manifiesto una relación entre una disciplina jurídica interna, el Derecho mercantil, con la Parte Especial del D.I.Pr., mientras que la denominación Derecho del comercio internacional realza el ámbito material en el que opera la disciplina. Aún así, no dejan de señalar que este planteamiento acerca del término más adecuado es una cuestión puramente semántica. En favor del término “comercio”, y arguyendo la mayor amplitud del mismo destacamos a ILLESCAS ORTIZ, R., op. cit., p. 41.

<sup>21</sup> Vid. FDEZ. DE LA GÁNDARA, L. - CALVO CARAVACA, A.L., op. cit., pp. 69 - 70.

económico como conjunto de normas, procedentes de las distintas esferas del ordenamiento jurídico, encaminadas a salvaguardar una determinada estructura de mercado a través de la organización de las relaciones de producción, distribución, intercambio y consumo de bienes <sup>22</sup>.

No es nuestro objetivo llevar a cabo una delimitación de contenidos en el sentido apenas expuesto, labor que, como hemos señalado, ya ha sido abordada por la doctrina. Pero sí queremos aprovechar estas primeras líneas para poner de manifiesto que, aunque podamos hablar de ciertas diferencias, que pueden ser calificadas de mínimas, entre el Derecho del comercio internacional y el Derecho mercantil internacional y, a su vez, de diferencias más notables entre éstos y el Derecho económico internacional no podemos o, incluso, para ser más exactos, no

---

<sup>22</sup> En la doctrina española, entre otros, vid. MIAJA DE LA MUELA, A. *Ensayo y delimitación del Derecho Internacional Económico*, Valencia, 1971, especialmente p. 53, donde el autor nos dice que para lograr una definición del Derecho internacional económico es necesario precisar sus dos elementos lógicos: el primero, el género próximo, que estaría constituido "por el de consistir en un conjunto de reglas pertenecientes al orden jurídico internacional" y el segundo elemento, la diferencia específica, que está en el contenido económico de las reglas; ROJO, A., "El Derecho Económico como categoría sistemática", R.G.L.J., 1980, pp. 249 - 284; MASSAGUER, J., "El Derecho Mercantil ante las transformaciones político-sociales. Una aproximación", en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. I, Madrid, 1996, pp. 399 - 430. En la doctrina extranjera, vid. RIGAUX, F., "Droit économique et conflits de souverainetés", *RabelsZ*, 1988, pp. 104 - 156. También sobre la definición, objeto y características del Derecho económico; BASEDOW, J., "Conflicts of economic regulation", en *Principios, objetivos y métodos del Derecho Internacional Privado. Balance y perspectivas de una década*, Madrid, 1993, pp. 81 - 102, quien pone de manifiesto que en el contexto del Derecho Internacional Privado el Derecho Económico se presenta como un concepto heurístico, una zona gris del Derecho entre el tradicional Derecho privado con normas de conflicto bilaterales y las previsiones propias de las políticas públicas. De la bibliografía citada destacamos como característica principal del Derecho económico esa superación de la clásica distinción entre lo público y lo privado o, cuanto menos, esa ubicación en una zona intermedia entre lo público y lo privado.

debemos tender a la división del Derecho en compartimentos herméticos y, por lo tanto, infranqueables. En la práctica, que nunca debe perderse de vista, los problemas que se plantean en relación a las actividades comerciales, prácticas de las empresas, organización de los mercados, etc., y más si cabe en aquellas cuestiones relativas al transporte marítimo, entremezclan aspectos de diversa índole que no permiten un tratamiento puro desde el punto de vista del Derecho del comercio internacional o del Derecho económico internacional o, al menos, no permiten un tratamiento completo de las cuestiones que se suscitan. Como ha señalado DUQUE DOMÍNGUEZ<sup>23</sup> la separación entre Derecho Público y Derecho Privado responde a una construcción basada en la separación entre sociedad y Estado siendo difícil de sostener en la medida en que el Estado interviene, de forma creciente, en los acontecimientos económicos. Nos adherimos, por lo tanto, a ese amplio sector doctrinal que viene abogando por un crecimiento de las relaciones interdisciplinarias<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Vid. DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F. "Constitución económica y Derecho Mercantil" en *La reforma de la legislación mercantil*, Civitas, 1979, pp. 63 - 110, esp. p. 78.

<sup>24</sup> Vid. MIAJA DE LA MUELA, A., *Ensayo de delimitación...*, op. cit.; AGUILAR NAVARRO, M., *Ensayo de delimitación del Derecho Internacional Económico*, Madrid, 1972, pp. 22 -25; ECHEZARRETA FERRER, M.T., "La incidencia de la intervención estatal en la actual configuración del Derecho Privado, con especial referencia al Derecho Internacional Privado", R.G.D., 1989, pp. 6371 - 6415; en la doctrina extranjera, una apertura de las disciplinas tradicionales ya ha sido propuesta por BASEDOW, J., "Política europea en el transporte marítimo, libertad de prestación de servicios y cabotaje marítimo" (Traducción del Alberto Emparanza), en *El Derecho del transporte marítimo internacional*, Donostia, 1994, pp. 79 - 101, quien propone una superación de las fronteras tradicionales de la especialización científico-jurídica relacionando derecho mercantil y derecho de la economía, derecho internacional privado y derecho comunitario, así como prolongar el método jurídico comparado desde el derecho civil hacia el derecho de la economía. Es más la doctrina se plantea, no ya una relación

En este orden de cosas, ha sido apuntado por FDEZ. ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO <sup>25</sup> que el estudio completo del Derecho del comercio internacional debe comprender, tanto el análisis de los sujetos que realizan los intercambios, como el marco en el que éstos se desarrollan, es decir, el mercado internacional desde todos sus aspectos, estructuración, protección, etc., lo que, a su vez, supone un desbordamiento del análisis puramente privatista. Pues bien, estas afirmaciones, a nuestro juicio, nos sirven de preámbulo para exponer el marco en el que se desarrolla la organización del mercado del transporte marítimo internacional. Así, anticipando las cuestiones que serán abordadas en páginas sucesivas, cabe señalar que al entrar en el estudio de los aspectos relativos a la organización del mercado del transporte marítimo internacional resulta del todo indispensable analizar una serie de cuestiones que pasamos a enumerar:

En primer lugar, la organización del mercado del transporte marítimo internacional supone, al igual que en otros sectores de la vida comercial, el establecimiento de una determinada estructura que gira en torno a intereses de índole económico,

---

interdisciplinar sino una relación entre Ciencias: concretamente, entre la C<sup>a</sup> Jurídica y la C<sup>a</sup> Económica. En este sentido vid. PAZ-ARES, C., "La economía política como jurisprudencia racional" A.D.C., 1981, pp. 601 - 707; VALLET DE GOYTISOLO, J., "Derecho y Economía" en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. IV, Madrid, 1996, pp. 5541 - 5554. Que duda cabe acerca de que propuestas de este tipo son indispensables a la hora de abordar una actividad, como la del transporte marítimo, que reposa sobre una base económica y su evolución siempre ha respondido a unas determinadas necesidades de mercado.

<sup>25</sup> Vid. "El Derecho del comercio ...", op. cit., p. 42.

sean estatales, supranacionales o de los propios particulares<sup>26</sup>, así como, también en cierta medida, se reflejan intereses políticos y sociales. A su vez, para instaurar esta estructura de mercado y, sobre todo para protegerla, se requiere la presencia de normas de intervención que, si bien tienen una marcada naturaleza pública, dan lugar a unas consecuencias jurídico-privadas que no pueden ser eludidas por el D.I.Pr.

En segundo lugar, al hablar de la organización del mercado del transporte marítimo internacional no podemos pensar en una sola estructura de mercado instaurada desde un foro internacional y comúnmente aceptada. Por el contrario, hay que tener en cuenta que, si bien desde la UNCTAD se ha intentado organizar el mercado del transporte marítimo internacional de línea regular<sup>27</sup>, instaurando una estructura de funcionamiento con pretensiones universalistas, esta organización debe coexistir con la establecida por la U.E., así como con aquellas que mantienen determinados Estados que, si bien juegan un importante papel en el marco del transporte marítimo internacional, se mantienen al margen de las estructuras de mercado predeterminadas a nivel internacional<sup>28</sup>. Es evidente que, ante un panorama de este tipo, no se pueda pensar en otra cosa que no sea una pluralidad de normas de intervención con

---

<sup>26</sup> Siempre debemos tener presente que nos movemos en un ámbito en el que los particulares, en especial los armadores, desempeñan un papel relevante haciendo valer sus intereses y pretensiones a través, principalmente, de organizaciones y comités de carácter internacional, fuertemente arraigadas, que les permiten ejercer una influencia notable en el marco de la organización del mercado.

<sup>27</sup> Esta organización se ha intentado llevar a cabo a través del Convenio sobre un Código de conducta. Al respecto vid. infra.

<sup>28</sup> Los casos más significativos son los de E.E.U.U. y Japón.

los consiguientes problemas que supone una posible colisión entre ellas.

Por último, no podemos obviar que la instauración de una determinada estructura de mercado y su mantenimiento a través de las normas, en especial las de intervención, condicionan el comportamiento de los particulares que realizan sus operaciones comerciales en ese marco. Es más, en determinados ámbitos, como el mercado del transporte marítimo internacional organizado por la UNCTAD o la U.E., las pautas de comportamiento a seguir por los particulares en sus relaciones comerciales e, incluso, su protección frente a las operaciones llevadas a cabo por los operadores de mercados ajenos, dependen de aspectos tales como la condición de nacionales o extranjeras de las compañías navieras implicadas o la posibilidad de que éstas, en el ámbito comunitario, puedan gozar del derecho de establecimiento <sup>29</sup>.

Una profundización en las cuestiones apenas expuestas requiere, necesariamente, a un estudio interdisciplinar, sin olvidar los objetivos, métodos y principios informadores de las disciplinas que, en un momento determinado, puedan venir a colación.

---

<sup>29</sup> Como veremos en las siguientes páginas, los Reglamentos comunitarios establecen un mercado del transporte marítimo basado en la libre competencia y en la libertad de acceso al tráfico. Ahora bien, esta estructura de mercado se establece con la pretensión de favorecer el comercio y la economía comunitaria a través, entre otros medios, de la protección de aquellos que la generan que, en nuestro caso concreto, son las navieras comunitarias y aquéllas que, sin ser comunitarias, usan buques que enarbolan un pabellón comunitario.

Por lo tanto, y para cerrar este primer apartado, señalamos, nuevamente, que el estudio del transporte marítimo internacional, al menos desde la óptica de su organización como mercado, se presta a un análisis que alcanza tanto al Derecho del comercio internacional como el Derecho económico internacional, y en esta línea enmarcamos este trabajo de investigación. Ahora bien, el análisis de las cuestiones propias del Derecho económico se llevará a cabo desde la perspectiva del D.I.Pr., es decir, abordando aquellas cuestiones que se presentan de interés para nuestra disciplina y que en ella pueden ser incardinadas.

## **2. La regulación del mercado del transporte marítimo internacional.**

El carácter internacional de esta modalidad de transporte está fuera de toda discusión <sup>30</sup>, de ahí que las soluciones a los problemas jurídicos derivados del tráfico marítimo se han ido obteniendo en la esfera internacional, a pesar de algunos intentos, más que nada doctrinales, de reconducir la problemática de este tipo de transportes a un ámbito puramente interno.

En este contexto de innegable internacionalidad del transporte marítimo hay que señalar el importante papel que ha jugado la codificación internacional del Derecho Marítimo. No vamos a detenernos en la valoración de los resultados de esta codificación, que para algunos han sido importantes, mientras

---

<sup>30</sup> Vid., entre otros, CARBONE, S.M., *La disciplina giuridica del traffico marittimo internazionale*, Bologna, 1982; RODIÈRE, R., "Les tendances contemporaines du droit privé maritime international", *R. des C.*, 1972 - I, t. 135, pp. 329 - 409.

que otros ponen en duda su eficacia <sup>31</sup>, pero sí queremos resaltar que la labor llevada a cabo por organismos internacionales, entre otros: la UNCTAD, el CMI o la UNCITRAL, respondía a una necesidad de contar con normas materiales de derecho uniforme que dotasen al comercio internacional, y en nuestro caso concreto al transporte marítimo, de certeza y seguridad <sup>32</sup>. Esta innegable tendencia a la unificación ha llevado a afirmar que el carácter internacional del Derecho Marítimo ha ido perdiendo connotaciones privatistas en favor de otras de tipo publicista <sup>33</sup>. En general, cuando se habla del comercio internacional, y en especial cuando nos adentramos en los transportes, se hace una inevitable referencia al creciente intervencionismo del Estado en la vida comercial. Sin lugar a dudas es una realidad innegable que, sin embargo, no debe interpretarse como una pérdida de protagonismo de los particulares, principalmente empresas, que, indiscutiblemente, siguen desempeñando un papel de protagonismo en la vida comercial desde una doble perspectiva:

---

<sup>31</sup> Vid. CARBONE, S.M. - MUNARI, F., *Regole e organizzazione dei trasporti marittimi internazionali*, Milano, 1990, p. 4, quienes consideran que la codificación del Derecho marítimo ha contribuido de manera importante en la consecución de coherencia y uniformidad en las operaciones económicas relativas al sector marítimo; en contra, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. - CALVO CARAVACA, A., op. cit., p. 89, quienes califican de fracaso a la codificación internacional del Derecho de los transportes.

<sup>32</sup> Como señala CARBONE, S.M., *La disciplina giuridica...*, op. cit., pp. 32 - 33, esta necesidad se ha sentido de manera general en el comercio internacional pero de un modo especial en el caso del transporte marítimo. Según el citado autor, esta necesidad no supone únicamente una exigencia de unificar las normas de D.I.Pr., sino, más que nada, elaborar verdaderas y propias disposiciones materiales de derecho uniforme; íd., “La réglementation du transport et du trafic maritimes dans le développement de la pratique internationale”, *R. des C.*, 1980 - I, t. 166, pp. 250 - 363.

<sup>33</sup> Vid. CARBONE, S.M. - MUNARI, F., *Regole e organizzazione ...*, op. cit., p. 4.



por una parte, son los principales afectados por la ingerencia estatal ya que, la mayoría de las veces y como ya hemos señalado, la “intervención” repercute directamente en sus relaciones privadas con otros particulares. Por otra parte, y a pesar del innegable intervencionismo, los sujetos privados que operan en el tráfico comercial continúan manteniendo e, incluso, produciendo prácticas y usos con los que se dan soluciones a problemas específicos de la actividad comercial <sup>34</sup>.

Lo expuesto no debe llevarnos a pensar que el tráfico marítimo no participa de las técnicas de reglamentación propias del D.I.Pr. Como señala SÁNCHEZ LORENZO la diferencia entre los métodos de reglamentación del Derecho del comercio internacional y los típicos del D.I.Pr. estriban en una diferencia cuantitativa, es decir, en el Derecho del comercio internacional la técnica conflictual desempeña un papel residual aunque no por ello menos importante <sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Acerca de la *Lex mercatoria* vid. OSMAN, F., *Les principes généraux de la lex mercatoria*, Paris, 1992; LAGARDE, P., “Approche critique de la *lex mercatoria*”, en *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, 1987, pp. 125 - 150.

<sup>35</sup> Vid. SÁNCHEZ LORENZO, S., “La unificación ginebrina del Derecho cambiario: problemas y límites de las técnicas de reglamentación del Derecho del comercio internacional”, comunicación presentada en las V Jornadas de Profesores de Derecho Internacional Privado, Madrid, 3 y 4 de junio 1994; en la misma línea FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. - CALVO CARAVACA, A., *Derecho Mercantil ...*, op. cit., pp. 91 y 92, ponen de manifiesto el importante papel que sigue desempeñando el Derecho de colisión en el mercado internacional de los transportes; BROGGINI, G., “Considerazioni sul Diritto Internazionale Privato dell'Economia”, *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1990, pp. 277 - 300, habla de un Derecho Internacional Privado de la Economía fundamentalmente ligado a las estructuras del D.I.Pr.

En este orden de cosas, también, ha sido señalado que el mercado de los transportes, en general, está sometido principalmente a convenios multilaterales y acuerdos bilaterales. Esta situación ha llevado a algunos autores a calificar el panorama del mercado del transporte internacional de desolador y a describirlo como un “mosaico de fuentes jurídicas separadas entre sí”<sup>36</sup>. Frente a la opinión anterior nosotros consideramos que, si bien es cierto que no se puede afirmar otra cosa al respecto, también hay que tener en cuenta que cada una de las modalidades que configuran el Derecho de los transportes goza de unas especificidades que aconsejan una regulación propia, al margen de que las experiencias entre unos y otros modos de transporte sean comparables y, en su caso, extrapolables por analogía<sup>37</sup>.

Así, en el marco comunitario, la aplicación del Derecho comunitario de la competencia a los transportes, la liberalización tanto del tráfico internacional, del interno, como de cabotaje, y otros aspectos propios de la organización del mercado, se ha llevado a cabo, a través del Derecho derivado por separado, es decir, gozando cada modalidad de transporte de sus propios Reglamentos. Es más, los distintos Reglamentos han sido emanados en momentos diferentes y detrás de cada uno de ellos se encierran interminables discusiones provocadas, no sólo por

---

<sup>36</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.- CALVO CARAVACA, A.L., op. cit., pp. 89 - 90; en el mismo sentido se manifiesta BLANCO-MORALES LIMONES, P., “Los fundamentos “Los fundamentos de un mercado regulado del transporte marítimo en la Comunidad Europea”, G.J.de la CE (D-24), 1995, pp. 81 - 137.

<sup>37</sup> Cuestión aparte es el problema que plantea el transporte multimodal que, hasta el momento, supone la aplicación simultánea de una serie de normas según la fase del transporte en la que nos encontremos. Vid. infra acerca de la aplicación del Derecho comunitario de la competencia a esta modalidad de transporte.

las características propias de cada modalidad de transporte, sino también por los distintos intereses, sobre todo económicos, que encierran los distintos tipos de transporte. En la misma línea puede decirse que se ha ido desarrollando la regulación de los distintos aspectos que interesan a los transportes desde otros foros internacionales o, incluso, por los propios legisladores nacionales.

En este punto es necesario traer a colación la tendencia a la sectorialización del D.I.Pr. puesta de manifiesto por la doctrina<sup>38</sup>. En este sentido, se ha dicho que la proliferación de las normas convencionales son una manifestación de esta tendencia. Podemos decir que en el ámbito del transporte marítimo internacional tenemos otro claro exponente de esta tendencia ya que la complejidad de este sector han llevado a la búsqueda de soluciones específicas.

Por lo tanto, nos encontramos ante tres bloques normativos en presencia, tres subsistemas normativos: convenios internacionales, normativa comunitaria, sea Derecho originario que derivado: Reglamentos y Directivas, y, a su vez, un conjunto de usos y costumbres que, aún hoy, siguen jugando un importante papel en este sector.

Así, lo expuesto hasta este momento obedece a un planteamiento genérico de lo que viene ocurriendo en el marco

---

<sup>38</sup> En nuestra doctrina, entre otros, vid. ASÍN CABRERA, M.A., "La technique des règles spéciales de rattachement dans les Conventions de la Haye de Droit international: répercussions dans le Droit International Privé espagnol" en *Permeabilité des ordres juridiques. Rapports présentés à l'occasion du colloque-anniversaire de l'Institut Suisse de Droit Comparé*, Zurich, 1992, p. 265 y ss; ÁLVAREZ RUBIO, J.J., Monografía inédita, San Sebastián, 1998.

de los transportes en general. Si bien, son afirmaciones perfectamente válidas para el transporte marítimo internacional desde la perspectiva de su organización como mercado. De hecho, y como veremos en las páginas sucesivas, la estructura actual de este mercado supone la coexistencia, no siempre fácil, entre el Código de conducta de la UNCTAD, acuerdos bilaterales, el Derecho comunitario y las legislaciones internas.

## **II. La U.E. ante la organización del mercado del transporte marítimo internacional.**

No podemos obviar la importancia que el transporte marítimo tiene en el marco de la U.E.: por una parte, el art. 2 TCE prevé la consecución de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas, y para ello propone en el art. 3 e) “el establecimiento de una política común en el sector de los transportes”. Por otra parte, la Comunidad es consciente de la importancia del transporte marítimo en el contexto del comercio mundial y, por lo tanto, siente la necesidad de asegurar su presencia en el mercado internacional del transporte marítimo. Ahora bien, la U.E. quiere que su participación en este mercado sea conjunta, es decir, a través de la adopción de una posición única de todos los Estados miembros frente a terceros países y, sobre todo, coordinar la postura a seguir ante la ratificación por parte de los Estados miembros de los convenios internacionales. Aún así, la integración comunitaria del mercado del transporte marítimo ha sido tardía <sup>39</sup> y puede decirse que es

---

<sup>39</sup> La doctrina ha justificado esta tardanza con argumentos más que convincentes. Así, BASEDOW, J., “Política europea...”, op. cit., considera que el reciente interés de la Comunidad por los transportes marítimos se debe a la ampliación septentrional (Reino Unido y Dinamarca) así como a la superación de los iniciales problemas de interpretación

una tarea aún incompleta. A pesar de ésto, como veremos en las páginas sucesivas, ya se puede hablar de ciertos logros de la política común del transporte marítimo <sup>40</sup> y de un interés de la Comunidad por este sector que va en aumento.

### **1. La política común del transporte marítimo y el D.I.Pr.**

La U.E., en su política común del transporte marítimo, abarca asuntos de diversa naturaleza, pero en relación con el tema que pretendemos abordar, la organización del tráfico marítimo internacional, nos interesan, principalmente, las siguientes cuestiones: la posición conjunta adoptada por la Comunidad ante un Convenio internacional nacido en el seno de la UNCTAD, concretamente el Convenio relativo a un Código de conducta de las conferencias marítimas; la libre prestación de servicios no sólo en el tráfico intracomunitario sino también en el tráfico con

---

del artículo 84.1 y 84.2 TCE. En la misma línea se manifiesta BLANCO-MORALES LIMONES, P., "Los fundamentos de un mercado regulado del transporte marítimo", R.G.D., 1995, pp. 2195 - 2227, quien, además de unirse a los argumentos expuestos, añade que los Estados comunitarios ven en sus marinas mercantes un instrumento de defensa nacional y, por lo tanto, recelan de cualquier cesión de soberanía. Acerca de este último argumento y de superación de los problemas interpretativos del artículo 84 vid. infra.

<sup>40</sup> Así, entre otros, la Comisión habla de éxito en relación a la aplicación de las normas reguladoras de la competencia a todos los operadores del mercado con independencia del pabellón que enarbole el buque, consiguiéndose con ello la garantía de un trato equitativo a todas las navieras de líneas regulares y beneficios para los intereses de los usuarios. Vid. Documento COM (96) 81 final, COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: Hacia una nueva estrategia marítima. Acerca de la aplicación del Derecho de la competencia al transporte marítimo.

terceros Estados, como manifestación de integración comunitaria *ad extra*; la libre prestación de servicios en el tráfico interior de cada Estado miembro (liberalización del cabotaje); y la aplicación del Derecho de la competencia al transporte marítimo. En todas estas cuestiones la Comunidad ha optado por la vía del Reglamento, *ex art.* 189 TCE, que, como es sabido, se trata de una norma de alcance general, obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable en cada estado miembro <sup>41</sup>. En algunos de estos Reglamentos que analizaremos pormenorizadamente <sup>42</sup>, y a los que calificaremos como normas de intervención, vamos a encontrarnos tanto con las tradicionales normas de colisión <sup>43</sup> como con normas materiales de aplicación inmediata.

## **2. Derecho comunitario y D.I.Pr.**

Acerca de las relación entre el Derecho comunitario y el D.I.Pr. se han llevado a cabo innumerables discusiones doctrinales <sup>44</sup>. Al respecto, en estas páginas, nos interesa acercarnos a aquellas cuestiones que afectan al tema que constituye el objeto de nuestro estudio.

Como señala FDEZ. ROZAS, al hablar de las relaciones entre D.I.Pr. y Derecho comunitario, estamos ante un “Derecho

---

<sup>41</sup> Acerca de la utilización del Reglamento como técnica normativa en el sector que nos ocupa *vid. infra*.

<sup>42</sup> *Vid. infra*. el capítulo dedicado a la reglamentación del tráfico marítimo en la U.E.

<sup>43</sup> *Vid. infra*. el artículo 3 del Reglamento (CEE) 3577/92.

<sup>44</sup> BADIALI, G., “Le droit international privé des Communautés européennes”, *R. des C.*, 1985 - II, t. 191, pp. 9 - 182; STRUYCKEN, A.V.M., “Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé”, *R. des C.*, 1992 - I, t. 232, pp. 257 -383.

material comunitario” de carácter interdisciplinar y reconducible a categorías concretas como puede ser el “D.I.Pr. comunitario”<sup>45</sup>.

Si bien, DESANTES REAL, M.<sup>46</sup> niega la existencia, o al menos la posibilidad real y actual, de un D.I.Pr. comunitario como tal y entiende que se trata de “un método para la resolución de conflictos internos intracomunitarios” compuesto por un conjunto de normas de conflicto generadas a nivel comunitario que se integran en los sistemas de D.I.Pr. estatales. El D.I.Pr. comunitario, siempre en palabras del citado autor, debería proyectarse hacia el exterior como un sistema propio e independiente de los sistemas estatales.

Así como no se duda en incluir en esta categoría, “D.I.Pr. comunitario”, la uniformidad de las normas de colisión que nos viene dada por la vía de la Directiva y, en ocasiones, del Reglamento, más discutido ha sido la inclusión de aquellas cuestiones en las que el Derecho comunitario hace uso de las técnicas propias de nuestra disciplina para resolver problemas de aplicación del Derecho comunitario: es el caso, entre otros, del Derecho de la competencia comunitario (arts. 85 y 86 TCE). Teniendo en cuenta que se hará especial hincapié en la aplicación de las normas comunitarias sobre libertad de competencia al transporte marítimo, nos parece oportuno detenernos en este extremo.

---

<sup>45</sup> Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Derecho Internacional Privado y Derecho Comunitario”, R.I.E., 1990, pp. 785 - 813.

<sup>46</sup> Vid. DESANTES REAL, M., “La incidencia de las fuentes de origen institucional (Derecho Comunitario Europeo) en la configuración del sistema español de Derecho Internacional Privado”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, Madrid, 1994, pp. 53 - 121.

Nos encontramos ante un sector doctrinal que adopta una posición rigurosa respecto a la incardinación de este tipo de cuestiones en nuestra disciplina, considerando que la oportunidad de estudiar los problemas relativos a la aplicación del Derecho comunitario de la competencia obedece a una “mera dimensión técnica”<sup>47</sup> ya que supone el uso de una técnica propia del D.I.Pr.

En un segundo momento, parte de la doctrina anteriormente citada, concretamente FDEZ. ROZAS<sup>48</sup>, alude a las fuentes del

---

<sup>47</sup> Expresión de FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. op. cit. p. 792, quien manifiesta la discutibilidad de incluir en nuestra disciplina este tipo de cuestiones, pero señala, al mismo tiempo, la importancia intrínseca de las mismas y opta por hacer un análisis mínimo. En la misma línea, DESANTES REAL, M., op. cit., pp. 53 - 121, señala la oportunidad de que el interés del D.I.Pr. no debería incluir “... desde una perspectiva *ad extra*, la aplicación extraterritorial y la incidencia de conexiones extracomunitarias en el territorio del mercado común...”, si bien, reconoce la repercusión que tiene sobre las relaciones privadas. Siempre en opinión de este autor, en la aplicación del Derecho comunitario de la competencia hay constantes referencias a las normativas nacionales y es ahí donde entra en juego el D.I.Pr. y pone como ejemplo que las consecuencias de la declaración de nulidad de un contrato contrario al art. 85.1 TCE o, en su caso, contrario al art. 86.1 vendrán determinadas por el Ordenamiento jurídico que el tribunal interno competente declare aplicable.

<sup>48</sup> Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. - SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Madrid, 1996, p. 162; DE MIGUEL ASENSIO, P.A. “Integración europea y Derecho Internacional Privado”, R.D.C.E., 1997, nº 2, Vol. 1, pp. 413 - 445, destaca la importancia del artículo 85.2 TCE, como regla jurídico-privada de Derecho comunitario originario, dada su trascendencia práctica. Asimismo, pone de manifiesto la relevancia que, en el plano del D.I.Pr., tienen las situaciones relativas a la defensa de la competencia vinculadas con ordenamientos jurídicos de Estados no miembros.



D.I.Pr. comunitario incluyendo en éstas el Derecho comunitario primario que afecta directamente al D.I.Pr. Así, menciona, entre otros, los artículos 85 y 86 TCE lo que, sin lugar a dudas, puede entenderse como una apertura hacia una posición menos rigurosa respecto a los posibles temas de interés para nuestra disciplina.

Ahora bien, aunque la inclusión de estos aspectos del Derecho comunitario en nuestra disciplina obedezca a una “mera dimensión técnica” entendemos que el D.I.Pr. no debe dar la espalda a temas de actualidad que se enmarcan en el tráfico comercial internacional. De hecho, presentan cuestiones de gran interés, no sólo de carácter público, en cuanto política de mercado, sino también desde un punto de vista jurídico-privado en tanto que no se puede negar la repercusión, bien sea directa o indirecta, de esta normativa en las relaciones privadas. Por otra parte, siendo congruentes con la posición mantenida al inicio de este epígrafe en la que apostamos por una apertura de las disciplinas clásicas en vistas a facilitar las relaciones interdisciplinarias, no podemos mantener una concepción estricta del D.I.Pr.

**CAPÍTULO II**  
**LOS PRIMEROS PASOS HACIA LA**  
**ORGANIZACIÓN**  
**DEL MERCADO DEL TRANSPORTE**  
**MARÍTIMO:**  
**LAS CONFERENCIAS MARÍTIMAS.**

## **I. Introducción.**

A lo largo del siglo XVII se produjo la separación entre la actividad naviera y la comercial consecuencia de lo cual se fueron produciendo una serie de transformaciones técnicas y económicas en el transporte marítimo. La evolución de esta modalidad de transporte continuó y encontró uno de sus puntos culminantes en el siglo XIX, coincidiendo la Revolución Industrial (consecuencia de ello se incrementó el intercambio de mercancías) y el descubrimiento de los barcos de vapor. Como consecuencia de esta nueva situación se produjo un crecimiento de los viajes por mar, cubriéndose trayectos hasta entonces impensables, sobre todo por razones de distancia, y ofreciéndose una mayor seguridad.

El tráfico marítimo internacional de mercancías estaba en constante crecimiento, concentrándose en zonas de gran importancia comercial, lo que dio pie a que se plantease la necesidad de organizarlo. Con esta intención empieza a desarrollarse el tráfico de línea regular que se caracteriza por servir al tráfico en rutas concretas ofreciendo a los usuarios (cargadores) una considerable regularidad en los horarios, así como una estabilidad en cuanto a las condiciones de los fletes. Junto a este tipo de servicios se mantienen los servicios *tramps*, en este caso son los propios usuarios los que se dirigen a las compañías navieras para que éstas transporten las mercancías de un lugar a otro. En este tipo de servicio ambas partes deben alcanzar un acuerdo en lo relativo a los fletes y otras condiciones de transporte. Por ello, estos servicios no ofrecen ninguna de las regularidades que caracterizan al tráfico de línea.

La evolución del tráfico de línea regular supuso la aparición de una competencia ilimitada (y por consiguiente la oscilación de

los fletes), no sólo entre las propias navieras que sirven al tráfico de línea, sino también entre éstas y las que ofrecen servicios *tramps*. A su vez, los armadores que ofrecían servicios regulares se encontraban con otros problemas propios del tipo de servicio que ofrecían. Así, hacer frente al mantenimiento de un servicio de línea regular supone altos costes para las compañías navieras: en primer lugar, el mantenimiento de una regularidad en los servicios y la calidad y seguridad que se pretende ofrecer a los cargadores exige constantemente una mejora de los buques adaptándolos al progreso tecnológico; en segundo lugar, se hacía necesaria la contratación de personal cualificado; y, finalmente, la especialización de cada buque se hacía de acuerdo con las características de la línea a cubrir. Todo esto suponía que las compañías navieras se viesen obligadas a mantener unos costes fijos muy elevados y un alto volumen de capital fijo o inmovilizado. Se hacía necesario amortizar el capital invertido, pero practicando fletes elevados se corría el riesgo de que los usuarios se dirigiesen a los servicios *tramps*. Por lo tanto, las navieras que servían al tráfico de línea regular se veían obligadas a practicar una política comercial de fletes bajos para atraer a los usuarios y conseguir amortizar lo invertido.

## **II. Las conferencias marítimas como sistema de racionalización del tráfico de línea regular.**

Ante la nueva situación que se creó fueron las propias navieras que prestaban servicios regulares las que, por los motivos expuestos, se mostraron interesadas en racionalizar el tráfico para hacer frente a la competencia ilimitada y a la oscilación de los fletes. Esta racionalización se llevó a cabo a través de la

concentración de empresas navieras naciendo así las conferencias marítimas <sup>49</sup>.

Por conferencia marítima entendemos una agrupación de compañías navieras que prestan servicios de línea regular dentro de una zona geográfica concreta, cubriendo rutas determinadas, respetando los fletes uniformes previamente convenidos y las demás condiciones del servicio que han de ser ciertas y determinadas.

Si bien, en 1868 aparece el primer cártel con la *Trasatlantic Shipping Conference* <sup>50</sup>, se considera que el precedente de las conferencias marítimas tal y como se conocen actualmente lo

---

<sup>49</sup> En el tráfico no de línea o servicios *tramps* no se dio el fenómeno de la concentración empresarial ya que en este tipo de tráfico no se dan las características adecuadas para que ello se lleve a cabo. Hubieron sólo dos intentos de concentración empresarial en los servicios *tramps* que no llegó a prosperar: así en 1905 nacieron la *Sailing Ship Owners' Internacional Union* y la *Baltic and White Sea Conferences*. Señala GONDRA ROMERO, J.M., "Las conferencias marítimas ante el derecho de la competencia", R.G.D.M., 1963, pp. 345 - 377, que sólo en el tráfico de línea regular se dan las condiciones necesarias para la concentración empresarial restrictiva de la competencia: las líneas regulares constituyen cuasi-monopolios naturales; son empresas numéricamente limitadas y perfectamente localizables en zonas geográficas concretas; la estructura económica de este tipo de empresas las hace más idóneas para la concentración empresarial.

<sup>50</sup> Las resistencias a considerarla como la primera conferencia marítima se debe, principalmente, al hecho de que se trataba de una comunidad de intereses entre dos compañías: la *Inman Line* y la *Cunard Line*.

constituyó la Conferencia de Calcuta nacida en 1875 para servir al tráfico entre el puerto hindú y el Reino Unido <sup>51</sup>.

Las conferencias, poco a poco, fueron organizando su presencia en el marco del tráfico marítimo internacional hasta llegar a cubrir gran parte de éste, y ello a pesar de los iniciales inconvenientes con los que se encontraron las primeras conferencias como consecuencia, sobre todo, de la inexperiencia.

Este asentamiento del sistema conferencial se debe, principalmente, a que las conferencias ofrecen una serie de ventajas que podemos exponer del siguiente modo: 1. uniformidad de las tarifas y, de consecuencia, reducción en lo posible de las diferencias entre pequeños y grandes cargadores ya que no se tiene en cuenta ni el volumen económico ni de tráfico de los usuarios. 2. Posibilidad de prever el coste del transporte de las mercancías y, por lo tanto, se puede también prever la fijación de los precios de coste, seguro y tarifa (conocidos como precios c.i.f.). 3. Los usuarios no se ven afectados por las fluctuaciones de los derechos (aranceles) portuarios. 4. Se garantiza una regularidad de servicios en la zona cubierta por la conferencia que incluso abarca puertos que, bien por ser de poca importancia económica, bien por ser de difícil acceso, no serían servidos de otra manera. 5. La regularidad, a su vez, supone el constante uso

---

<sup>51</sup> Esta primera conferencia marítima contó con problemas frente a las compañías navieras que ofrecían servicios *tramps* y frente a los *outsiders* (aquellas que prestan servicios de línea pero sin estar conferenciadas) dado que éstas contaban con buques suficientes y en condiciones adecuadas para cubrir la ruta Calcuta-Reino Unido con lo que los cargadores podían obtener fletes más bajos dirigiéndose a las compañías que prestaban servicios *tramps* o los *outsiders* sin que ello supusiera inconvenientes por las condiciones de los buques. Vid. DE DONATIS, A., *La validità delle conferences nel sistema dei trasporti marittimi internazionali*, Chieti, 1989.

de la flota y, como consecuencia de ello, una continua renovación de la misma adaptándola a las mejoras tecnológicas y las necesidades del servicio prestado. 6. En relación con los usuarios, la regularidad de las líneas viene a aportar una seguridad en relación con los horarios y tiempos de entrega de las mercancías transportadas <sup>52</sup>.

Gracias a las ventajas enumeradas, las conferencias se presentaron como el mejor sistema de racionalización del tráfico marítimo internacional. Aún así, han sido objeto de críticas ya que no se presentaban exentas de inconvenientes <sup>53</sup>. Por lo tanto, la aparición de éstas no supuso una solución inmediata a los problemas del tráfico marítimo internacional debido a que; por una parte, supusieron la puesta en juego de intereses contrapuestos (los defendidos por las navieras y los defendidos por los cargadores) y, por otra, hacían peligrar dos principios

---

<sup>52</sup> Vid. CARBONE, S.M., *La disciplina giuridica ...*, op. cit., pp. 116 - 117; BENTIVOGLIO, L.M., "Verso la fine della libertà dei mari? (a proposito del nuovo codice di condotta delle conferenze di linea)", *Trasporti*, 1975, pp. 24 - 35.

<sup>53</sup> Entre los inconvenientes se han señalado: que las conferencias marítimas dan lugar a la fijación de las tarifas de manera unilateral sin que quepa contratación entre usuarios y conferencia, no teniéndose en cuenta la realidad del mercado de las tarifas; la práctica de acuerdos de fidelidad impiden al cargador elegir la compañía que transportará las mercancías, al mismo tiempo que suponen un abuso de posición de dominio en el mercado; desaparece la competencia entre las navieras conferenciadas y entre éstas y los *outsiders*, consecuencia de lo cual se corre el riesgo de que decaiga la calidad en el servicio; las rutas prefijadas de antemano en ocasiones no responden a las verdaderas necesidades de los cargadores; y por último, se critica el carácter rígido de la estructura y funcionamiento de las conferencias. Vid. CARBONE, S.M., - MUNARI, F., *Regole e organizzazione...*, op. cit.; BENTIVOGLIO, L.M., "Verso la fine della libertà dei mari?...", op. cit. p. 29.

clásicos: la libertad de la autonomía contractual <sup>54</sup> y el principio de la libertad del mar <sup>55</sup>.

Gracias a la labor de los foros codificadores internacionales, especialmente la UNCTAD, se ha conseguido una reglamentación del sistema conferencial que ha permitido superar buena parte de las iniciales dificultades, sin por ello mermar las ventajas que hicieron que este modelo de organización prosperase y se implantase en el tráfico marítimo internacional.

En síntesis, se puede afirmar que las conferencias marítimas nacen en un momento histórico concreto respondiendo a una nueva realidad económica y comercial surgida en el ámbito del transporte marítimo internacional. Las nuevas necesidades aparecidas en el sector del tráfico de línea regular fuerzan la búsqueda del modo más adecuado para racionalizar el tráfico,

---

<sup>54</sup> En este sentido, CARBONE, S.M. - LUZZATO, R., *Il contratto internazionale*, Torino, 1994, pp. 66 - 67, ponen de manifiesto el derecho internacional "pattizio" afecta a la autonomía de la voluntad en la celebración de contratos comerciales dentro del sector del transporte marítimo. Haciendo referencia al Código UNCTAD señalan que esta normativa viene a indicar los presupuestos, condiciones y criterios para un positivo ejercicio de la autonomía privada.

<sup>55</sup> Como señala BENTIVOGLIO, L. M., op. cit., el concepto de "libertad de los mares" tiene un significado polivalente, señala dicho autor tres funciones en las que viene utilizada esta noción: respecto al transporte en el sentido de libertad de navegación (aspecto que a nosotros nos interesa); en relación al uso de los recursos marinos (suelo y subsuelo marino más allá de las aguas jurisdiccionales nacionales); y por último en relación a la investigación científica. Respecto a la libertad del mar resulta interesante traer a colación la distinción que hace RODIÈRE, "Les tendances contemporaines ...", op. cit. pp. 391 - 392, entre libertad de los mares y libertad de comercio, refiriéndose la primera a la circulación y la segunda al tráfico comercial.



encontrándose la vía más propicia en la creación de las conferencias marítimas.

Aún cuando hoy se pueda hablar de un cierto declive del sector conferenciado no cabe duda de que la aparición de las mismas ha sido el motor de arranque para la consecución de un mercado regulado del transporte marítimo internacional y, por lo tanto, las referencias a este sistema se hacen imprescindibles en el estudio de la organización del mercado del tráfico marítimo, y se presentan como una de las típicas relaciones contractuales entre compañías navieras.

La organización del mercado del transporte marítimo internacional tiene su origen en el momento en que, con los avances tecnológicos, el transporte, y en el caso concreto que nos interesa el marítimo, experimentó un importante avance. Esta nueva situación, caracterizada por la existencia de distintos tipos de transportes y, a su vez, dentro de cada uno de ellos diversos tipos de servicios, desbordó cualquier posible previsión acerca de lo que podía llegar a ser el mercado de los transportes. Si se ha dicho que las soluciones unilaterales eran inadecuadas para resolver los problemas planteados por la organización del mercado del transporte marítimo internacional y que, por lo tanto, las soluciones había que buscarlas por las vías internacionales<sup>56</sup>, también hay que decir que, dado el carácter del transporte marítimo, los convenios internacionales relativos a cualquier aspecto del mismo no sólo deben tener pretensiones “universales”, sino que se debe llegar a conseguir su efectividad a pesar de las dificultades reales y de los intereses en presencia.

---

<sup>56</sup> Entre otros, CARBONE, S.M., *La disciplina giuridica...*, op. cit.

Nunca podemos olvidar que el sector del transporte marítimo internacional, como hemos señalado, encierra una pluralidad de intereses: el interés de las organizaciones internacionales privadas, el de los Estados y, por su puesto, el de los propios particulares intervinientes en el tráfico. Dentro de este último grupo no hay que omitir que las navieras, especialmente los grandes armadores con larga tradición en el mercado, constituyen un importante centro de fuerza (fundamentalmente ejercida desde los comités de armadores). Por este motivo, no resulta difícil entender la existencia de ese *maremagnum* de normas relativas a la organización del mercado del transporte marítimo. Es del todo lógico pensar que coexistan, junto a la normativa procedente de las organizaciones internacionales (UNCTAD principalmente), la propia normativa interna de los Estados y, sobre todo, de la U.E. ya que en el caso que nos interesa se trata de normas que establecen y protegen determinadas estructuras de mercado que obedecen a los intereses propios del Estado o estructura internacional que las crea.

**CAPÍTULO III**  
**LA REGLAMENTACIÓN DEL TRÁFICO**  
**MARÍTIMO**  
**CONFERENCIADO: PRIMERAS**  
**SOLUCIONES A**  
**NIVEL INTERNACIONAL**

## **I. Consideraciones generales.**

Como se indicó en el Capítulo precedente, el sistema conferencial se presentó como la vía más adecuada para racionalizar el tráfico y superó los iniciales inconvenientes que planteaba gracias a la reglamentación nacida en el seno de la UNCTAD. Pero antes de que se llegara a contar con un reglamentación a nivel internacional los Estados adoptaron distintos comportamientos: de un lado, algunos países de gran importancia en el sector del transporte marítimo optaron por el abstencionismo. De esta forma, aunque carecían de una legislación *ad hoc* no intentaron buscar una solución a esta laguna. De otro, aquellos Estados, como es el caso de E.E.U.U.<sup>57</sup>, intentaron hacer frente a los problemas derivados del tráfico de línea en general, y de la práctica conferencial en especial, sobre todo los relativos a la defensa de la competencia, aplicando su propio Derecho interno. Comprobado el fracaso que supuso la aplicación de medidas unilaterales se dio paso a una segunda fase en la que se intentó dar soluciones de carácter internacional a los problemas que este tipo de tráfico planteaban.

Como consecuencia de este intento de solución a nivel internacional nació el Convenio sobre un Código de conducta de las Conferencias Marítimas (Código UNCTAD) que, en nuestro

---

<sup>57</sup> EEUU se desmarcó del resto de los países de importancia marítima, así la regulación marítima de las conferencias venía dada por la *Shipping Act* de 1916, posteriormente modificada en varias ocasiones, siendo su modificación más importante la llevada a cabo en 1961 y conocida como *Bonner Act*; a ésta la sustituyó, posteriormente, la *Federal Maritime Board* y, finalmente, la *Shipping Act* de 1984.

país, ha entrado en vigor en 1994<sup>58</sup>. Este Convenio constituye el primer éxito en el intento de poner un cierto orden en el mercado del transporte marítimo de línea regular.

A este Código debemos conferirle el mismo valor e importancia que hemos indicado para las conferencias marítimas como precursoras de un mercado regulado del transporte marítimo internacional, dada la repercusión que tuvo, sea en las legislaciones internas de los Estados Partes, que en la celebración de acuerdos bilaterales entre Estados Partes y países terceros, así como las consecuencias que ha generado en las relaciones jurídico-privadas, en concreto las relaciones entre compañías navieras, por una parte, y entre éstas y los usuarios por otra<sup>59</sup>. Todo ello sin olvidar la indiscutible trascendencia que este texto ha tenido en el ámbito comunitario. Así, fue a raíz de la aprobación del Código cuando la Comunidad comenzó a preocuparse por el mercado internacional del transporte marítimo. Por ello, junto al Código UNCTAD se hace necesario tener en cuenta la reacción inmediata de la U.E. que se ve plasmada a través de la adopción del Reglamento 954/79<sup>60</sup>.

## **II. Los códigos de conducta como procedimiento de producción jurídica.**

Los códigos de conducta aparecen estrechamente relacionados con el denominado Nuevo Orden Económico Internacional<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> B.O.E. nº 162 de 8 de julio de 1994.

<sup>59</sup> Al respecto, vid. infra.

<sup>60</sup> D.O.C.E. nº L 121/1 de 17 de mayo 1979.

<sup>61</sup> Instaurado a través de la Resolución 3.201 (S. VI) de la VI Asamblea Extraordinaria de las Naciones Unidas, conteniéndose en la Resolución 3.202 (S. VI) el Programa de acción para su establecimiento. Las desigualdades existentes entre los países desarrollados y los países en vías de desarrollo y la crisis económica (principalmente la crisis del dólar y la crisis energética) fue el marco que generó y dio

Como se ha puesto de relieve en numerosas ocasiones el N.O.E.I. en su intento de crear un nuevo orden económico internacional, principalmente a través de la labor de organismos como la UNCITRAL<sup>62</sup> y la UNCTAD<sup>63</sup>,

---

lugar a la necesidad de instaurar este nuevo orden económico. Junto a las Resoluciones citadas hay que tener en cuenta la Resolución 3282 (XXIX) conteniente la Carta de los derechos y deberes económicos de los Estados. En su iniciativa el presidente mejicano Luis Echevarría había formulado: "La imposibilidad de instaurar un orden justo y un mundo estable, en tanto que una Carta tendente a proteger los derechos de todos los países, especialmente de los países en vías de desarrollo, no haya sido formulada". Así como la Resolución 3.362 (S. VII) de 1975 aprobada con el título Desarrollo y Cooperación económica internacional. En este marco, empiezan a fraguarse los Código de conducta. En cuanto a al motivo de la aparición de éstos vid. STAMPFLI, L., "Le code de conduite des conferences maritimes - exemple d'un nouvel instrument du droit international du developpement?", Rev. Belg. Dr. Int., 1976, p. 113, según el cual los códigos de conducta responden a "una necesidad de reglamentar y de generalizar una práctica comercial existente..."; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1991, p. 173, para los cuales el objetivo principal de la aparición de los códigos de conducta en el mundo de los negocios responde a la búsqueda de una "reglamentación de la práctica comercial existente en las empresas al margen del intervencionismo del Estado".

<sup>62</sup> La UNCITRAL nace a raíz de la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2.205 (XXII) de 17 de diciembre de 1966, centrándose su labor principalmente en la elaboración, firma y ratificación de convenios internacionales, así como de Leyes - modelo y leyes uniformes.

<sup>63</sup> La UNCTAD como organismo nace en 1964, debiendo reunirse cada cuatro años. En ella los países en vías de desarrollo encontraron la sede adecuada para reivindicar sus aspiraciones, formando un bloque unido frente a los países desarrollados dando así lugar al nacimiento de un grupo de países denominado grupo de los 77. Acerca de las diversas reuniones llevadas a cabo en el seno de la UNCTAD vid. BRITO MONCADA, J.R., *Derecho Internacional Económico. Perspectiva histórica, económica, política y jurídica*, México, 1982, especialmente pp. 61 - 70. Pero la UNCTAD ha sido objeto de una autorreforma, concretamente en la Conferencia de Cartagena de Indias

tiene una clara repercusión en el Derecho del comercio internacional tanto en su vertiente de Derecho Internacional Público como en su perspectiva internacional privatista <sup>64</sup>.

La instauración efectiva del N.O.E.I. requería una serie de vías que lo hiciesen factible. Una de esas vías fueron los códigos de conducta, los cuales supusieron algo más que un intento de regulación de la práctica comercial ya que en ellos se conjugan intereses contrapuestos de carácter estatal, y más concretamente de índole económico, que responden a las ya señaladas diferencias entre países en vías de desarrollo y países desarrollados.

Así, detrás del nacimiento de los códigos de conducta, tanto de los que actualmente están en vigor, como aquéllos que no llegaron a prosperar, encontramos una constante lucha de los primeros frente a los segundos por hacer valer sus pretensiones <sup>65</sup>.

---

(del 8 al 25 de febrero de 1992), consecuencia de la cual dicho organismo abandona los principios del N.O.E.I. como inspiradores de su actuación para acogerse a los nuevos principios internacionales para el desarrollo, lo que a su vez lleva a una reestructuración del funcionamiento interno de la UNCTAD. Vid. MARCHISIO, "Riforma dell'ONU economica e tramonto del Nuovo ordine economico internazionale", Riv. Dir. Int., 1992, pp. 1023 - 1027.

<sup>64</sup> Vid. BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "El nuevo orden económico internacional y el derecho del comercio internacional", en *Estudios en honor del profesor D. Antonio Truyol Serra*, Vol. II, C.E.C., 1986, pp. 201 - 222.

<sup>65</sup> Como ejemplo podemos citar lo ocurrido durante los trabajos preparatorios del Código de conducta de las sociedades transnacionales; los trabajos llevados a cabo por la Comisión de sociedades transnacionales (órgano encargado, junto al Centro de empresas transnacionales de llevar a término la idea del código de conducta) se vieron ralentizados por las diferencias existentes entre países en vías de desarrollo (grupo de los 77) y los países industrializados (grupo B). Estas diferencias versaban principalmente sobre cuestiones tales como la definición de empresa transnacional; naturaleza jurídica del código de conducta que se pretendía elaborar; destinatarios del código; y problemas

Por lo tanto, al hilo de lo expuesto, hemos de tener en cuenta que estamos ante un determinado tipo de normativa que empieza a proliferar en un momento político y económico concreto que, si bien ya ha sido superado, ha marcado lo que ha sido el inicio y posterior desarrollo de la organización del mercado del transporte marítimo internacional.

### **III. Naturaleza jurídica de los códigos de conducta.**

La problemática de la naturaleza jurídica de los códigos de conducta gira en torno al carácter vinculante o no de la normativa en ellos contenida. Hay que tener en cuenta que el carácter vinculante de los Códigos o, en su caso, la ausencia de fuerza vinculante, y más concretamente sobre la necesidad de que éstos sean o no vinculantes, es una cuestión que debe ser analizada teniendo en consideración el trasfondo de diferencias que existían, y aún hoy siguen existiendo, entre los países en vías de desarrollo —conocidos como el grupo de los 77— y los países industrializados —conocidos como el grupo B—.

---

relativos a la actividad de las multinacionales. Situación similar nos encontramos durante los trabajos preparatorios del Código de conducta para las Transferencias de Tecnología, donde las diferencias versaban principalmente acerca del carácter y fondo del código de conducta. En este caso el grupo de los entonces países socialistas (grupo D) adoptaron una posición que en ocasiones era de apoyo a los países en vías de desarrollo y en otras hacían valer sus propias pretensiones. Vid. FERNÁNDEZ TORNÉS, "Los códigos internacionales de conducta: Nuevos instrumentos de regulación para un nuevo orden económico internacional", A.D.I., IV, 1978 - 1979, pp. 199 - 238; RIGAUX, F. "Lex situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale", *R. des C.*, 1989 - I, t. 213, pp. 9 y ss. ; NELLI FEROCI, F., "Società multinazionali verso un codice di condotta", *Com. Int.*, 1978, n° 3, pp. 356 - 374; TREVES, T., "Il Codice di condotta sul trasferimento della tecnologia", *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1977, pp. 705 - 732.



Han sido varias las posibilidades que se han ido planteando a lo largo de los trabajos preparatorios de los distintos códigos de conducta, así como igualmente variadas son las posiciones doctrinales al respecto. En este sentido, nos encontramos con las siguientes alternativas:

a) Que los códigos de conducta se recojan en instrumentos no vinculantes: recomendaciones, resoluciones de organismos internacionales, etc.<sup>66</sup>. Esta posición ha sido fuertemente defendida por los países industrializados. En el caso de los trabajos preparatorios sobre un Código de conducta para la Transferencia de Tecnología, el grupo de los 77 apoyó reiteradamente la necesidad de un código con carácter vinculante a diferencia de los países del grupo B que desde un principio pretendieron un código compuesto de directivas no vinculantes; fueron, por lo tanto, posiciones contrapuestas que obedecían a realidades distintas<sup>67</sup>.

b) Otra de las posibilidades que se plantearon consistía en que los códigos se recogiesen en instrumentos vinculantes, concretamente en

---

<sup>66</sup> Si bien, el hecho de que un código de conducta no se recoja en un instrumento jurídico vinculante no es óbice para reconocer en ellos un valor jurídico. En este sentido PÉREZ VOITURIEZ, A., *Las Sociedades Multinacionales y los Sindicatos mundiales ante el Derecho Internacional*, Madrid, 1981, pp. 62 - 63, señala que el hecho de que el código de conducta se recoja en recomendaciones no implica que estemos únicamente ante simples "criterios morales" o "éticos" sino que están dentro de la categoría de los Principios Generales del Derecho.

<sup>67</sup> Como señala MIGLIORINO, L., "Iniziativa internazionali relative al trasferimento della tecnologia", Riv. Dir. Int. Priv. Proc., 1981, pp. 377 - 433, en el caso de los países del grupo B la transferencia de tecnología se lleva a cabo principalmente entre empresas privadas sobre las cuales los gobiernos de estos países tienen escasa influencia, así como un instrumento de carácter obligatorio supone la necesidad, para que su contenido sea ejecutado, de que la normativa en él contenida sea recogida por los ordenamientos internos con las dificultades que ello comporta.

convenios internacionales. En este caso el carácter vinculante de la normativa en ellos recogidas es indiscutible. Como señala MIAJA DE LA MUELA <sup>68</sup> cabe la posibilidad de que el convenio recoja sólo principios generales, en cuyo caso los Estados partes deberán promulgar las leyes internas necesarias para su cumplimiento; o bien que contenga, además de principios generales, normas concretas (ya sea a lo largo del texto del convenio, o como ley uniforme recogida en un anexo), en cuyo caso los Estados partes tienen la obligación de incorporarlas a sus respectivos ordenamientos jurídicos.

c) Como tercera alternativa llegó a proponerse una solución de carácter conciliador entre las dos posiciones anteriores: que el código de conducta se recoja en un instrumento vinculante que los países que no se adhieran a él consideren como simple directiva. Esta posible solución fue planteada por la Secretaría de la UNCTAD durante las sesiones de trabajo del Código de conducta para la Transferencia de Tecnología con la intención de buscar una vía intermedia a las posiciones enfrentadas entre los países en vías de desarrollo, que pretendían la obligatoriedad de los códigos, y los países industrializados que se oponían a la posible fuerza vinculante de éstos <sup>69</sup>.

d) Junto a estas alternativas que se iban planteando a lo largo de los trabajos que debían conducir a la elaboración de códigos de conducta (sea

---

<sup>68</sup> Vid. MIAJA DE LA MUELA, A., "Conjeturas sobre la incidencia del nuevo orden económico internacional en el Derecho Mercantil", en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo*, Madrid, 1981, pp. 537 - 573.

<sup>69</sup> Junto a esta posibilidad se barajó otra según la cual se adoptaría un código de carácter no vinculante, compuesto por reglas y principios aprobados por medio de una resolución de la Asamblea general de N.U. donde se le reconocería a la conferencia de revisión la posibilidad de, en un momento dado, transformar dicho instrumento en un convenio internacional. Al respecto, Vid. MIGLIORINO, L., "Iniziativa internazionali...", op. cit.

sobre Transferencia de Tecnología, Empresas Transnacionales, Conferencias Marítimas, por citar los más conocidos) nos encontramos con un cierto sector doctrinal que considera que el carácter vinculante depende más que del instrumento en el que se recoja de la fuerza más o menos obligatoria de la normativa del mismo <sup>70</sup>.

Como hemos visto se habla constantemente del instrumento en el que se recoge el código de conducta, está claro que estamos ante dos cosas distintas: una la forma y otra el contenido. Es la distinción que hace FERNÁNDEZ TORNÉS <sup>71</sup> entre forma y fondo, distinción que nos parece acertada para afrontar el tema que nos ocupa, ya que, como señala este autor, en el informe redactado por la conferencia de Plenipotenciarios durante los trabajos que condujeron al Código de conducta de las Conferencias Marítimas se observa la siguiente redacción:

“... La Conférence a adopté dans son ensemble la Convention concernant un Code de conduite des conférences maritimes...” <sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Vid. RIGAUX, F., “Pour un autre ordre International” en *Droit Économique* 2, París, 1979, pp. 269 - 426, especialmente, p. 375, quien ponen de manifiesto que la fuerza obligatoria de un código depende en buena parte del carácter imperativo de las disposiciones que contiene y, sobre todo, de su grado de precisión. Para DELAPORTE, V., “Conférences maritimes et nouveau code de conduite”, *An. Dr. Mar. Aer.*, 1979, T. IV, pp. 283 - 291, al hablar del código de conducta de las conferencias marítimas dice que frecuentemente se limita a dar unas recomendaciones; procura cambiar el espíritu de los Estados más que imponer reglas coercitivas. En realidad el código de conducta es resultado de una manifestación política que expresa la voluntad de los Estados en vías de desarrollo, es decir, en el caso que nos ocupa ha sido la vía que ha permitido a los países en vías de desarrollo decir su palabra sobre transporte marítimo.

<sup>71</sup> Vid. FERNÁNDEZ TORNÉS, En el mismo sentido se manifiesta STAMPFLI, L., “Le Code de conduite des conférences maritimes...” op. cit.

<sup>72</sup> Relación de la segunda sesión de la conferencia, TD/CODE/10, VOL. 1, p. 106.

De esta redacción se desprende claramente que el Convenio es la forma adoptada y el código de conducta es el contenido de la misma. Ahora bien, el hecho de que el Código aparezca recogido en un Convenio internacional es para la doctrina apenas citada la vía que da a la normativa de este código la posibilidad de incorporarse al contenido del Derecho Internacional de manera rápida sin tener que esperar una incorporación por la vía de la costumbre ya que “la forma jurídica que pueda adoptar no es esencial a su naturaleza jurídica”, es decir, cualquiera que sea la forma adoptada el contenido sigue siendo un código de conducta que puede estar formado por normas internacionales obligatorias (que serían las menos) y por normas que el propio autor califica como “normas en período de formación”<sup>73</sup>.

Nos parece acertada la distinción entre forma y fondo y, en base a la misma, consideramos que si bien forma y fondo son dos cosas distintas una buena combinación entre ambas podría ser una solución. Si la mayoría de las normas recogidas en los códigos de conducta gozasen del carácter de obligatorias, así como de la precisión que señala RIGAUX<sup>74</sup>, al mismo tiempo que revistiesen la forma de convenio internacional, generándose así obligaciones para los Estados Partes, los resultados obtenidos por los códigos de conducta destinados a la reglamentación de ciertas prácticas comerciales hubieran sido mucho más satisfactorios.

---

<sup>73</sup> Vid. FERNÁNDEZ TORNÉS, “Los códigos internacionales ...”, op. cit., pp. 203 y 204.

<sup>74</sup> Vid. nota supra.

En el caso que nos ocupa, el Código UNCTAD desde la perspectiva de la forma, tiene un carácter indiscutiblemente vinculante que le viene dado por el instrumento jurídico en el que se recoge <sup>75</sup>. Sin embargo, más discutido ha sido el carácter vinculante de las normas que en él se recogen. Así, ha sido señalado su falta de precisión provocada principalmente por los tiempos verbales utilizados en la redacción del texto <sup>76</sup>.

El Código de conducta de las conferencias marítimas se presenta como un ejemplo de conciliación de intereses: por una parte, se ha encontrado una vía de pacificación entre los intereses de los Estados. En algún momento de las negociaciones, o bien los países industrializados, o bien los países en vías de desarrollo han tenido que ceder en sus pretensiones. Por otra parte, se han conciliado los intereses privados ya que se ha intentado mantener un equilibrio entre las pretensiones de las compañías navieras conferenciadas, sin olvidar a los *outsiders*, y las necesidades de los usuarios. Se ha logrado alcanzar un texto bastante riguroso recogido en un convenio internacional, vinculante para los Estados Partes, y que, además, ha influido, sobre todo en relación al sistema de reparto de cuotas de tráfico, en otros Estados que no lo han ratificado <sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Vid. BLANCO-MORALES LIMONES, P., op. cit., p. 2207.

<sup>76</sup> Vid. FADDA, E., "Reflessioni sul Codice di condotta delle conferenze di linea", Dir. Mar., 1981, pp. 652 y ss.; AURIOLES MARTÍN, A., op. cit. p. 96.

<sup>77</sup> Como señalan CARBONE, S.M. - MUNARI, F., *Regole e organizzazione...*, op. cit. p. 37, el código de conducta se presenta, en cuanto instrumento de normativa internacional uniforme, como la mejor solución para regular de manera completa y eficaz el papel y los límites de las conferencias en el mercado del tráfico marítimo internacional frente a la inconveniencia de soluciones unilaterales.

#### **IV. Un primer intento de regulación del tráfico marítimo conferenciado: el Código CENSA y los trabajos de la UNCTAD.**

Una vez abordado el tema de los códigos de conducta como procedimiento de producción jurídica, así como su naturaleza jurídica, nos adentramos en el estudio de las causas y vicisitudes que llevaron al nacimiento del Convenio sobre un Código de conducta de las Conferencias Marítimas.

En un primer momento, como ya hemos señalado, ante los principales problemas ocasionados por la aparición de las conferencias marítimas, se puede observar que los países occidentales con larga tradición maritimista adoptaron una posición que ha sido calificada de “abstencionista” o “inhibicionista”<sup>78</sup>. De esta forma, cuestiones de especial importancia, como la vulneración de la competencia, con las consecuencias que esto implica sea para las propias compañías navieras que para los usuarios, en países como Gran Bretaña, Francia o Italia quedaban sin regular ya que las conferencias marítimas no entraban en el ámbito de aplicación de sus respectivas leyes relativas al derecho de la competencia.

Las causas que motivaron esta actitud abstencionista fueron varias:

1. Por una parte, se consideraba que el sistema conferencial, si bien planteaba problemas en el ámbito del derecho de la competencia por la evidente posición de monopolio que estas agrupaciones ocupaban en el mercado, se presentaban como el

---

<sup>78</sup> Esta terminología es la utilizada por GONDRA ROMERO, J.M., “Las conferencias marítimas...”, op. cit.

sistema más adecuado para la racionalización del tráfico marítimo internacional de línea regular en constante aumento. Como consecuencia de ello se entendía que era desaconsejable una aplicación de las legislaciones internas ya que ésto podía suponer una posible limitación a la actuación de las conferencias marítimas.

2. Por otra parte, las conferencias se presentaban no sólo como un sistema adecuado para racionalizar el tráfico internacional sino que, a su vez, suponían un importante filón económico para los Estados donde estas nacían, principalmente para los países desarrollados. Por lo tanto, más que hablar de un desinterés jurídico ante el sistema conferencial debe hablarse de un interés económico que servía de apoyo a la situación de total desregulación de este sistema organizativo.

3. Y un tercer motivo, de gran importancia, lo constituye el hecho de que el carácter eminentemente internacional del fenómeno conferencial hacía desaconsejable dar soluciones internas. Como consecuencia, era necesaria una legislación capaz de hacer frente a la nueva realidad del mercado, si bien ésta debía adoptarse en un marco internacional.

Para un sector de los intervinientes en el tráfico marítimo internacional, concretamente para los países en vías de desarrollo, una reglamentación a nivel internacional de las conferencias era una necesidad. Se iba produciendo un crecimiento en las relaciones comerciales entre países industrializados y países en vías de desarrollo. Un crecimiento caracterizado por el hecho de que los países en vías de desarrollo, frente al gran volumen de materias primas exportables, se

encontraban con que el volumen de las flotas nacionales era insuficiente para hacer frente a su transporte<sup>79</sup>. Por su parte, los transportistas habitualmente exigían el pago de fletes y tarifas en su propia moneda, o, en cualquier caso, en una moneda fuerte en el mercado, provocando resultados negativos en el balance de pagos de estos países, al mismo tiempo que los cargadores tenían que soportar las condiciones, sobre fijación de fletes y tarifas, unilateralmente impuestas por las conferencias.

Los países en vías de desarrollo intentaron una primera solución a través de una política de carácter proteccionista fijando reservas de carga en favor de los buques que enarbolaban pabellón nacional; si bien, este tipo de medidas apenas dio resultados. En el marco del tráfico marítimo internacional, estos países encontraron, en el seno de la UNCTAD, una posibilidad de hacer valer sus pretensiones y defender sus intereses, siendo en este organismo donde se celebraron varias conferencias para discutir, entre otras cosas, la situación del tráfico marítimo internacional<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> Como pone de manifiesto BENTIVOGLIO, L.M., "Verso la fine della libertà dei mari? ...", op. cit., en 1971 los países en vías de desarrollo contaban con un volumen global de las exportaciones, a nivel mundial, de un 62,4% (y un 16,5% de importaciones), mientras que el porcentaje del tonelaje de los mismos no superaba el 7,4%.

<sup>80</sup> La UNCTAD I (Ginebra, 1964), la UNCTAD II (Nueva Delhi, 1967) y la UNCTAD III (Santiago de Chile, 1972). A lo largo de la celebración de estas tres conferencias se pusieron de manifiesto los principios inspiradores de la economía internacional de los años 70, así en la conferencia de 1964 el comercio internacional se presentó como uno de los puntos más importantes para el progreso económico, el libre comercio, represión de las prácticas de *dumping*, colaboración entre los países en vías de desarrollo (a través, entre otras formas, de agrupaciones regionales), así como la colaboración que los países industrializados debían prestar a los subdesarrollados (a



Durante la celebración de la UNCTAD-I quedaron claras las posiciones de ambas partes: por un lado, los países en vías de desarrollo reclamaban la necesidad de una intervención por parte de los gobiernos en las actividades del tráfico conferenciado; de otra parte, los países desarrollados defendía la libertad de las conferencias en cuanto a su organización y reglamentación. Pero ante estas posiciones enfrentadas hay que destacar que unos y otros estaban de acuerdo en un punto tan importante como era la necesidad de que siguiesen existiendo las conferencias marítimas.

El resultado de esta primera convocatoria de la UNCTAD fue la aprobación sin votos en contra de una recomendación que proponía la participación tanto de los consejos de cargadores o usuarios como de entes nacionales o regionales en la fijación de los fletes y tarifas, sus posibles aumentos y publicación de los mismos. Por lo tanto, se propone un sistema de colaboración apoyado, a su vez, en mecanismos de consulta entre las partes.

---

través de donaciones, préstamos a bajos intereses, traspaso de tecnología, etc.). La segunda conferencia giró principalmente entorno a la adopción de resoluciones relacionadas con el incremento de la producción y comercio de productos básicos, así como acerca de las manufacturas y financiamiento. Durante la tercera conferencia se intentó llegar a una coordinación con el GATT en aras a conseguir una mayor participación de los países en vías de desarrollo en las negociaciones comerciales al mismo tiempo que se siguieron barajando los principios de cooperación, ayuda financiera, transferencia de tecnología, etc.

Durante la UNCTAD-II se llegó a establecer las líneas a seguir por los gobiernos ante las conferencias marítimas <sup>81</sup> sobre todo en aras de reducir el coste de los transportes internacionales, así como se puso de manifiesto la necesidad de fijar fletes preferenciales para los productos provenientes de los países en vías de desarrollo.

En el acuerdo de Tokio el *Consultative Shipping Group* -del que formaban parte los Ministros de transporte de Japón y de los Estados de Europa occidental- aceptaron el Código de conducta propuesto por el CENSA (Comité de las Asociaciones Nacionales de los Armadores Europeos) <sup>82</sup>. Dicho Código era una forma de autoreglamentación de las conferencias marítimas, respondiendo más a los intereses de las mismas que a las exigencias de los países en vías de desarrollo, los cuales reclamaban un instrumento de carácter internacional con naturaleza obligatoria (pretensión que, como se puso anteriormente de manifiesto, mantuvieron estos Estados en los trabajos preparatorios de los códigos de conducta) y basado en unos principios distintos a los que sustentaban al Código CENSA: libertad de la autonomía contractual y principio de libertad del mar.

Fue en 1971 cuando se reúne la UNCTAD-III por recomendación del *Committee on Shipping*. El estudio del tema que nos ocupa fue encargado al *Working Group on International Shipping*

---

<sup>81</sup> Al respecto, ASSONITIS, G., *Réglementation internationale des transports maritimes dans le cadre de la CNUCED*, Genève, 1991, pone de manifiesto que esta medida establecida en relación a los gobiernos no es más que una petición de éstos dirigida a las conferencias para que ajusten sus prácticas a ciertos principios.

<sup>82</sup> Texto del Código en CARBONE, S.M. - MUNARI, F., *Regole e organizzazione dei trasporti marittimi internazionali*, Milano, 1990, apéndice, pp. 365 -372.

*Legislation*, estudio que se llevó a cabo en base a los resultados obtenidos por el Código CENSA y las sugerencias tanto de carácter estatal como de los navieros y cargadores. En 1972 se aprobó el proyecto de Convención internacional sobre un Código de conducta de las Conferencias Marítimas (si bien con la oposición de algunos países industrializados). La Asamblea de las Naciones Unidas convocó una conferencia diplomática sobre el Código de conducta, conferencia que se celebró a finales de 1973.

Finalmente en Ginebra se aprueba el 6 de abril de 1974 la Convención sobre un Código de conducta de las conferencias marítimas <sup>83</sup>, se contó con el voto favorable de 72 Estados, el voto contrario de Dinamarca, Finlandia, Gran Bretaña, Noruega, Estados Unidos, Suecia y Suiza, y las abstenciones de Canadá, Grecia, Italia, Nueva Zelanda y Holanda.

Como puede observarse los Estados de economía de mercado no votaron a favor del Código: bien votaron en contra, o se abstuvieron (excepto Francia, Bélgica, Australia y Japón). A pesar de esta posición de rechazo adoptada inicialmente se ha venido materializando a lo largo de los años 80 la adhesión de países que en su momento votaron en contra o se abstuvieron (son los casos de Dinamarca, Finlandia, Italia, Holanda, Gran Bretaña y Suecia)

---

<sup>83</sup> B.O.E. nº 162, de 8 de julio de 1994.

**CAPÍTULO IV**  
**EL CONVENIO SOBRE UN CÓDIGO DE**  
**CONDUCTA**  
**DE LAS CONFERENCIAS MARÍTIMAS**  
**(CÓDIGO UNCTAD).**  
**ANÁLISIS DE SU CONTENIDO.**

## **I. Consideraciones generales.**

Una vez puesto de manifiesto que el Código UNCTAD ha sido el primer paso hacia la reglamentación del tráfico conferenciado, superándose así una primera fase de ausencia total de regulación, no sólo del tráfico conferenciado sino del tráfico de línea regular en general, pasamos a analizar su contenido.

Así, en este Capítulo, se abordarán las siguientes cuestiones:

Por una parte, se analizará el ámbito de aplicación del Código. Acerca de éste caben varias interpretaciones, especialmente si tenemos en consideración que a lo largo del texto no aparece ningún precepto que lo determine.

Por otra, dentro de este Capítulo, haremos mención del problema que, en ocasiones, supone la coexistencia entre el Código y los acuerdos bilaterales que, tras pasar por una primera etapa en la que se podía hablar de un cierto declive en la producción de los mismos, se ha pasado a una nueva etapa en la que, en cierta medida, vuelven a proliferar. La mención a esta cuestión obedece a

la incidencia que los acuerdos bilaterales tienen en las relaciones contractuales en el ámbito del transporte marítimo, cuestión que, por otra parte, será tratada en un momento posterior<sup>84</sup>.

## **II. Ámbito de aplicación del Código.**

En la enumeración de objetivos y principios que recoge el Código se habla de “la necesidad de un Código de conducta de las conferencias marítimas universalmente aceptable”. Es evidente que de la propia letra del texto puede deducirse que la intención, a la hora de elaborar el Código, era que éste fuese un instrumento de aplicación universal y, por lo tanto, abarcase, al menos, la práctica totalidad del tráfico conferenciado internacional. Sin embargo, a pesar de que la consecución de un instrumento de aplicación universal se presenta como uno de los objetivos perseguidos, posteriormente, a lo largo del articulado, no se especifica el ámbito de aplicación. Esta falta de concreción ha llevado a que, en numerosas ocasiones, se planteen dos cuestiones: por una parte, si el texto es de aplicación a todos los tipos de transporte de línea internacional, entre ellos el transporte multimodal. Por otra, se plantea en qué medida los Estados que no son Partes de este Convenio verán su actuación condicionada por este texto.

Así, en relación a la primera cuestión, hay que señalar que el Código, como el propio título del Convenio señala, es de

---

<sup>84</sup> Analizaremos las cuestiones referentes a los acuerdos bilaterales en relación con el Código de conducta sin entrar en el estudio de los acuerdos bilaterales en relación con la normativa comunitaria, concretamente con el Reglamento 4055/86 sobre libre prestación de servicios, cuestión que será tratada al analizar la normativa comunitaria en materia de tráfico marítimo internacional, vid. infra.

aplicación al tráfico marítimo internacional conferenciado <sup>85</sup>, quedando fuera el tráfico internacional de línea no conferenciado —*outsiders*— y, por su puesto, los servicios *tramps*. En este sentido, la definición que el propio Código nos ofrece de conferencia marítima ha servido a nuestra doctrina para extraer el ámbito de aplicación material del Código <sup>86</sup>. Así, se han señalado cinco requisitos como determinantes de este ámbito de aplicación: línea regular, transporte de mercancías, conferenciado, marítimo e internacional.

A su vez, estas características extraídas por nuestra doctrina de la definición de conferencia marítima se ven reforzadas por la Resolución nº 2, anexada al texto del Código, donde se establece que “teniendo presente que la Convención es aplicable a las Conferencias Marítimas y sus relaciones externas”. Por lo tanto, no afecta a la totalidad del tráfico internacional de los Estados Partes.

Ahora bien, a tenor de lo expuesto sólo queda claro que un determinado tipo de transporte, dentro del ámbito del tráfico de línea regular, queda fuera del ámbito de aplicación del Código,

---

<sup>85</sup> Entendiendo por conferencias marítimas aquellas que responden a la definición que de las mismas nos da el propio Código en su Capítulo Primero: “Un grupo constituido por dos o más empresas porteadoras navieras que prestan servicios regulares de transporte internacional de carga en una ruta particular o unas rutas particulares dentro de determinados límites geográficos y que han concertado un acuerdo o arreglo, cualquiera que sea su naturaleza, dentro de cuyo marco actúan ateniéndose a unos fletes uniformes o comunes y a cualesquiera otras condiciones convenidas en lo que respecta a la prestación de servicios regulares”.

<sup>86</sup> Vid. ARROYO MARTÍNEZ, I. - BOET, E. “Conferencias marítimas y Código de conducta”, A.D.M., 1997, VOL. XIV, pp. 17 - 64.

concretamente los *outsiders*. Por el contrario, del texto del Convenio no se pueden extraer conclusiones acerca del transporte multimodal. Con la Conferencia de Revisión relativa al Código de conducta de la conferencias marítimas, anteriormente citada <sup>87</sup>, y la Resolución en ella aprobada, se viene a aclarar en cierta medida el ámbito de aplicación material del Código en cuanto en su punto 2 letra b) se establece que “les dispositions del l'article 2 de la Convention d'appliquent au parcours maritime international des services de transport multimodal”.

A su vez, hemos de tener en cuenta que las limitaciones, en cuanto al ámbito de aplicación del Código, en muchas ocasiones nos vienen dadas por las reservas que los Estados Partes han hecho a la hora de adherirse a él. De tal forma que, no sólo hay que contar con las reservas que han hecho los Estados comunitarios por mandato del Reglamento 954/79 <sup>88</sup>, sino que también hay que tener en consideración las reservas hechas por los entonces países socialistas. Concretamente, éstos últimos han limitado el ámbito de aplicación del Código al dejar fuera del mismo los servicios de tráfico marítimo conjunto nacidos de acuerdos intergubernamentales <sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> Vid. nota 23.

<sup>88</sup> Vid. Capítulo V el análisis del Reglamento 954/79.

<sup>89</sup> Así, por ejemplo, Bulgaria en su instrumento de adhesión al Código de Conducta recoge la siguiente reserva: “El gobierno de la República Popular de Bulgaria considera que en la definición de conferencia marítima no se incluyen las compañías bilaterales mixtas que operen sobre la base de acuerdos intergubernamentales”. Checoslovaquia al momento de la firma hizo una declaración en el siguiente sentido: “Lo dispuesto en el Código de Conducta no será aplicable a los servicios marítimos conjuntos establecidos sobre la base de acuerdos intergubernamentales para servir el tráfico bilateral”. En el



En relación a la segunda cuestión, en qué medida los Estados que no son Partes de este Convenio verán su actuación condicionada por este texto, hay que señalar que, en más de una oportunidad, ha sido señalado que el Código de conducta, en muchas ocasiones, ha servido de modelo a seguir para los Estados que no son parte del mismo. Así como se han visto las influencias de este Código incluso en la reglamentación del tráfico marítimo internacional de línea no conferenciado <sup>90</sup>. Ahora bien, de qué forma estos Estados se pueden ver vinculados o, cuanto menos, afectados por este Código es una cuestión estrechamente relacionada con los acuerdos bilaterales celebrados entre los Estados Parte y terceros países.

### **III. Derecho de participación en el tráfico.**

Empieza el Código estableciendo el derecho de participación en el tráfico. Así, instituye, por una parte, el derecho de participación de las compañías navieras nacionales de los países a cuyo tráfico sirve la conferencia, por otra parte, el derecho de las navieras de países terceros. En relación a la participación en el tráfico nos interesan los problemas derivados de la individualización de la compañía naviera nacional ya que ésta se llevará a cabo a través de los criterios establecidos en el Código, en el marco comunitario a través de los criterios fijados en la normativa comunitaria y, en determinados supuestos, será necesario recurrir a las legislaciones internas. Es, sin duda, una

---

mismo sentido hicieron reservas y declaraciones la entonces República Democrática Alemana, Cuba, China y Rusia.

<sup>90</sup> Vid. CARBONE, S.M., “*La disciplina giuridica...*”, op. cit., pp. 164 - 165.

cuestión de importancia que merece ser tratada de manera más extensa en un apartado posterior <sup>91</sup>. Si bien, por ahora, y al respecto, señalamos que, de acuerdo con el Código, tienen derecho a participar en calidad de compañías navieras nacionales aquellas cuya oficina principal y centro de control efectivo se encuentre en uno de los países a cuyo tráfico sirve la conferencia. A su vez, las solicitudes de ingreso en una conferencia marítima, sean solicitudes de compañías navieras nacionales, sean de países terceros (aquellos no situados en ambos extremos del tráfico) serán objeto de un examen de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 1.2 para las nacionales y 1.3 para las pertenecientes a países terceros.

### **1. La participación en el tráfico.**

Continúa el Código fijando los criterios de participación en el tráfico. Al respecto, fija para aquellos casos en los que exista un acuerdo de distribución del tráfico “*pool*” (art.2.1) la regla comúnmente conocida como 40:40:20, es decir, un 40% del tráfico para cada grupo de compañías navieras nacionales de los países extremo del tráfico y un 20% restante para los países terceros, pudiendo las compañías navieras miembros de la conferencia explotar buques fletados para cumplir sus obligaciones (art.2.11). Se prevé la posibilidad de que uno de los países a cuyo tráfico sirva la conferencia no cuente con compañías navieras nacionales, en cuyo caso la cuota que les hubiese correspondido se distribuirá entre “las distintas compañías miembros que participen en el tráfico en proporción a sus porcentajes respectivos” (art.2.5), la misma solución se seguirá en el caso de que las compañías navieras nacionales de un país

---

<sup>91</sup> Vid. infra.

decidan no transportar la totalidad del porcentaje del tráfico que les corresponde (art.2.6). En el caso de que en dicho tráfico no participen compañías navieras de ninguno de los dos países situados al extremo del tráfico la distribución de la cuota se llevará a cabo a través de negociación comercial entre las compañías de países terceros (art.2.7).

Por otra parte, para que se aplique la regla de distribución del tráfico apenas expuesta el *pool* existente no tiene porqué ser necesariamente un acuerdo sobre reparto de carga ya que, según el art. 2.12, es suficiente con que el acuerdo se refiera a “escalas, salidas y/o cualquier otra forma de distribución de la carga”. De no existir ningún tipo de *pool* las compañías navieras nacionales de cualquiera de los países situados en ambos extremos del tráfico podrán exigir que se establezca un acuerdo; las solicitudes serán examinadas y decididas por la conferencia, teniendo mayoría de votos los grupos de compañías navieras nacionales de los países a cuyo tráfico sirve la conferencia (art.2.13). Por lo tanto, la inexistencia inicial de un *pool* no se presenta como un problema para aplicar la regla de distribución 40:40:20

<sup>92</sup>

## **2. Países sin litoral.**

Conviene destacar que, según el apartado 17 del artículo 2, todo lo visto hasta ahora será de aplicación “a todas las mercancías cualesquiera que sean su origen, su destino o la utilización que se les haya de dar...”. Este punto ha sido objeto de discusión en cuanto se cuestiona la aplicación del artículo 2 del Código, y en general de toda la normativa en él contenida, a los países que no tienen litoral. Son varias las interpretaciones que se han ofrecido al respecto, así se ha planteado que el origen y

---

<sup>92</sup> Vid. BERLINGERI, F., “La Convenzione internazionale per un “Code of Conduct” delle conferenze marittime”, *Dir. Mar.*, 1974, pp. 792 - 799.

destino de las mercancías, a efectos de la repartición de las cuotas de tráfico entre las compañías navieras nacionales, sea tenido en cuenta únicamente cuando así lo prevé el acuerdo conferencial. A su vez, en favor de la aplicación de la normativa del Código a los países sin litoral se han esgrimido argumentos de distinto tipo: por una parte, se ha dicho que la exclusión de estos países supone una discriminación hacia los mismos ya que sus compañías navieras nacionales no podrían gozar del derecho de “ser miembro con plenitud de derechos de una conferencia que sirva el comercio exterior de su país”, entendiéndose en este caso por comercio exterior el generado en el país y no el transportado<sup>93</sup>. Por otra, se ha puesto de manifiesto que esta discriminación vendría a suponer que a las naviera nacionales de los países sin litoral se les negase el derecho de salida y de carga.

Tras la Conferencia de Revisión del Convenio de Naciones Unidas relativo al Código de Conducta de las conferencias marítimas<sup>94</sup>, celebrada

---

<sup>93</sup> Vid. CARBONE, S.M. - MUNARI, F., *Regole e organizzazione...*, op. cit., pp. 63 - 64.

<sup>94</sup> La Conferencia de Revisión se llevó a cabo en dos sesiones: una del 31 de octubre al 18 de noviembre de 1988 y la otra del 21 de mayo al 7 de junio de 1991. En ella se volvieron a poner de manifiesto las diferencias entre los países en vías de desarrollo y los países del Grupo B. Estas diferencias versaron principalmente en torno al interés de los países en vías de desarrollo en modificar el texto del Código en tanto que consideraban que éste no había conseguido alcanzar objetivos de partida tan importantes como el aumento de la presencia de estos países en el tráfico marítimo internacional. Frente a ello, los países del Grupo B no se mostraban dispuestos a modificar el texto salvo en aquellos puntos referentes a los avances técnicos que se habían producido desde la entrada en vigor del Código hasta el momento de la celebración de la conferencia de revisión. Avances técnicos, sobre todo informatización de los trabajos, que, por otra parte, vuelven a dejar en desventaja a los países en vías de desarrollo mucho más atrasados en este sentido. Al respecto, la Resolución aprobada en esta conferencia (Resolución de 7 de julio

de conformidad con lo establecido en el artículo 52 del Código, la cuestión se presenta más clara ya que en la Resolución aprobada en esta Conferencia<sup>95</sup> se recoge, en su punto 2 letra c), que: “les dispositions de l'article 2 de la Convention d'appliquent aux cargaisons donnant lieu à un transbordement, y compris aux cargaisons en provenance et à destination de pays sans littoral”. La expresión “aux cargaisons en provenance et à destination” no puede ser interpretada, por razones obvias, de otra manera que no sea proveniencia y destino en cuanto a lugar donde se ha generado el intercambio comercial y no proveniencia y destino en cuanto al puerto del que entran o salen las mercancías.

Por lo tanto, esta Resolución vino a aclarar las dudas planteadas acerca del art. 2 del Código UNCTAD a los países sin litoral, de tal manera que sus navieras gozarán del derecho de participación con plenitud de derechos en las conferencias que sirvan al comercio exterior de sus países.

#### **IV. La adopción de decisiones.**

---

de 1991, en *Dir. Mar.*, 1991, pp. 877 -879) en su punto 6 pide a las partes comerciales interesadas que examinen conjuntamente las incidencias que los avances tecnológicos y estructurales tienen sobre los países en vías de desarrollo incluso, llegado el caso, que sean examinados entre los Gobiernos de los Estados Partes bien sea a nivel bilateral, regional o subregional. Otro motivo de discusión lo constituyó las diferencias de interpretación dadas a la Resolución n°2, sobre compañías navieras no conferenciadas, anexada al Código, y según la cual “nada de lo dispuesto en la Convención se interpretará en el sentido de que niega a los usuarios la posibilidad de escoger entre compañías navieras miembros de una conferencia y compañías no miembros ...”. Para los países en vías de desarrollo esta Resolución no tiene carácter obligatorio constituyendo sólo una obligación moral, mientras que los países desarrollados si ven en ella una Resolución con carácter vinculante. Sobre la Conferencia de revisión vid. MANFRINI, R., *Il traffico marittimo nel diritto comunitario*, Torino, 1994, pp. 49 a 52.

<sup>95</sup> Vid. supra.

Acerca del procedimiento de adopción de decisiones previstos en los acuerdos de conferencia, el artículo 3 parte del principio de igualdad entre todas las compañías miembros de una conferencia con plenitud de derechos, pero no permitiendo que se adopten decisiones relativas al tráfico entre dos países sin el consentimiento de las compañías navieras nacionales de estos países. Este derecho de veto en favor de las compañías navieras nacionales de los países situadas a los extremos del tráfico ha sido considerado por cierto sector doctrinal como innecesario<sup>96</sup>. Así, esgrimen como argumento que estas compañías navieras forman dos grupos que van a repartirse el 80% del tráfico frente al 20% de las compañías de países terceros, lo cual ya les da la mayoría necesaria y, por lo tanto, se hace innecesario el derecho de veto. Pero, por otra parte, la misma doctrina reconoce la posibilidad de que las compañías navieras nacionales de uno de los países extremo del tráfico, e incluso de ambos, no siempre formen un bloque unánime frente a las compañías de países terceros, pudiendo darse el caso de que, en algunas ocasiones, parte de esas navieras nacionales compartan intereses con las navieras de países terceros rompiéndose así esa mayoría. Ante esta situación sí se haría necesario el derecho de veto, que sería interpretado como necesidad de contar, a la hora de adoptar decisiones, con el consentimiento de todas y cada una de las compañías navieras que forman parte de los dos grupos de navieras nacionales de los países a cuyo tráfico sirve la conferencia.

Sólo en parte nos parece acertada esta posición doctrinal ya que parece posible que, en ocasiones, puedan haber compañías

---

<sup>96</sup> Esta es la opinión dada, entre otros, por DEVESCOVI, F., *Le conferences marittime come strumento di collaborazione tra imprese*, Milano, 1986, pp. 65 - 66.

navieras nacionales de los países extremo del tráfico que se inclinen hacia posiciones defendidas por las compañías navieras de países terceros, si bien, esta situación no sería la más frecuente. Por el contrario, no parece acertado interpretar que en este caso lo que vendría a exigir el artículo 3 es el voto favorable de todas y cada una de las navieras nacionales de los dos grupos, no sólo porqué dificultaría la adopción de decisiones, sino porqué este artículo se presta a otra interpretación: si tenemos en cuenta que empieza diciendo que los procedimientos de adopción de decisiones “asegurarán que las normas de votación no entorpezcan el buen funcionamiento de las conferencias ni el servicio del tráfico y definirán las cuestiones en las que las decisiones habrán de adoptarse por unanimidad”, la exigencia de unanimidad de todas las compañías navieras debe exigirse únicamente para los casos en que así se requieran expresamente, para los restantes casos sería necesaria la mayoría que no tiene porqué ser del 80% <sup>97</sup>.

## **V. La relación con los usuarios.**

Acerca de las relaciones con los usuarios el Capítulo III regula la práctica de los acuerdos de fidelidad <sup>98</sup>. Estos acuerdos, muy frecuentes en el ámbito conferencial, han sido objeto de numerosas discusiones sobre todo por los usuarios, en cuanto que,

---

<sup>97</sup> Esta es la solución a la que llega la U.E. respecto a la interpretación de la última frase del artículo 3 del Código UNCTAD, acerca de la interpretación comunitaria vid. *infra*.

<sup>98</sup> Como es sabido los acuerdos de fidelidad consisten en descuentos, que bien bajo la forma de devolución diferida o de tarifa preferencial, ofrecen las navieras conferenciadas a los usuarios a cambio de que éstos se abstengan de cargar en naves *outsiders* durante un período de tiempo determinado.

en ocasiones, se presentan como evidentes prácticas contrarias a la libertad de competencia. Es por ello que la normativa del Código permite la realización de los mismos siempre que su “forma y estipulación” sea objeto de consultas entre la conferencia y los usuarios, bien a través de las organizaciones de los mismos o de sus representantes. Los acuerdos de lealtad deberán contener “expresamente” garantías en las que se estipulen los derechos y obligaciones de los usuarios y de las navieras. Las pretensiones del Código en este sentido son las de asegurar que la práctica de los acuerdos de fidelidad se lleven a cabo en el respeto del derecho de la competencia así como garantizar la publicidad de las tarifas, condiciones de los acuerdos y el acceso de los usuarios a los informes anuales sobre aquellas actividades que sean de interés para los mismos <sup>99</sup>.

En la regulación de los fletes, el Código prevé que éstos se fijen al nivel más bajo [art.12. a)] sin que ello impida que los navieros obtengan beneficios. Se pretende un trato igualitario para situaciones iguales, el respeto por parte de las navieras conferenciadas de los fletes y demás condiciones indicadas en las tarifas, así como la sencillez en la elaboración de las mismas, regulándose detalladamente sea el aumento general de los fletes que los fletes de promoción.

## **VI. La resolución de controversias.**

---

<sup>99</sup> Sobre el tema de los acuerdos de fidelidad vid. infra. en el epígrafe dedicado al derecho de la competencia tras la entrada en vigor del Código UNCTAD, donde también se hará referencia a los buques de lucha prohibidos por el art. 18 del Código, práctica también muy discutida en relación con el derecho de la competencia y que por vez primera aparece expresamente prohibida.



En la Segunda Parte, Capítulo VI, el Código recoge las disposiciones y mecanismos para la solución de controversias <sup>100</sup>, concretamente, se establece un sistema de conciliación internacional obligatoria. Para la aplicación de este mecanismo de resolución de controversias deben darse dos circunstancias: por una parte, es imprescindible que estemos ante una controversia que revista el carácter de internacional y, por otra, deberá versar sobre la aplicación o ejecución de las disposiciones del Código entre las conferencias, entre las compañías navieras miembros de una conferencia, entre una conferencia y una compañía naviera o entre una conferencia, o una de sus compañías navieras, y los usuarios o sus representantes.

Estamos ante un procedimiento de carácter conciliatorio que desembocará en una recomendación que deberá ser aceptada por las partes. Las Partes Contratantes reconocerán como obligatoria

---

<sup>100</sup> A pesar de que el Código habla de conciliación internacional obligatoria, como señala WIJFFELS, R., "El mecanismo de solución de conflictos (procedimiento conciliatorio) en el Código de Conducta para Navieras de Línea Regular" (traducción de Sánchez Ortiz, F.J.), R.G.D., 1986, pp. 121 - 132, no significa que las normas contenidas en el Código acerca de la conciliación se apliquen automáticamente a todos los conflictos surgidos en el ámbito de las conferencias ya que la puesta en marcha del sistema de conciliación depende de la libre voluntad de las partes. También señala el citado autor que la libre voluntad de las partes a la hora de someterse al sistema de conciliación del Código podría verse limitada si las legislaciones nacionales les impidan someterse a él en materias relativas a los aumentos generales de fletes, gastos "extra" y ajustes en las fluctuaciones del cambio de moneda. Es evidente que una posibilidad como la señalada puede darse (vid. infra la resolución de controversia en el ámbito comunitario de acuerdo con el Reglamento 954/79) pero también es verdad que de acuerdo con el art. 47 del Código "cada Parte Contratante adoptará las medidas legislativas u otras medidas que sean necesarias para aplicar la presente Convención".

toda recomendación entre las partes que la hayan aceptado y, a instancia de los interesados, la harán cumplir como si se tratase de una decisión firme de un tribunal de justicia de esa Parte Contratante <sup>101</sup>. Ahora bien, el Código, en el art. 39.2, prevé una serie de motivos por los que la autoridad judicial competente del país donde se solicita el reconocimiento y ejecución de la resolución puede negarse a llevarlo a cabo: “a) cualquiera de las partes que han aceptado la recomendación estaba sujeta a alguna incapacidad legal, en virtud de la ley que le era aplicable, en el momento de la aceptación; b) en la formalización de la recomendación ha intervenido dolo o coacción; c) la recomendación es contraria al orden público del país en que se solicita su ejecución; d) la designación de los conciliadores o el procedimiento de conciliación no se ha ajustado a las disposiciones del presente Código”.

Ahora bien, en relación al reconocimiento y ejecución de las recomendaciones no se ha dudado en señalar que éstas, una vez aceptadas por las partes en litigio, se convierten en un negocio jurídico <sup>102</sup>, o contrato entre las partes <sup>103</sup>, más que en una recomendación que, vía aceptación, adquiere la fuerza de una sentencia. Por este motivo, BERLINGERI <sup>104</sup> ha señalado que, en este caso, las normas propias del reconocimiento y ejecución de sentencias, previstas en el Código, están fuera de lugar.

---

<sup>101</sup> Art. 39.1.

<sup>102</sup> Vid. VOLLI, E., “La disciplina delle controversie secondo il codice di condotta”, *Dir. Mar.*, 1981, pp. 342 - 349.

<sup>103</sup> Vid. BERLINGERI, F., “La Convenzione internazionale per un *Code of Conduct* delle Conference marittime”, *Dir. Mar.*, 1974, pp. 792 - 799.

<sup>104</sup> Vid. BERLINGERI, F., *Op. ult. cit.*, p. 798.

El hecho de que la fuerza vinculante de la recomendación quede en manos de la aceptación de las partes, y que ésta sólo obligue a la parte que la ha aceptado, puede provocar una ruptura en el equilibrio contractual perseguido por el Código (tanto en la relación naviera/cargador, como en las relaciones entre navieras). Resulta del todo razonable pensar que la parte que, a través de la recomendación, no alcance sus pretensiones la rechace para evitar verse obligada al cumplimiento de la misma. Ahora bien, la no aceptación de la recomendación por una de las partes debe ser fundamentada; así quienes no den su aceptación deberán notificar a los conciliadores y a las demás partes las razones por las que ha rechazado la recomendación —artículos 37.3 y 40 b)—. Asimismo, la recomendación constituye una solución definitiva de la controversia únicamente entre las partes que la hayan aceptado —art. 38.1)—; de esta forma, una vez cerrado el procedimiento conciliatorio previsto en el Código, si no ha habido aceptación, no hay ningún impedimento para que las partes puedan iniciar otro tipo de procedimiento sea ante la jurisdicción ordinaria o el arbitraje.

## **VII. Coexistencia entre el Código UNCTAD y los acuerdos bilaterales.**

En cuanto a la aplicación del Código en las relaciones de tráfico marítimo conferenciado entre Estados Partes la cuestión se presenta clara en el sentido de que ambos quedan obligados a su cumplimiento. Incluso en el caso en que exista un acuerdo bilateral entre dos Estados Partes, como señala BERLINGERI <sup>105</sup>,

---

<sup>105</sup> Vid. BERLINGERI, F., “Codice di condotta e accordi bilaterali”, *Dir. Mar.*, 1981, pp. 167 - 175.

la solución nos viene dada siguiendo lo establecido en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados <sup>106</sup>, en cuya Parte III, concretamente en el artículo 30, regula la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia <sup>107</sup>. En base a este precepto si el acuerdo bilateral entre dos Estados Partes del Código UNCTAD es anterior al mismo prevalecerá éste último. En caso de que el acuerdo bilateral no haya quedado suspendido en cuanto su aplicación podrá hacerse valer en todo aquello que no sea incompatible con el contenido del Código. Si el acuerdo bilateral entre Estados Partes fuese posterior al Código no tiene porqué presentarse problemas, ya que al ser ambos Estados Partes están igualmente obligados a cumplir la normativa del Código y el contenido del acuerdo bilateral deberá respetar esta obligación. Pero aún así, en el caso de que este acuerdo contuviese preceptos contrarios al Código prevalecería la normativa de éste último. Ambos Estados están obligados en virtud del artículo 47 a adoptar las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para la aplicación del Código, a *sensu contrario* cabe interpretar que no podrán adoptar medidas, legislativas o de otro tipo, que impidan la aplicación de la normativa del Código.

---

<sup>106</sup> Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, de 22 de mayo de 1969. España se adhirió al mismo el 16 de mayo de 1972, B.O.E. de 13 de junio de 1980.

<sup>107</sup> Art. 30. "Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia... 2. Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último. 3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior..."

Menos clara se presenta la cuestión si el acuerdo bilateral se lleva a cabo entre un Estado Parte del Código y otro que no lo sea. Hemos de tener en cuenta que los acuerdos bilaterales se presentan como una alternativa de regulación del tráfico marítimo internacional, sobre todo para aquellos países que no forman parte del Código UNCTAD. Es frecuente que en los acuerdos bilaterales se establezca una división igualitaria de las cuotas de tráfico (50:50) para las compañías navieras de ambos Estados (así como igualdad de tratamiento en otros aspectos relativos al tráfico). Esta división igualitaria de las cuotas de tráfico se presenta evidentemente contraria a la regla 40:40:20 formulada por el Código. Señala BERLINGERI<sup>108</sup> que este problema no se presentaría si el Estado Parte del Código de su cuota del 50% reserva un 20% para compañías navieras de países terceros. Esta solución parece adecuada en el caso de que sea imposible barajar otras alternativas, ya que ello supondría una desventaja para las compañías navieras nacionales del Estado Parte del Código que firma un acuerdo bilateral con otro Estado no parte del mismo<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> Vid. BERLINGERI, F., "Codice di condotta...", op. cit.

<sup>109</sup> Con respecto a la política bilateralista CARBONE, S.M. - FRANCESCO, F., *Regole e organizzazione ...*, op. cit., pp. 78 - 79, señalan que ésta, en la medida en que normalmente establece una división de las cuotas de tráfico del 50:50, supone una limitación a las reglas de la libertad de mercado y de acceso a un determinado tráfico, dejando sin posibilidades de acceso a los *cross-traders*. Critican también el hecho de que el bilateralismo al hacer disminuir la competencia da lugar a una reducción de la calidad del servicio al mismo tiempo que provoca un aumento en los niveles de los fletes. Junto a lo cual resaltan sus dudas acerca de que una política exclusivamente bilateralista permita "un ahorro en los costes y recursos técnico".

Pero hemos de tener en consideración, como ya se señaló anteriormente, que la proyección del Código UNCTAD va más allá de los Estados que forman parte del mismo, viéndose su influencia en las relaciones de tráfico marítimo internacional de Estados no parte, e incluso en sectores del tráfico internacional que quedan fuera del ámbito de aplicación material del mismo. Por lo tanto, no es de extrañar que en ocasiones la existencia de acuerdos bilaterales entre Estados Parte del Código y terceros Estados no supongan una contradicción con el contenido del Código, ya que los preceptos contenidos en estos acuerdos están inspirados en la normativa del Código. Así, en el caso del acuerdo bilateral celebrado entre Italia y Marruecos, hecho en Rabat el 15 de abril de 1982 y ratificado por Italia en 1985<sup>110</sup>, la repartición del tráfico se hace sobre la base de la regla 40:40:20 que establece el Código UNCTAD<sup>111</sup>, cuando aún Italia no se había adherido al Código<sup>112</sup>. Por citar otro ejemplo, entre los tantos que podríamos recoger, podemos hacer referencia al acuerdo bilateral entre

---

<sup>110</sup> Legge 24 luglio 1985, n.433.- Ratifica ed esecuzione dell'accordo in materia di marina mercantile tra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo del Regno del Marocco, a Rabat il 15 aprile 1982, en CARBONE, S.M. - MUNARI, F., *Regole e organizzazione...*, op. cit., pp. 177 -183.

<sup>111</sup> "Article IV. En ce qui concerne les transports par voie maritime des marchandises entre les deux Pays, le régime appliqué par les Parties contractantes aux transports de lignes favorisera une participation équilibrée de leurs armements respectifs et reposera su la clé de répartition 40-40-20 en volume et en valeur, restant entendu que chacune des deux Parties contractantes a le droit d'effectuer au moins 40% de ces transports...".

<sup>112</sup> Italia autorizó la ratificación en marzo de 1989, depositando el instrumento de ratificación el 30 de mayo de 1989 y entrando en vigor el Código el 30 de noviembre de 1989.

España y Costa de Marfil de 1979<sup>113</sup>, entonces España no se había adherido aún al Código UNCTAD, sí lo había hecho la República africana y tal acuerdo vio la influencia del Código, al fijar el reparto de cargas en base a la regla del 40:40:20<sup>114</sup>, a pesar de que sólo uno de los dos Estados estaba obligado por la normativa del mismo. En este sentido, se ha hablado de la “capacidad unificadora” del Código UNCTAD en la medida en que influye tanto en la interpretación de las normas consuetudinarias como en la conclusión de acuerdos bilaterales<sup>115</sup>.

Sin embargo, el hecho de que el Código UNCTAD influya en el contenido de los acuerdos bilaterales celebrados entre un Estado Parte y un tercero, al menos en cuanto al reparto de las cuotas de tráfico, no quiere decir que la relación entre estos acuerdos y el Código sea siempre pacífica. Así, no debemos olvidar que los Estados Partes deben encontrar un equilibrio entre el Código, los acuerdos bilaterales y sus legislaciones internas. Asimismo, más compleja se presenta la situación de los Estados miembros de la U.E. que, de acuerdo con el Reglamento 4055/85, no podrán celebrar acuerdos bilaterales con terceros

---

<sup>113</sup> ACUERDO de Cooperación Marítima entre el Reino de España y la República de Costa de Marfil, hecho en Abidjan el 10 de septiembre de 1979, B.O.E. nº 241 de 8 de octubre de 1979.

<sup>114</sup> “Art. 13 Derechos de tráfico. 1. En lo referente al transporte de mercancías de cualquier clase intercambiadas por vía marítima entre los territorios de las dos Partes Contratantes, cualquiera que sea el puerto de carga o descarga, las Partes Contratantes aplicarán a los buques explotados por sus respectivas Compañías marítimas nacionales el régimen basado en un reparto de cargas 40/40/20 en función del valor de flete y del volumen...”.

<sup>115</sup> Al respecto, vid. GRAGNOLI, E. “La ripartizione del traffico in base ad accordi bilaterali ed al Codice UNCTAD”, *Dir. Trasp.* II/1988, pp. 51 - 99.

Estados relativos al reparto de las cuotas de tráfico, salvo en los supuestos en los que no tengan otra forma de entrar a formar parte de una determinada ruta <sup>116</sup>.

El acuerdo bilateral celebrado entre Italia y Senegal en 1982, y ratificado en 1985, es otro claro exponente de la influencia del Código UNCTAD en los acuerdos bilaterales. Al mismo tiempo que, de la experiencia obtenida a raíz de los problemas derivados de este acuerdo, queda patente la necesidad de una coordinación entre los distintos niveles normativos. En este caso concreto, en la fecha de celebración y posteriormente en la de ratificación sólo Senegal era Estado Parte del Código, si bien del contenido del acuerdo, y especialmente de la regla seguida para el reparto de carga —40:40:20— queda clara la influencia de la normativa de la UNCTAD. A su vez, paralelamente, las empresas interesadas en el tráfico entre estos dos Estados, concretamente las navieras integrantes de la Conferencia Mediterraneo-África Occidental, firman un protocolo, de naturaleza privada, también influenciado por el contenido del Código. Ahora bien, cuando el Ministerio de la Marina Mercante Italiana envía una serie de notas al Gobierno Senegales informando de la existencia de dos compañías navieras que, según el criterio de dicho Ministerio, gozaban de la condición de navieras nacionales italianas (*Messina s.p.a* y *Italbox s.r.l.*) y, por tanto, con derecho a participar en el tráfico Italia/Senegal en la cuota del 40%, surge el problema y posterior debate acerca de la coordinación normativa. Como hemos señalado, Italia no formaba parte del Código UNCTAD, además carecía de una normativa interna que permitiese determinar cuándo estamos ante una naviera nacional. Ésto ha llevado a

---

<sup>116</sup>Vid. infra el estudio del Reglamento 4055/86 en el Capítulo dedicado a la integración comunitaria *ad extra*.



pensar <sup>117</sup> que el Ministerio, teniendo en cuenta el contenido de sus notas, tuvo una clara influencia del Código e interpretó el contenido del Acuerdo bilateral a la luz de la normativa UNCTAD donde sí se recogen una serie de criterios encaminados a determinar la nacionalidad de las navieras a efectos de la repartición de las cuotas de tráfico. La actuación del Ministerio fue recurrida ante el Tribunal Administrativo Regional (T.A.R.) del Lazio por parte de una de las navieras italianas (*Linea Trasmare s.r.l.*) que formaban parte de la Conferencia Mediterráneo-África Occidental. Este Tribunal rechazó el recurso por falta de competencia para resolver <sup>118 119</sup>. Si bien, de los motivos enunciados por este órgano cabe destacar que, a falta de una normativa específica, sea de origen interno o internacional, se apoyó en el artículo 41 de la Constitución italiana donde establece que el ejercicio de la economía privada es libre. El Tribunal reconoce la importancia del Código UNCTAD, así como tiene en cuenta el contenido del Reglamento 954/79, pero no siendo Italia un Estado Parte no puede apoyarse en la normativa UNCTAD para resolver. Ahora bien, queda patente la necesidad de una búsqueda de equilibrio normativo entre los distintos cuerpos legales en presencia <sup>120</sup>.

---

<sup>117</sup>Vid. GRAGNOLI, E. "La ripartizione del traffico ..., op. cit., p. 64.

<sup>118</sup>Vid. T.A.R. Lazio, Sez. III, 18 giugno 1987, n. 1161 en Dir.Trasp. II/1988, pp. 252 -258.

<sup>119</sup>En este asunto la discusión central giró entorno a la intervención del Ministerio y a la naturaleza de su actuación. No es esta la sede para tratar la intervención de las autoridades administrativas en la organización y reparto de cuotas de tráfico. Pero si queremos señalar que en un Capítulo posterior, dedicado a la nacionalidad de las compañías navieras, se aborda esta cuestión poniéndose nuevamente de manifiesto la coexistencia entre el Código UNCTAD, acuerdos bilaterales, normativa comunitaria y legislaciones interanas.

<sup>120</sup>En relación a este asunto señaló GRAGNOLI, E. "La ripartizione del traffico ..., op. cit., p. 98, que desde el momento en que Italia ratifique el Código UNCTAD sería necesario un "precioso y fatigoso trabajo de recomposición entre la disciplina del Convenio de Ginebra, la comunitaria y los principios de derecho interno".

A su vez, la importancia de los acuerdos bilaterales en el sector del transporte marítimo internacional, a los efectos que a nosotros nos interesan, viene dada, principalmente, por la posibilidad de que determinados comportamientos de las empresas navieras, tanto si están conferenciadas como si son *outsiders*, encuentren amparo en un acuerdo bilateral entre el Estado del que son nacionales y un país tercero. De esta forma, empresas navieras que han llevado cabo prácticas contrarias a la libertad de competencia han intentado respaldar su comportamiento en el contenido de ciertos acuerdos bilaterales<sup>121</sup>.

Después de este recorrido por el contenido del Código estamos en condiciones de examinar cual ha sido la reacción comunitaria al Código UNCTAD. Por lo tanto nos adentramos en el estudio de la posición común adoptada por la U.E. frente a la regulación ofrecida por la UNCTAD.

---

<sup>121</sup>Vid. infra el Capítulo dedicado a la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia.

**CAPÍTULO V**  
**EL CÓDIGO UNCTAD Y EL TCE: LA**  
**“TÉCNICA” O “VÍA” DE LAS RESERVAS.**  
**ANÁLISIS DEL REGLAMENTO 954/79.**

## I. Consideraciones generales.

Como señalamos anteriormente, la consecución de un “mercado común” y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros conlleva, entre otros, el establecimiento de un “política común en el sector de los transportes” —artículos 2 y 3 e) TCE— y quedando fuera de discusión que el transporte marítimo está sujeto a los principios y objetivos del Tratado <sup>122</sup>. Por este motivo, no es de extrañar que ante el Código UNCTAD la reacción comunitaria no se hiciera esperar. Esta reacción se materializa en el Reglamento 954/79 relativo a la ratificación por parte de los Estados miembros del Convenio de Naciones Unidas relativo a un Código de conducta para las conferencias marítimas, o la adhesión de dichos Estados al Convenio <sup>123</sup>.

En primer lugar, hay que señalar que en este Reglamento se establecen las reservas que los Estados miembros deberán hacer a la hora de adherirse o ratificar el Código UNCTAD y representa una manifestación de la integración comunitaria *ad extra* en el mercado del transporte marítimo. En esta integración deben ser tenidos en cuenta otros Reglamentos <sup>124</sup> que serán analizados en el siguiente capítulo.

---

<sup>122</sup> Acerca de esta inicial discusión, ya superada, vid. *infra*.

<sup>123</sup> D.O.C.E., n° L 121 de 17 de mayo de 1979.

<sup>124</sup> Reglamento CEE n° 4055/86 del Consejo de 22 diciembre 1986. Aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros. D.O.C.E. L 378, de 31 diciembre 1986. Reglamento CEE n° 4056/86 del Consejo, de 22 diciembre 1986. Determina las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado a los transportes marítimos, D.O.C.E. L 378 de 31 diciembre 1986. Reglamento (CEE) núm. 4057/86 del

Centrándonos en el estudio del Reglamento 954/79 hemos de hacer hincapié en dos aspectos: por una parte, su carácter novedoso ya que se presenta como una “técnica” comunitaria hasta ahora no utilizada, las reservas, encaminada a conseguir una política común en el sector de los transportes (y posiblemente extensible a otros sectores) frente a la reglamentación procedente de otros foros internacionales. Por otra parte, su contenido. La Comunidad se encontró con el hecho de que la aplicación del Código podía vulnerar principios y objetivos comunitarios: así, se veía peligrar el respeto al art. 7 TCE, que prohíbe cualquier discriminación por razones de nacionalidad; el art. 52 TCE sobre el derecho de establecimiento; y, especialmente, los artículos 85 y 86 TCE, relativos a la defensa de la competencia <sup>125</sup>.

---

Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativo a las prácticas de tarifas desleales en los transportes marítimos. D.O.C.E. de 31 de diciembre de 1986. Reglamento (CEE) núm. 4058/86 del Consejo, de 22 diciembre 1986. Acción coordinada con objeto de salvaguardar el libre acceso al tráfico transoceánico. D.O.C.E. 4654 de 31 de diciembre de 1986.

<sup>125</sup> Es suficiente pensar que de acuerdo con la regla 40:40:20 que establece el código para la repartición de las cuotas de tráfico podríamos encontrarnos con una conferencia marítima que sirviese al tráfico entre un Estado comunitario y un país tercero. En este caso las compañías navieras nacionales de los países extremos del tráfico se repartirían el 80% del mismo, mientras que entre el conjunto de navieras que participan en calidad de compañías de países terceros, y por lo tanto con derecho a repartirse el 20% restante, podrían encontrarse compañías navieras de otros Estados miembros, incluidas aquellas que debidamente establecidas en el Estado comunitario extremo del tráfico no tengan en éste su oficina principal de dirección y el control efectivo según exige el código. Ante ésto se produce una discriminación entre navieras comunitarias por razón de su nacionalidad (en tanto que ostenten o no la nacionalidad del Estado comunitario extremo del tráfico), perdiendo también efectividad el ejercicio del derecho de establecimiento. Junto a ello, los arts. 85 y 86 TCE podían verse vulnerados a través de acuerdos conferenciales, fijación de tarifas, y abuso de posición de

## II. Las reservas comunitarias al Código UNCTAD.

La posición que los Estados miembros de la U.E. habían adoptado frente al Código UNCTAD no era unánime, ni durante los trabajos preparatorios, ni, posteriormente, ante su ratificación. Por lo tanto, no podía decirse que los Estados miembros estuviesen actuando por cuenta propia como Estados pertenecientes a una misma área geoeconómica y en defensa de unos intereses comunes. De hecho, tres Estados miembros, Bélgica, Francia y Alemania, firmaron el Convenio, en 1975, antes de que la U.E. llegara a adoptar una posición común a seguir por los Estados miembros <sup>126</sup>, aunque si bien ya se habían presentado por parte de la Comisión al Consejo tres propuestas de decisión, la última justamente en junio de 1975, acerca de esa

---

dominio que pueden llegar a alcanzar las compañías navieras conferenciadas (especialmente las que gozan de la condición de nacionales). La situación sería del todo perjudicial para los *outsiders* comunitarios que intenten acceder a un tráfico conferenciado que no sirva a ningún Estado miembro, o incluso sirviendo a alguno de ellos quieran mantenerse independientes.

<sup>126</sup> Al momento de la firma Alemania hizo la siguiente declaración: “de conformidad con la legislación de la República Federal de Alemania, la Convención exige la aprobación de los cuerpos legislativos para su ratificación. La República Federal de Alemania aplicará en su momento lo dispuesto en la Convención, de conformidad con sus obligaciones asumidas en virtud del Tratado de Roma constitutivo de la Comunidad económica Europea, así como en virtud del Código de Liberalización del OCDE”. En el mismo sentido, tanto respecto al Tratado de Roma como al Código de Liberalización con los países OCDE, se pronunciaron Bélgica y Francia en las declaraciones hechas por ambos Estados al firmar código UNCTAD. Aunque en un principio la firma por parte de estos tres Estados podía parecer un obstáculo a las pretensiones comunicadas no tuvo mayores consecuencias ni impidió la adopción de una solución conjunta.

actitud común a adoptar <sup>127</sup>. Por tanto, las pretensiones comunitarias iban encaminadas hacia la armonización de la actuación de los Estados miembros ante un Convenio Internacional cuya aplicación podía vulnerar principios y objetivos comunitarios y ante el cual, ya en los trabajos preparatorios, dichos Estados habían manifestado posiciones distintas respondiendo a sus propios intereses nacionales y que, como se señaló anteriormente, fue firmado por tres Estados miembros aún antes de que la U.E. resolviese una posible actuación conjunta.

Las aspiraciones comunitarias de alcanzar una actuación conjunta encuentran su culminación con el Reglamento 954/79 en cuyos considerandos no sólo reconoce el papel estabilizador de las conferencias, sino también que las cuestiones reguladas por el Código UNCTAD son importantes tanto para los Estados miembros como para la Comunidad, debiendo adoptarse ante el mismo una postura común. Al no poder adherirse la U.E. como tal <sup>128</sup> se recoge como solución la ya mencionada adhesión o

---

<sup>127</sup> La primera de las propuestas se presentó el 17 de julio de 1974, basada en el art. 116 CEE, con la pretensión de que los Estados miembros no firmaran o ratificaran el código; la segunda, se presentó el 17 de marzo de 1975 instando a los Estados miembros a que respetasen un nuevo período de espera hasta llegar a esa pretendida acción unitaria; la tercera, de 18 de junio de 1975, se apoya, no sólo en el artículo 116 del Tratado, sino también en el art. 113 en la que se pretende que la Comisión pueda negociar la aprobación de las reservas a establecer a la hora de ratificar el código en aras a respetar los principios y objetivos comunitarios.

<sup>128</sup> La pretensión del U.E. era la adhesión como bloque. Así, en el 4º considerando del Reglamento 954/79 establece que "... dado que el código de conducta no prevé ninguna disposición que permita la adhesión de la Comunidad como tal...".

ratificación de los Estados miembros con las reservas que este Reglamento recoge en su Anexo I.

El art. 84.2 TCE concede al Consejo la posibilidad de decidir “en qué medida y de acuerdo con qué procedimiento” se adoptarán disposiciones apropiadas para el transporte marítimo. El Reglamento que analizamos nace en el ejercicio de esta facultad. Aún así, no hay que olvidar que el transporte marítimo guarda una estrecha relación con la política comercial común (*ex* art. 113 TCE), en el caso concreto del Código UNCTAD ha sido puesto de manifiesto en numerosas ocasiones que la aplicación indiscriminada de ciertos preceptos del Código (especialmente los relativos a la repartición del tráfico y fijación de fletes) podían influir negativamente en la política de importación-exportación de la Comunidad, así como en sus negociaciones comerciales con terceros Estados. Además, al tratarse de un Convenio Internacional nacido en el seno de una organización internacional de carácter económico es más que comprensible que la Comisión haya invocado la “acción común” prevista en el art. 116 TCE <sup>129</sup>.

Estamos ante una manifestación de acción común, que hasta ahora no ha sido puesta en práctica en otros sectores, consistente en unas reservas a imponer por los Estados miembros al adherirse o ratificar el Código, recogidas en un Reglamento y, por lo tanto, obligatorio y directamente aplicable en cada Estado miembro. Si bien, como ya ha sido aclarado por el propio

---

<sup>129</sup>Con el T.U.E. queda derogado el artículo 116 del TCE y, a su vez, el artículo 113 se ve sustituido por una nueva redacción en la que se incluye una remisión expresa al artículo 228 TCE.



Tribunal de Justicia <sup>130</sup>, el Reglamento no obliga a los Estados miembros a ratificar el Código, sólo obliga, en caso de que un Estado miembro decida ratificarlo, a hacerlo bajo reservas.

Por tanto, a través de la vía de las reservas se ha conseguido armonizar los distintos intereses en presencia: por una parte, los Estados miembros que se manifestaban totalmente contrarios al Código en tanto éste podía vulnerar la libertad de mercado. Por otra parte, los Estados miembros que se mostraban plenamente a favor del Código. Como consecuencia de esta armonización se puede contar con una disciplina uniforme en materia de tráfico marítimo de línea regular a nivel internacional al mismo tiempo que se protegen los principios y objetivos comunitarios.

ÁLVAREZ RUBIO <sup>131</sup> señala que este Reglamento es un precedente de lo que podría ser, en un futuro, “una política Convencional Común de los Estados Comunitarios en materia marítima”. Una posibilidad de este tipo, según el citado autor, encontraría su base en el Título IV del Tratado de Maastricht, concretamente en sus artículos K.3 y K.5. El primero hace referencia a la coordinación entre Estados en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, previendo que puedan adoptarse posturas comunes y se fomente la cooperación pertinente para la consecución de los objetivos de la Unión. La celebración de convenios recomendando su adopción a los

---

<sup>130</sup> Al respecto, vid. infla. en el análisis del Reglamento 4055/86. En la doctrina vid. GARCÍA GABALDÓN, J.L., “El marco jurídico internacional del tráfico marítimo conferenciado”, A.D.M., vol. VII, pp. 111 - 141.

<sup>131</sup> Vid. ÁLVAREZ RUBIO, J.J., *Los foros de competencia judicial internacional en materia marítima (estudio de las relaciones entre los diversos bloques normativos)*, San Sebastián, 1993, pp. 305 - 306.

Estados miembros sería, según este precepto, una de las posibles posturas comunes. El segundo artículo establece que los Estados miembros, en las Organizaciones Internacionales y en las Conferencias Internacionales en las que participen, sostendrán las posiciones comunes adoptadas.

De esta forma, podemos decir que el Reglamento 954/79 no sólo ofreció un marco normativo de apoyo a la actuación conjunta de los Estados miembros en el marco de la UNCTAD, sino que también sirve como precedente para las futuras adopciones de acción conjunta de la U.E. ante los Convenios internacionales en materia civil y mercantil nacidos en el seno de otras organizaciones internacionales.

### **III. Declaraciones al Código.**

Los Estados miembros de la U.E. han hecho reservas a la hora de adherirse al Código impuestas, como hemos visto, por un Reglamento comunitario. Ahora bien, tanto los Estados miembros, como terceros Estados, han acompañado sus instrumentos de ratificación o adhesión de ciertas declaraciones relativas a los *outsiders* que, si bien quedan fuera del ámbito de aplicación del Código, guardan una estrecha relación con el mismo. En este sentido, y centrándonos únicamente en las declaraciones hechas por los Estados miembros, podemos observar dos modalidades <sup>132</sup>: 1. las declaraciones que ponen de manifiesto la postura que los gobiernos adoptarán ante los *outsiders* <sup>133</sup>. 2. Declaraciones en las que además de poner de

---

<sup>132</sup> Esta clasificación la debemos a MIGLIORINO, L., "Le riserve alla Convenzione sul codice di condotta per le conferenze marittime", *Dir. Mar.*, 1988, pp. 664 - 686.

<sup>133</sup> Es el caso de las declaraciones formuladas por Alemania y Holanda.

manifiesto la línea a seguir se entrevé la posibilidad de adoptar medidas unilaterales. En este segundo tipo se encuadra la declaración hecha por España ya que, por una parte, pone de manifiesto que considera esencial “que continúen existiendo las oportunidades de libre competencia para las líneas marítimas no conferenciadas” y que “cualquier regulación y otras medidas adoptadas por una Parte contratante ... con el objeto o efecto de eliminar tales oportunidades de competencia para las líneas marítimas no conferenciadas serían incompatibles con los conceptos básicos mencionados arriba ... Nada obliga en el Convenio a otras Partes Contratantes a aceptar ni la validez de tales regulaciones ni medidas ...”, por otra, también señala que el Convenio “no le impide dar los pasos apropiados en el caso en que otra Parte Contratante adopte medidas o prácticas que impidan la libre competencia sobre bases comerciales en tráfico de línea”<sup>134</sup>.

#### **IV. Contenido del Reglamento 954/79.**

La segunda cuestión que abordamos consiste en un breve análisis del contenido de este Reglamento. Al respecto, conviene empezar señalando que el Reglamento establece un sistema de negociación comercial entre las compañías navieras de una misma nacionalidad para determinar la posible participación de otra compañía naviera de la misma nacionalidad en una conferencia ya existente. Así como también prevé la negociación comercial en el supuesto de una conferencia de nueva creación (art.2.1). En el caso de que, a través de las negociaciones, no se alcance un acuerdo un Estado miembro, a petición de una compañía naviera y habiendo escuchado a las restantes, puede resolver la controversia (art. 2.2).

Las cuestiones relativas a la nacionalidad de las compañías navieras ha sido uno de los aspectos que más ha motivado a la

---

<sup>134</sup> En la misma línea formulan sus declaraciones, entre otros, Dinamarca, Portugal y Bélgica.

Comunidad para adoptar una posición común ante el Código UNCTAD en aras, como ya se señaló anteriormente, a respetar el principio comunitario de la no discriminación por razones de nacionalidad. Así, en su art. 2.3 insta a los Estados miembros a velar por la igualdad de trato entre las compañías navieras establecidas en su territorio de conformidad con el TCE y las que en él tengan su sede social y control efectivo. El criterio del establecimiento está presente en la primera reserva del Anexo I del Reglamento según el cual por “compañía naviera nacional”, a efectos de la aplicación del Código, y en el caso de Estados miembros, debe comprender “... a cualquier compañía marítima que utilice barcos establecida en el territorio de dicho Estado miembro...”<sup>135</sup>.

En relación a la repartición de las cuotas de tráfico la reserva número 2 del Anexo I del Reglamento (y su art. 4.3) establece la no aplicación del art. 2 del Código (artículo que recoge la ya mencionada regla 40:40:20) al tráfico entre Estados miembros y sobre la base de la reciprocidad entre éstos y los demás países OCDE. En el caso de un *pool* (o de acuerdos de distribución del tráfico de cualquier tipo) el art. 3.1 del Reglamento establece para el supuesto de tráficos en los cuales las compañías navieras comunitarias intervengan, sea en condición de nacionales, sea en condición de compañías marítimas de países terceros, que la cuota asignada será redistribuida entre ellas en base a principios comerciales (salvo que todas las navieras, de acuerdo con lo previsto en el Reglamento, decidan otra cosa) siendo esta redistribución periódicamente revisada (art. 3.1 y 3.4).

---

<sup>135</sup> Acerca de la nacionalidad de las compañías navieras y los criterios para su calificación como nacionales vid. infra.

Así como el art. 2 del Código no será de aplicación en el tráfico intracomunitario (y con los países OCDE en base a la reciprocidad) tampoco serán de aplicación para los mismos tráficos (según el art. 4.4 y reserva nº 3) los artículos 3 y 14.9 del Código. El primero referente al procedimiento de adopción de decisiones y el segundo relativo al aumento general de los fletes.

A su vez, el art. 5 del Reglamento intenta condicionar el derecho de veto reconocido a las compañías navieras nacionales en el art. 3 del Código con la finalidad de que este derecho de veto no implique una posible discriminación respecto a otras compañías navieras comunitarias que formen parte de la misma conferencia. Así, establece que en el caso de “adopción de decisiones relativas a materias definidas en el acuerdo de conferencia relativo al tráfico de un Estado miembro, y distintas de las contempladas en el art. 3 del presente Reglamento, las compañías marítimas nacionales de dicho Estado consultarán con todas las demás compañías de la Comunidad que sean miembros de la conferencia antes de dar o denegar su consentimiento”<sup>136</sup>.

## **V. La resolución de controversias en el Reglamento 954/79.**

---

<sup>136</sup> Al respecto, la reserva nº 4 (conocida como reserva interpretativa) establece: “En los tráficos en los que se aplique el artículo 3 del código, la última frase de dicho artículo se interpretará en el sentido siguiente: a) los dos grupos de compañías marítimas nacionales coordinarán sus posturas antes de votar sobre las cuestiones relativas al tráfico entre sus dos países; b) esta frase se aplicará únicamente a las cuestiones que según el acuerdo de la conferencia requieran el consentimiento de los dos grupos de compañías marítimas nacionales interesadas, y no a todas las cuestiones tratadas en el acuerdo de la conferencia”.

Como hemos señalado, la distribución de las cuotas de tráfico se llevará a cabo conforme a lo establecido en el artículo 3.1 del Reglamento. Ahora bien, en el caso de que surjan controversias en relación a esta distribución el artículo 3.3 de este Reglamento prevé que será de aplicación el procedimiento de conciliación recogido en el Anexo II <sup>137</sup>. De no encontrarse solución por esta vía, y si las partes así lo consienten, el litigio se sometería a arbitraje siendo la decisión arbitral vinculante para las partes (art. 3.3). Por lo tanto, para las controversias relativas a la distribución de cuotas de tráfico el Reglamento prescinde del procedimiento de conciliación previsto en el cap. VI del Código.

En el caso de tráfico conferenciado intracomunitario (y entre éstos y los demás países OCDE que sean parte del Código) el Reglamento invita a los cargadores y armadores de los Estados miembros a no insistir en la aplicación del procedimiento de conciliación del Código en sus relaciones recíprocas cuando entre ellos se haya acordado otro procedimiento para solucionar las controversias. A su vez, les invita a hacer uso de las posibilidades que ofrece el art. 25 del Código de acogerse a otro tipo de resolución de controversias.

La posibilidad de que los litigios surgidos en relación a la distribución de las cuotas sea resuelto por medio del arbitraje ha llevado a la doctrina <sup>138</sup> a cuestionar la posibilidad de que los árbitros puedan dirigirse al TJCE, ex art. 117, solicitando que éste

---

<sup>137</sup> Se trata de un procedimiento que deberán llevar a cabo los conciliadores, o en su caso un sólo conciliador, elegido por las partes o, en su defecto, por la Cámara de Comercio internacional. El procedimiento a seguir será establecido por los conciliadores.

<sup>138</sup> Vid. MANFRINI, R. *Il traffico marittimo...*, op. cit., pp. 87 - 90.

se pronuncie en vía prejudicial. Al respecto, se desprenden dos posiciones claras: por una parte, los que admiten la posibilidad de que los árbitros, *ex art. 177*, se dirijan al TJCE solicitando que éste resuelva una cuestión prejudicial. Por otra, aquellos que, en modo alguno, admiten una posibilidad de este tipo; el principal apoyo de esta corriente se encuentra en la Sentencia del TJCE en el caso *Nordsee*<sup>139</sup>.

Los argumentos esgrimidos por la primera corriente se basan, principalmente, en una interpretación amplia de “órgano judicial”, entendiendo que quedan incluidos en este concepto los tribunales arbitrales<sup>140</sup>. Además, ponen de manifiesto que hay que tener en cuenta el espíritu del art. 177 TJCE que no es otro que la uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho

---

<sup>139</sup> Vid. STJCE de 23 de marzo de 1982, asunto 102/81, “*Nordsee*” *Deutsche Hochseefischerei GmbH c. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AC & Co. KG et Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AC & Co. KG*, *Recueil*, 1982, pp. 1095 - 1128. Este asunto es, con toda probabilidad, el que más nos interesa ya que se trató de un arbitraje comercial internacional y es el tipo de arbitraje al que normalmente se someten las controversias entre navieras.

<sup>140</sup> Esta posición la mantiene la Comisión en el asunto *Nordsee*: “La Commission estime par conséquent que l'article 177 doit être interprété en ce sens qu'il convient de considérer comme juridiction tous les organes nationaux qui prononcent des jugements. Tel serait le cas d'un tribunal arbitral allemand, qui, au surplus, serait tenu d'appliquer le droit communautaire”. Como señala, entre otros, BLANCO - MORALES LIMONES, P., “El arbitraje privado y el recurso prejudicial del art. 177 del Tratado CEE. (Algunas observaciones a propósito de la sentencia del TJCE de 23 de marzo de 1982, As. 102/81: “*Nordsee*””, R.C.E.A., 1986, pp. 123 - 129, la Comisión, en este asunto, sigue una interpretación funcional del concepto de órgano jurisdiccional. Como señala la citada autora, la interpretación funcional supone “... reconocer que el arbitraje constituye una institución permanente en el sistema estatal de protección jurídica ...”.

Comunitario. Esta corriente doctrinal ha querido encontrar apoyo jurisprudencial en el asunto *Broekmeulen* en el que el TJCE admitió una cuestión prejudicial planteada por un órgano del Colegio de Médicos de los Países Bajos <sup>141</sup>.

La segunda corriente se explica claramente en la Sentencia del caso *Nordsee* <sup>142</sup>; de acuerdo con el TJCE corresponde a los Estados miembros velar por el cumplimiento del Derecho comunitario. En el asunto *Nordsee* la cuestión prejudicial fue planteada por un Tribunal arbitral, no sometido a controles jurisdiccionales o administrativos del Estado, con lo que, de acuerdo con el considerando 13 de la Sentencia, queda fuera del concepto de “jurisdicción de un Estado miembro” del artículo 177 <sup>143</sup>.

En relación con la denominación que reciba el órgano jurisdiccional se ha puesto de manifiesto su irrelevancia, siempre

---

<sup>141</sup> S.T.J.C.E. de 6 de octubre de 1981, asunto 246/80, *Recueil*, 1981. Si bien, en este asunto la cuestión prejudicial la planteó un Comité de Apelación de un organismo profesional de médicos cuya labor estaba controlada por las autoridades públicas y cuyas decisiones son adoptadas siguiendo un procedimiento contencioso, se trataba de un órgano que desempeña una función por mandato del Estado, es decir, existe un mandato público. Por lo tanto, no resulta equiparable a aquellos supuestos de arbitraje privado en los que el mandato del órgano arbitral depende exclusivamente de la voluntad de las partes. Vid. PESCATORE, P., “Las cuestiones prejudiciales. Artículo 177 del Tratado CEE”, en *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Madrid, 1993, pp. 527 - 571.

<sup>142</sup> Sent. cit.

<sup>143</sup> El T.J.C.E. sigue el criterio institucional para determinar si se trata o no de un órgano jurisdiccional en el sentido del art. 177 TCE, es decir, tiene en cuenta si son órganos “titulares de la potestad soberana de dictar justicia”, BLANCO - MORALES LIMONES, P., “El arbitraje privado y el recurso prejudicial ...”, op. cit., p. 126.



que realice una función judicial. En este caso sería un órgano de los comprendidos en el art. 177 TCE, correspondiendo a la legislación comunitaria determinar si un organismo determinado está o no comprendido en el citado artículo del Tratado <sup>144</sup>. El hecho de que sea irrelevante la denominación utilizada no puede servir como argumento para apoyar la corriente amplia ya que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, la admisibilidad o no de una cuestión prejudicial no es una cuestión que dependa de la denominación del órgano, ni siquiera que el órgano se pronuncie conforme a Derecho, sino que la cuestión de la admisibilidad o no de una cuestión prejudicial depende de que la actuación del órgano nazca de un mandato público.

En base a lo expuesto cabe cuestionarse si el mandato contenido en el art. 3.3 Reglamento 954/79 es suficiente para

---

<sup>144</sup> Esta es la opinión dada por STEINER, J., *Manual básico de legislación de la CEE*, Bilbao, *sine data*, pp. 337 - 338. La autora se basa en la Sentencia del TJCE de 17 de marzo de 1987, asunto 14/86, *Pretore di Salò c. X*, *Recueil*, 1987, pp. 2545 - 2571. En este asunto se discutió la posible falta de competencia del T.J.C.E para resolver la cuestión prejudicial planteada por el *pretore* (sobre él, en ocasiones, pueden recaer las funciones de Ministerio Fiscal y Juez). En el considerando 7 de la Sentencia el T.J.C.E. pone de manifiesto que: "... es competente para responder a la cuestión prejudicial, ya que ésta procede de un órgano jurisdiccional que ha actuado en el marco general de su misión de juzgar, con independencia y conforme a Derecho, en asuntos sobre los cuales la ley le confiere competencia, incluso si alguna de las funciones que corresponden a dicho órgano jurisdiccional en el procedimiento que ha suscitado la cuestión prejudicial no tienen carácter estrictamente jurisdiccional". Si bien en este asunto más que una cuestión de denominación estamos ante un órgano en el que, en un momento dado, junto a la función jurisdiccional pueden acumularse otras de distinta naturaleza. Como señala PESCATORE, P., *op. cit.*, pp. 542 - 543, son supuestos de funciones atípicas de determinados órganos jurisdiccionales.

entender que un tribunal arbitral, al resolver una cuestión relativa al reparto de las cuotas del tráfico, está legitimado para plantear ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas una cuestión prejudicial <sup>145</sup>.

No cabe duda que el mandato contenido en un Reglamento comunitario tiene la misma fuerza que el contenido en una ley estatal, pero el art. 3.3 deja que el sometimiento al arbitraje se haga con consentimiento de las partes. Por lo tanto, cabe interpretar que el Reglamento 954/79 invita a las partes a solucionar el litigio por la vía del arbitraje pero quedando el mandato en manos de la voluntad de los particulares. De hecho, el art. 3.3 establece que "... toda controversia no resuelta por vía de procedimiento de conciliación podrá ser sometida al arbitraje con el consentimiento de las partes". Por ello, y teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJCE, entendemos que no cabe plantear una posible cuestión prejudicial ante el TJCE en un caso de arbitraje al que las partes se hayan sometido para solucionar un litigio sobre reparto de cuotas de tráfico, al margen de que un posible sometimiento al arbitraje esté contemplado en un reglamento comunitario.

## **VI. Posibles problemas derivados de las reservas contenidas en el Reglamento 954/79.**

Si bien esta "técnica", o vía de las reservas, ofrece la posibilidad de que los Estados miembros se adhieran o ratifiquen un Convenio Internacional sin que ello suponga un riesgo respecto a la protección y cumplimiento de los principios y

---

<sup>145</sup> Al respecto, MANFRINI, R., op. cit., p..., cree que no es mandato suficiente, al menos a primera vista. Si bien, dicho autor no argumenta esta impresión inicial.

objetivos comunitarios, hay que tener en cuenta que no siempre es factible. De hecho, la Sección 2ª Parte I de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados <sup>146</sup>, en su art. 19, establece que no podrán formularse reservas en tres supuestos: que el tratado lo prohíba, que establezca que sólo pueden hacerse determinadas reservas, o que éstas sean incompatibles con el objeto y fin del tratado.

Sin embargo, en el caso del Código UNCTAD no se establece prohibición alguna para que se lleven a cabo reservas. Por otra parte, tampoco establece que, en caso de que lleguen a establecerse, éstas deban versar sobre aspectos determinados. Por lo tanto, ante las reservas hechas por los Estados miembros en base al Reglamento 954/79, sólo cabe cuestionarse que éstas sean contrarias al objeto y fin del Código. En este sentido, se puede afirmar que el contenido de las reservas formuladas por los países comunitarios no se opone a los objetivos marcados por el Código tales como: el facilitar la expansión ordenada del comercio marítimo mundial; que los servicios marítimos regulares permitan atender las necesidades de cada tráfico y que se garantice un equilibrio entre los intereses de los transportistas y de los usuarios.

Por otra parte, en relación con los principios que fija el Código sólo parece ofrecer dudas el principio de que las prácticas de las conferencias no deben implicar discriminación contra navieros, usuarios o comercio exterior de ningún país <sup>147</sup>. Sin

---

<sup>146</sup> B.O.E. de 13 de junio de 1980.

<sup>147</sup> Los otros dos principios se refieren, por una parte, a que las conferencias deben celebrar consultas con las organizaciones de usuarios y sus representantes en aquellas cuestiones que sean de interés para ambos, con la participación, cuando así se pida, de las

lugar a dudas las reservas nº 1 (que amplía considerablemente el concepto de compañía naviera nacional) y nº 2 (que recoge la no aplicación del artículo 2 del Código) alteran el ámbito de aplicación material del Código. Al no aplicarse la regla 40:40:20 en el tráfico conferenciado intracomunitario y entre éstos y los Estados OCDE cabe preguntarse qué ocurre con las navieras de países que no sean comunitarios ni miembros de la OCDE. Es lógico pensar que éstas podrían verse afectadas negativamente por las reservas hechas por los países comunitarios, así como el comercio exterior de sus países. Posiblemente haya sido en previsión de que pudieran plantearse dudas en este sentido que se ha querido dejar claro que las compañías navieras de países terceros, concretamente aquellas de los países en vías de desarrollo, no se verán perjudicadas. Así, en el art. 4.3 y reserva nº 2 - b) del Reglamento 954/79, se hace expresa alusión a la participación de estas navieras en el tráfico. Pero aún así, hay que pensar que quedaría un grupo de navieras pertenecientes a Estados industrializados que no sean miembros ni de la U.E. ni de la OCDE <sup>148</sup>. En la práctica las compañías navieras nacionales de los países reconducibles a dicha categoría serían las navieras de los países que formaban el desaparecido bloque socialista y cuya presencia en las conferencias que participan en el tráfico intracomunitario, y entre éstos y la OCDE, es bastante reducida.

---

autoridades competentes. Por otra parte, las conferencias deberán poner a disposición de las partes interesadas información sobre las actividades que afecten a esas partes, así como publicar toda información importante sobre sus actividades.

<sup>148</sup> La discriminación podría darse en tanto que los países comunitarios y los miembros de la OCDE se repartirían el 80% del tráfico, el 20% restante para las navieras de los países en vías de desarrollo quedando las navieras no pertenecientes a uno u otro grupo, al menos teóricamente, sin participación.

Por otra parte, ningún Estado Parte del Código ha hecho uso de la posibilidad que ofrece el art. 20.5 del Convenio de Viena de tal manera que ninguna de las reservas de los Estados miembros ha dado lugar a objeción alguna, al menos formalmente, de los demás Estados Parte.

Un cierto sector doctrinal en el que destaca, entre otros, VERMOTE <sup>149</sup> ha manifestado una tendencia a considerar que el Reglamento 954/79 ha sido superado por la posterior normativa comunitaria relativa al tráfico marítimo internacional. No vamos a entrar en la polémica acerca de la superación o no del citado Reglamento, pero sí queremos resaltar que aún en el caso de que se pudiese en algún momento llegar a afirmar tal superación el Reglamento seguiría manteniendo importancia ya que presenta una posible alternativa de la U.E. a las usuales técnicas empleadas para la consecución de las políticas comunes y puesta en práctica de la llamada acción común en los distintos sectores económicos

---

<sup>149</sup> Vid. VERMOTE, L., "The Application of the United Nations Liner Code Within the European Communities", *Europ. Trans. Law*, 1988, p. 571 y ss. En contra, vid. CARBONE, S.M. - MUNARI, F., *Regole e organizzazione...*, op. cit., p. 99.

**CAPÍTULO VI**  
**LA NACIONALIDAD DE LAS COMPAÑÍAS**  
**NAVIERAS.**

## **I. Introducción.**

Hasta ahora, hemos venido hablando de la importancia del Código desde distintas perspectivas: así, por ser considerado el primer instrumento jurídico regulador del tráfico marítimo conferenciado, por su repercusión en el ámbito comunitario, etc. Ahora bien, como hemos señalado, este Código pretende abarcar la práctica totalidad del tráfico conferenciado y de la exégesis de su ámbito de aplicación queda claro que éste será de aplicación a las conferencias marítimas que se dediquen al tráfico marítimo internacional de mercancías. Por este motivo, el Código toma como punto de partida la organización interna de las conferencias marítimas. Es decir, cómo y de qué forma se configuran, qué requisitos son necesarios para entrar a formar parte de una conferencia, y qué posición ocupan las distintas compañías navieras dentro de una conferencia. Pues bien, el eje entorno al que gira esta organización interna no es otro que la nacionalidad de las compañías navieras. De esta manera, determinar la nacionalidad de estas compañías se presenta como una cuestión de innegable interés ya que es el paso previo a la posterior distribución del tráfico. A su vez, como hemos señalado, la nacionalidad fue uno de los temas que motivó a la U.E. a adoptar una posición conjunta ante el Código.

## **II. La nacionalidad como factor que determina el derecho de acceso al tráfico.**

En su art. 1.1, el Código recoge un verdadero derecho de acceso al tráfico al establecer que “toda compañía naviera nacional tendrá derecho a ser miembro con plenitud de derechos de una conferencia que sirva el comercio exterior de su país ...”. De esta forma, frente a la concepción tradicional de las conferencias cerradas de difícil y, en ocasiones, imposible acceso, el Código configura las conferencias como “abiertas”.

Ahora bien, esta libertad de acceso queda, sin embargo, circunscrita al condicionamiento de determinados requisitos <sup>150</sup>: la compañía naviera nacional deberá probar no sólo su intención de prestar servicios regulares, adecuados y eficientes, sino que también deberá acreditar que reúne las condiciones necesarias para ello, aunque sea haciendo uso de buques fletados. Además del cumplimiento de estas exigencias se comprometerá a respetar todas las cláusulas y condiciones del acuerdo de conferencia debiendo depositar una garantía financiera.

Respecto a las compañías navieras de países terceros, aquéllas que no son nacionales de ninguno de los países a cuyo tráfico sirve la conferencia, el Código UNCTAD, en su artículo 1, recoge la posibilidad de que éstas participen con “plenitud de derechos” <sup>151</sup>. En esta ocasión el derecho de participación en el tráfico

---

<sup>150</sup> Requisitos que recoge el párrafo 2 del artículo 1 del Código.

<sup>151</sup> En este sentido el art. 1 del Código dice: “... Las compañías navieras que no sean compañías nacionales en ningún tráfico de una conferencia tendrán derecho a ser miembros con plenitud de derechos de esa conferencia, con sujeción a los criterios establecidos en los párrafos 2 y 3 del artículo 1 y a las disposiciones del artículo 2 relativas a la distribución del tráfico por lo que respeta a las compañías navieras de terceros países”.



también queda sujeto al cumplimiento de los requisitos ya expuestos para las compañías nacionales y, junto a ellos, hay que enunciar una serie de criterios que serán tenidos en consideración a la hora de admitir la participación de las navieras que no sean nacionales. Concretamente, se trata de: la necesidad de tener en cuenta el volumen del tráfico en la ruta o rutas servidas por la conferencia y las perspectivas de crecimiento; relación entre tonelaje disponible y volumen de tráfico; posibles efectos, en relación con la eficacia y calidad de los servicios, que tendrá el ingreso de la compañía naviera en la conferencia; participación de la compañía naviera en la misma ruta o rutas formando parte de otra conferencia <sup>152</sup>.

Aún así, aunque el derecho de acceso se recoja tanto para las compañías navieras nacionales de los países a cuyo tráfico sirve la conferencia, como para aquellas de países terceros, la cuota de participación no va a ser igual. Como es sabido, art.2 del Código establece la regla comúnmente conocida como 40/40/20, es decir, el 80% del tráfico corresponderá a las compañías navieras nacionales de los países a cuyo tráfico sirve la conferencia (40% a las de un país y 40 % a las del otro) mientras que a las compañías navieras de países terceros les corresponderá el 20% restante. De esta forma, la condición de nacional determinará una mayor participación de la compañía naviera en las rutas a cubrir.

Por lo tanto, la nacionalidad es un factor determinante a la hora de repartir el tráfico. Como consecuencia de ello el Código establece una serie de criterios, así como el Reglamento 954/79,

---

<sup>152</sup> Estos criterios aparecen recogidos en el párrafo 3 del artículo 1, los cuales no constituyen una lista cerrada de criterios a tener en consideración ya que dicho precepto hace referencia a los mismos diciendo que serán tenidos en cuenta “entre otros”.

encaminados a determinar la condición de nacional. Ambos textos legales no son coincidentes en cuanto a los criterios exigidos ya que ambos persiguen fines distintos. Así el Código pretende garantizar una vinculación efectiva entre la naviera y el Estado de cuya nacionalidad goza. Por su parte, la U.E. pretende garantizar el respeto al artículo 7 TCE y a la libertad de establecimiento. Por lo tanto, igualdad entre navieras comunitarias y vinculación efectiva entre la naviera y la U.E.

### **III. La compañía naviera nacional en el Código UNCTAD y en el Reglamento 954/79.**

El propio Código, en su Capítulo Primero, se encarga de ofrecernos una definición de compañía naviera nacional estableciendo que:

“Una compañía naviera nacional de un determinado país es una empresa porteadora naviera cuya oficina principal de dirección y cuyo control efectivo se encuentran en ese país y que está reconocida como tal por una autoridad competente.”<sup>153</sup>

---

<sup>153</sup> El Código UNCTAD nos define en su Capítulo Primero la autoridad competente como: “Un gobierno o un órgano designado por un gobierno o en virtud de legislación nacional para desempeñar cualquiera de las funciones que se asignan a esa autoridad conforme a lo dispuesto en el presente Código”. Así, los Estados partes del Código en sus leyes relativas a la aplicación del mismo han designando quiénes tienen la consideración de autoridad competente a efectos de dicho Código. Así, por citar sólo dos ejemplos, en el caso de Italia la autoridad nacional competente es el Ministro de la Marina Mercante el cual deberá pronunciarse a través de decreto si se dan o no los requisitos de nacionalidad en el término de sesenta días a partir de que haya sido instado, pudiendo valerse de la colaboración de otros Ministerios y entes públicos (*Legge 10 luglio 1991, n° 210, cit. infra*); en el Reino Unido, de acuerdo con la *Merchant Shipping (Liner Conferences) Act 1982, cit. infra*, la autoridad competente es la *Secretary of State for Transport*.

Por otra parte, no hay que olvidar las reservas contenidas en el Reglamento comunitario nº 954/79, concretamente la reserva nº 1 donde establece que:

“1. Para la aplicación del Código de conducta, la noción de compañía marítima nacional, en el caso de un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea, podrá comprender a cualquier compañía marítima que utilice barcos establecida en el territorio de dicho Estado miembro, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea”.

Es obvio que sigue el criterio del establecimiento y su intención, como ya ha sido puesta de relieve en numerosas ocasiones, no es otra que la no discriminación entre las compañías de los Estados comunitarios. Así, en el caso de una conferencia que cubra el tráfico entre un Estado comunitario y un país tercero, la distribución de las cuotas de participación se hará de tal manera que, en el 40% correspondiente a las navieras nacionales del Estado comunitario extremo del tráfico, también se incluirán las navieras que en ese Estado se hayan debidamente establecido.

Por su parte, el artículo 2 del mismo Reglamento fija el sistema de negociación comercial entre las compañías navieras que gozan de la misma nacionalidad y la compañía naviera que, teniendo la misma nacionalidad que ellas, pretende acceder a la conferencia. Si la conferencia fuese de nueva creación, la negociación comercial se llevaría a cabo entre todas las compañías que, teniendo la misma nacionalidad, estén interesadas en participar. En cualquiera de los dos casos si no se llega a un acuerdo resolverá cada Estado miembro, a petición de la compañía interesada y escuchando previamente a las demás.

Por lo tanto, nos encontramos ante una pluralidad de criterios: por una parte, aquellos fijados por el Código UNCTAD; por otra parte, la reserva nº1 del Reglamento 954/79 y su artículo 2, así como, en caso de que las negociaciones previstas en este Reglamento no lleguen a una solución, será necesario tener en cuenta las legislaciones internas de los Estados miembros que serán los que deberán resolver.

### **1. La compañía naviera nacional en el Código UNCTAD: análisis de los criterios atributivos de la condición de nacional.**

Antes de entrar en la exégesis de los criterios seguidos por el Código nos parece oportuno recordar que hablar de la nacionalidad de las compañías navieras implica hablar de la nacionalidad de las personas jurídicas en general, y dentro de éstas, en particular, de la nacionalidad de las sociedades de capital, ya que es la forma que normalmente revisten este tipo de empresas <sup>154</sup>.

---

<sup>154</sup> Para la atribución de una “nacionalidad” los Ordenamientos Jurídicos han seguido distintos criterios (domicilio, sede social, etc.). Al respecto se puede hablar de los siguientes criterios: Doctrina de la “sede”: según la cual las sociedades tendrán la nacionalidad del país donde tengan su sede real administrativa. Doctrina de la “constitución”: para la cual la nacionalidad dependerá del país conforme a cuya legislación se ha constituido la sociedad. En el caso de que además de constituirse conforme a dicha legislación la sociedad se ha inscrito en el Registro mercantil de dicho Estado estamos ante la llamada “incorporación”. Criterio del “centro de explotación”: tiene en consideración el país donde se realizan las actividades mercantiles de la sociedad en cuestión. Criterio del “control”: puede hacer referencia sea a un control administrativo que a un control financiero. En relación a este último criterio señala VITTA, E., *Diritto Internazionale Privato*, Vol. II, Torino, 1973, se trata de buscar al interior de la estructura del ente quién o quiénes la controlan (nacionalidad de los socios); o bien tener en cuenta el lugar de suscripción del capital social, teniendo así en consideración el origen de los

Se hace necesario señalar que la cuestión de atribuir una nacionalidad a las sociedades, y en general a las personas jurídica, ha sido objeto de discusiones actualmente superadas. En este sentido, es generalizada, y prácticamente indiscutida, la opinión según la cual cuando hablamos de nacionalidad de las personas jurídicas no lo hacemos en el mismo sentido que cuando se habla de la nacionalidad de las personas físicas <sup>155</sup>. Por lo tanto, se hace referencia a la nacionalidad de las personas jurídicas por la necesidad de que las mismas estén conectadas a un Ordenamiento Jurídico que regule su constitución, estructura, funcionamiento y extinción <sup>156</sup>.

#### **A) Criterios utilizados por el Código UNCTAD.**

---

medios financieros del ente. Acerca de estas cuestiones: CALVO CARAVACA, A.L., "Las personas jurídicas", en GONZÁLEZ CAMPOS, J. y otros, *Derecho Internacional Privado, Parte especial*, 6ª ed., Madrid, 1995, pp. 84 -94; id. "Artículo 9, apartado 11" en ALBADALEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo I, Vol. II, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 479 - 525; GUZMÁN ZAPATER, M., "Las personas jurídicas" en PÉREZ VERA, E., (dir) *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed., Madrid, 1996, pp. 43 -62; EGEA IBÁÑEZ, R., "Nacionalidad de las sociedades", R.C.D.I., julio - agosto 1984, nº 563, pp.1155 - 1182.

<sup>155</sup> Vid. PÉREZ VERA, E., "Artículo 9, 11" en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, V. I, Madrid, 1977, pp. 499 - 505; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. - CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho Mercantil ...*, op. cit., p. 157.

<sup>156</sup> Desde un punto de vista del D.I.Pr. la cualidad de nacional o extranjero resulta imprescindible para determinar el *statuto personal* de la persona jurídica y si está o no comprendida en el régimen de extranjería. Vid. CALVO CARAVACA, A.L., "Artículo 9, apartado 11", op. cit. , p. 482.

De la definición de compañía naviera nacional dada por el Código, en su Capítulo Primero, se desprende que los criterios seguidos son: por una parte, que la oficina principal de dirección y el control efectivo se encuentren en el país de cuya nacionalidad se pretende disfrutar, con lo que, en principio, se puede afirmar que el Código tiene en consideración quién o quiénes detentan el poder económico de la compañía. Por otra parte, se hace necesario el reconocimiento de una autoridad competente <sup>157</sup>.

Acerca del reconocimiento por parte de la autoridad competente, y ante la falta de claridad del Código al respecto, cabe plantear dos hipótesis: 1) si se trata de un requisito más y, por lo tanto, son tres los requisitos exigidos; 2) o si, por el contrario, estamos ante una obligación que recae sobre la autoridad desde el momento en el que ésta comprueba la existencia de la oficina principal de dirección y el control efectivo en el país cuya consideración de nacional se quiere hacer valer.

Al respecto, ha sido apuntada como solución la segunda posibilidad, es decir, el reconocimiento por parte de la autoridad competente es una obligación de ésta toda vez que se den los requisitos del control efectivo y oficina principal <sup>158</sup>.

---

<sup>157</sup> Al respecto señala el profesor CARBONE, S.M., "Compagnia marittima nazionale, accesso al traffico e diritto di stabilimento", *Dir. Mar.*, 1981, pp. 176 -192, que los criterios seguidos por el Código UNCTAD deberían venir acompañados de una verificación, por parte de las autoridades competentes, de la existencia de una relación efectiva y continuada con la economía del país cuya nacionalidad se le quiere atribuir.

<sup>158</sup> Vid. CARBONE, S.M. - MUNARI, F., *Regole e organizzazione dei trasporti marittimi internazionali*, Milano, 1990, p. 47, donde califican el reconocimiento por parte de la autoridad competente como un "acto debido" por parte de ésta cuando se dan los requisitos de la oficina principal de dirección y el control efectivo.

Ahora bien, una concesión del reconocimiento a todas aquellas compañías navieras que cumplen las exigencias de la oficina principal de dirección y control efectivo puede dar pie a un exceso de compañías marítimas con derecho a participar en la conferencia con la condición de nacionales. Ante una situación de este tipo la autoridad competente puede optar por dos vías: la primera de ellas supondría que excluyese alguna de las navieras no otorgándole el reconocimiento. En este caso sería difícil determinar los criterios en base a los cuales se podrían llevar a cabo una exclusión de este tipo <sup>159</sup>. La segunda posibilidad implicaría que, ante un exceso de compañías marítimas nacionales, la autoridad competente plantee la posibilidad de una redistribución de la cuota de tráfico asignada a las navieras nacionales de ese Estado en cuestión <sup>160</sup>.

---

<sup>159</sup> Vid. ROMANELLI, G., "Interventi governativi ed autonomia privata nella disciplina del traffico di linea", *Dir. Mar.*, 1981, pp. 330 - 341, quien señala que en el caso de exceso de oferta se hace necesaria una selección por parte de la Administración Pública en base a criterios que deberán ser objetivos y rigurosos, así como el sistema de selección deberá asegurar la posibilidad de recambio en el caso en el que las compañías operantes pierdan impulso económico ante una posible falta de competencia que las motive a conservar eficiencia y economicidad en el servicio.

<sup>160</sup> Acerca de una posible redistribución de la cuota de tráfico correspondiente a las compañías nacionales de un Estado, ha sido puesto de manifiesto por parte de la doctrina que en aquellas ocasiones en las que una redistribución de dicha cuota comporte el tener que alejarse de los fines sociales perseguidos a la hora de racionalizar el tráfico y, por lo tanto, suponga el abandono de exigencias encaminadas a cumplir tales fines como es el garantizar una adecuada organización, un correcto funcionamiento en un determinado tráfico, etc., si se hace necesario pensar en una serie de criterios que permitan llevar a cabo una selección entre las distintas compañías navieras con igual derecho de

Sin embargo, ante las dos soluciones planteadas hay que tener en cuenta que, en ocasiones, puede resultar desaconsejable pensar en una redistribución de la cuota de participación en el tráfico, o bien que, en base a otros motivos ajenos a la redistribución de las cuotas, la autoridad competente no conceda el reconocimiento a todas las navieras que lo solicitan. Ante este tipo de situaciones quedaría siempre la posibilidad de que la compañía naviera afectada ejercitase las oportunas acciones legales contra la autoridad competente. Es más, en el caso de que el reconocimiento se haya otorgado podrían ser las restantes compañías navieras que forman parte del grupo de navieras nacionales las que cuestionasen la legitimidad del reconocimiento.

En cualquier caso, nos inclinamos por la segunda de las soluciones expuestas, es decir, por la redistribución de las cuotas del tráfico. Los motivos que nos llevan a inclinarnos por esta solución son dos: por una parte, el hecho de que el reconocimiento por parte de la autoridad competente se entienda como un “acto debido” evitará que, por motivos ajenos a las exigencias expresamente fijados por el Código, se niegue a una compañía naviera el derecho de participar en una conferencia marítima en calidad de nacional cuando cumple los requisitos exigidos para ello. Por otra parte, hay que tener en cuenta que el hecho de que la autoridad competente otorgue el reconocimiento no quiere decir que la compañía pase inmediatamente a formar parte de la conferencia ya que, como expusimos anteriormente, las solicitudes de ingreso deberán ser

---

participación en el tráfico. En este sentido se pronuncia CARBONE, S.M., “*La disciplina giuridica ...*”, op. cit., p. 132.



estudiadas y a las compañías navieras aspirantes se les exigirá que respondan a los requisitos previstos en el art. 1.2 del Código. Ésto implica que, en ocasiones, no todas las navieras que han obtenido el reconocimiento puedan ser miembros de la conferencia. Por lo tanto, si se diera un supuesto de este tipo probablemente ni siquiera sería necesario llegar a la redistribución de las cuotas.

Estos criterios que acoge el Código, oficina principal de dirección y control efectivo, están bastante lejos de aquellos que sigue nuestro Ordenamiento Jurídico autónomo. En la misma situación se han encontrado otros Estados partes del Código, los cuales en sus respectivas leyes relativas a la aplicación del mismo, han ido limando las diferencias intentado encontrar, a efectos de la aplicación del Código, y respetando la normativa en él contenida, la combinación de criterios adecuada que permita individualizar las compañías navieras que participarán en el tráfico servido por la conferencia en condición de nacionales.

## **2. La nacionalidad de las compañías navieras en el marco de los Estados comunitarios Partes del Código UNCTAD.**

Ante la diversidad de criterios existentes para la atribución de una nacionalidad a las personas jurídicas en los distintos ordenamientos es necesario que los países que se adhieren al Código UNCTAD fijen los criterios a seguir a la hora de identificar la compañía naviera nacional, única y exclusivamente, a efectos de facilitar todas las cuestiones referentes a las conferencias marítimas sometidas a la normativa del Código.

En el caso de los Estados miembros de la U.E. esta identificación de la compañía naviera nacional conviene que sea

conjunta, es decir, que fuese la propia Comunidad la que nos ofreciera la definición de compañía naviera nacional <sup>161</sup> permitiendo, de esta manera, que las actuaciones de los Estados miembros fuese mucho más homogénea respecto al Código UNCTAD, máxime si tenemos en cuenta que, como ya señalamos, a falta de un resultado positivo en las negociaciones comerciales llevadas a cabo entre las navieras, de acuerdo con el artículo 2.2 del Reglamento 954/79, resolverá cada Estado miembro conforme a su legislación. Si la pretensión de la Comunidad es que los Estados miembros ante el Código actúen como un único país, esta actuación debe abarcar todos y cada uno de los aspectos relativos al mismo.

De momento, y a falta de estos criterios unitarios, los países comunitarios que han ratificado el Código UNCTAD <sup>162</sup> en su leyes relativas a la aplicación del mismo hacen referencia a la cuestión que nos ocupa. Del análisis comparativo resulta claro que los criterios utilizados para atribuir una nacionalidad a las

---

<sup>161</sup> Un intento de llegar a una definición de compañía marítima nacional se dio con el Proyecto de directiva del Consejo relativa a una común interpretación del concepto "compañía marítima nacional", (S. 5/85, pp.59 y ss.), en cuyo art. 1.2 se establecen los siguientes criterios: "(a) la sede social y el control efectivo habrán de estar situados en un Estado miembro; (b) la dirección ha de estar mayoritariamente compuesta por ciudadanos de los Estados miembros; (c) las acciones de la compañía habrán de estar bajo control efectivo y mayoritario de ciudadanos de los Estados miembros que tiene su domicilio o su sede social en uno de los Estados miembros". Vid. infra el epígrafe dedicado a la definición común de armador comunitario.

<sup>162</sup> El 6 de octubre de 1983 el Código ha entrado en vigor para los Países Bajos y para la República Federal Alemana; el 28 de diciembre de 1985 para Dinamarca y el Reino Unido; el 30 de noviembre de 1989 para Italia; también ha entrado en vigor en Francia y Bélgica. España se adhirió al Convenio el 3 de febrero de 1994.

compañías naviera varían de una legislación a otra, si bien, por exigencias del Reglamento 954/79, el derecho de establecimiento es el denominador común de todas ellas, al margen de que su ejercicio viene matizado con diversos criterios según la legislación ante la que nos encontremos. Por este motivo, antes de adentrarnos en la exégesis de algunas de estas leyes sobre aplicación del Código, consideramos oportuno dedicar un espacio al estudio del derecho de establecimiento. Además, hay que tener en cuenta que el hecho de que las compañías navieras establecidas de acuerdo con el TCE participen en las conferencias marítimas que sirven al tráfico de uno o varios países comunitarios en la condición de nacionales, y, por lo tanto, participando en la cuota del 40% del tráfico, y no en la del 20%, hace que abordar el tema del derecho del establecimiento sea imprescindible <sup>163</sup>.

#### **A) El derecho de establecimiento: sus beneficiarios.**

El Tratado CE, en su artículo 58, fija quiénes podrán hacer uso del derecho de establecimiento. Concretamente, este artículo fija que:

“Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se

---

<sup>163</sup> Conviene señalar que en este apartado nos adentramos en la exégesis de las navieras que pueden gozar del derecho de establecimiento a efectos de la aplicación del Reglamento 954/79, sin perjuicio de volver, en otros momentos de este trabajo, sobre el derecho de establecimiento en relación con la aplicación de otros Reglamentos comunitarios relativos a la organización del tráfico marítimo internacional en los que también se hace referencia a este derecho en el ámbito de los beneficiarios de la normativa.

encuentre dentro de la Comunidad quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.

Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo.”

Acerca de este precepto hay que destacar dos cuestiones: por una parte, el concepto amplio de sociedad; por otra, los criterios de conexión utilizados por el legislador comunitario.

a) El concepto amplio de sociedad. En primer lugar, hay que poner de manifiesto que, en el estado actual, la figura jurídico-societaria vendrá determinada en cada Estado por su propia legislación. Es por ello que el artículo 58 TCE hace referencia a la sociedad de una manera amplia sin que este término coincida con el concepto de sociedad de las legislaciones de los Estados miembros. De tal manera que, de acuerdo con el artículo que analizamos, para hacer uso del derecho de establecimiento resulta indiferente que la sociedad revista carácter civil o mercantil, público o privado<sup>164</sup>, ya que la exclusión del ámbito de aplicación personal únicamente viene dada por la ausencia de un fin lucrativo. Por lo tanto, quedarían descartadas aquellas

---

<sup>164</sup> Vid. GOLDMAN, B., LYON-CAEN, A., VOGEL, L., *Droit Commercial Européen*, 5ª ed., París, 1994, p. 127, quienes señalan que la inclusión de las entidades de naturaleza pública se debe a la entrada creciente de las empresas públicas en los sectores de la actividad económica hasta ahora reservados a las empresas privadas.

entidades cuyas actividades están revestidas del carácter de gratuidad <sup>165</sup>.

En este orden de cosas, hay que señalar que el sentido general de la doctrina <sup>166</sup> se muestra favorable a incluir, en el ámbito de aplicación personal del artículo 58.2, a aquellas entidades que no están dotadas de personalidad jurídica pero que cuentan con un patrimonio, afectado a un fin social, distinto al de cada uno de sus miembros y cuyas actividades persigan un fin lucrativo. Esta inclusión viene a permitir que determinadas figuras, contempladas en determinados ordenamientos jurídicos

---

<sup>165</sup> En relación a la interpretación de la expresión “fin lucrativo” ha sido señalado por BORRAJO INIESTA, I., “Las libertades de establecimiento y de servicios en el Tratado de Roma” en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), Madrid, 1986, pp. 149 - 260, espec. p. 203, que “la finalidad lucrativa no se entiende en ningún caso como búsqueda de beneficios o de ganancias materiales, sino de maneras más laxas que convergen hacia la idea de participación en la vida económica”, siempre en palabras del citado autor, la referencia al fin lucrativo apunta a la exclusión de aquellas actividades que están relacionadas con el ejercicio del poder público *ex art. 55 TCE*. En la misma línea se manifiesta la doctrina extranjera, así CAPOTORTI, “Il diritto di stabilimento delle società nel trattato istitutivo della Comunità Economica Europea”, *Riv.Dir.Int.Priv. Proc.*, 1965, pp. 5 - 25, pone de manifiesto que el fin lucrativo, en sentido estricto, implica la persecución de una ganancia o útil económico, ahora bien, con esta interpretación quedarían excluidos aquellos entes públicos que realizan actividades económicas en pro del beneficio colectivo lo cual resultaría contradictorio con la inclusión, entre los beneficiarios, de los entes de Derecho público. Es por este motivo que propone una interpretación conforme a la cual la exclusión recae sobre aquellos entes cuya actividad no sea “susceptible” de obtener un lucro, es decir, cuando la finalidad perseguida por la entidad no suponga el ejercicio de una actividad económica. En la misma línea de pensamiento se manifiestan GOLDMAN, B., LYON-CAEN, A., VOGEL, L., *op. cit.* pp. 128 - 129.

<sup>166</sup> Vid., entre otros, BORRAJO INIESTA, I., *op. cit.*, p. 203; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. - CALVO CARAVACA, L.A., *op. cit.*, p. 156; GOLDMAN, B., LYON-CAEN, A., VOGEL, L., *op. cit.* p. 127.

de los Estados miembros <sup>167</sup>, aún careciendo de la condición de sociedad propiamente dicha, y careciendo, en algunos supuestos, de personalidad jurídica queden dentro del campo de aplicación del artículo 58.

b) Los criterios de conexión utilizados por el legislador comunitario. En este sentido, y siguiendo la letra del precepto, es suficiente con que la compañía se constituya conforme a la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad (del tenor literal de este artículo se desprende que cabe la posibilidad de que la sociedad se haya constituido conforme a la legislación de un Estado miembro, y que la sede social esté, a su vez, en otro Estado miembro). Si bien, como ya ha sido puesto de relieve en numerosas ocasiones, ante el carácter alternativo de los criterios utilizados se podría llegar a situaciones ficticias en las que una compañía se constituyese conforme a la legislación de un Estado miembro, tuviese su sede social en un país comunitario, requisitos suficientes, pero su sede real y efectiva se encontrase fuera de la Comunidad <sup>168</sup>.

---

<sup>167</sup> Es el caso de la “sociedad mercantil abierta” del ordenamiento alemán, la “sociedad bajo una razón social” del Derecho holandés o la “società semplice” del Derecho italiano.

<sup>168</sup> Vid. CAPOTORTI, F., *op. cit.*, p. 12, quien pone de manifiesto que ante estas posibles situaciones ficticias que podrían llegar a crearse se ha dado un intento de interpretación, por parte de la doctrina francesa, conforme al cual además del requisito de la constitución conforme a la legislación de un Estado miembro y la sede social en territorio comunitario se hacía necesaria la existencia de uno de los otros dos requisitos, o bien la administración central, o bien el centro de actividad principal, es decir, un mínimo de tres requisitos. Este intento de interpretación no prosperó dada la imposibilidad de apoyarse en la letra del artículo.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la libertad de establecimiento puede llevarse a cabo por dos vías: a través de la transferencia de la sede social o a través de la creación de sucursales, filiales o agencias. El ejercicio del derecho de establecimiento a través de la primera vía, transferencia de la sede social, pasa por la necesidad de una armonización de las legislaciones comunitarias en materia societaria o, en su caso, que se cumplan las previsiones del artículo 220 TCE, de tal manera que el traslado de la sede social no implique la pérdida de la personalidad jurídica de la sociedad ni su desvinculación de la legislación del Estado de origen <sup>169</sup>.

Si tenemos en cuenta las dificultades que se presentan a la hora del traslado de la sede social ya que, en la mayoría de los casos, supone necesariamente la disolución de la sociedad y su nueva constitución de acuerdo con las exigencias de la legislación del Estado de acogida, no es de extrañar que el derecho de establecimiento en escasas ocasiones haya sido ejercitado por esta vía. Por este motivo, las personas jurídicas que hacen uso del derecho de establecimiento se acogen a la segunda posibilidad, es decir, la creación de filiales, sucursales o agencias. En este supuesto sí se hace imprescindible evitar las posibles situaciones ficticias que se pueden generar. Con esta finalidad el Consejo adoptó el Programa General de 1961 para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento en el interior de la Comunidad <sup>170</sup>.

De acuerdo con el citado Programa en aquellos supuestos en los que la empresa se haya constituido conforme a la legislación de un Estado

---

<sup>169</sup> Vid. BORRAJO INIESTA, I., op. cit., p. 204; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. - CALVO CARAVACA, A.L., op. cit., pp. 156 - 157; SANCHO VILLA, D., "Actividad internacional de las sociedades mercantiles", en *Derecho del Comercio Internacional*, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. (ed.), Madrid, 1996, pp. 254 - 259.

<sup>170</sup> D.O.C.E., Edición Especial, 1985, vol. 6/1, pp. 7 - 10.

miembro y tenga también en territorio comunitario la sede social, pero no se den ninguno de los otros criterios previstos por el art. 58, será necesaria la presencia de “una vinculación efectiva y continuada con la economía de un Estado miembro” para que esta empresa pueda abrir en un Estado miembro agencias, sucursales o filiales.

Ahora bien, el Programa General no matiza qué debemos entender por “vinculación efectiva y continuada”. Al respecto, únicamente aporta un dato de carácter negativo al decir que la existencia de la vinculación no puede depender “de la nacionalidad, en particular de los socios, de los miembros de los órganos de gestión o de vigilancia o de las personas que posean el capital social”<sup>171</sup>.

Una vez que hemos hecho, desde una perspectiva genérica, estas puntualizaciones acerca del derecho de establecimiento pasamos a analizar las leyes, relativas a la aplicación del Código UNCTAD, que han sido dictadas por algunos Estados miembros. De esta forma, conociendo el texto de estas leyes podremos ver como los legisladores nacionales han acogido el derecho de establecimiento, por imperativo del Reglamento 954/79, y lo han ido matizando con distintos criterios.

### **3. Las leyes relativas a la aplicación del Código UNCTAD adoptadas por algunos Estados miembros.**

---

<sup>171</sup> Resulta evidente que excluye el criterio del control para determinar la vinculación con la economía comunitaria. En este sentido, LÓPEZ GARRIDO, D., *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Madrid, 1986, señala: “esa vinculación no tiene que ser de un grado determinado. La sociedad sólo tiene que probar que algún tipo de vinculación económica existe y esa prueba se hace ante los Tribunales del país huésped, los cuales aplican, en principio, el Derecho nacional”.



Una vez que hemos visto los aspectos más relevantes del derecho de establecimiento en general, se hace necesario su enlace con los aspectos que directamente nos interesa, es decir, el establecimiento de las compañías navieras a efectos de la aplicación del Código UNCTAD. En su momento, hemos señalado que el establecimiento por la vía de la transferencia de la sede social se presenta, de momento, impracticable. Al respecto, huelga decir que el hecho de que estemos hablando de empresas navieras no hace variar en nada este planteamiento y es, por este motivo, que al hablar del establecimiento de las compañías navieras se entenderá como un establecimiento por la vía de la apertura de agencia, sucursal o filial.

Para llevar a cabo una profundización en este tema, en el marco del Código UNCTAD y del Reglamento 954/79, partiremos analizando las leyes de algunos Estados comunitarios relativas a la aplicación del Código donde está presente el derecho de establecimiento con las matizaciones que los respectivos legisladores han considerado oportunas. Así como haremos referencia a lo que ocurre en España a falta de una legislación *ad hoc* sobre la aplicación del Código.

#### **A) Leyes con criterios restrictivos. Los casos de Francia e Italia.**

Cuando hablamos de las leyes con criterios restrictivos nos referimos a aquellas legislaciones que, como son el caso de la francesa y la italiana, establecen criterios encaminados a restringir la consideración de nacionales, así como el uso del derecho de establecimiento, con exigencias que garanticen una vinculación, tanto jurídica como económica, de la compañía naviera con el Estado.

La ley francesa relativa a la aplicación del Código, *Loi n° 85*, en su artículo 2,<sup>172</sup> establece que tendrán derecho a participar en las negociaciones comerciales previstas en el Reglamento 954/79, en calidad de nacionales, aquellas navieras que cumplen los requisitos establecidos en el Código (oficina principal de dirección y control efectivo), o bien aquellas que gozan del derecho de establecimiento de acuerdo con el TCE. Ahora bien, tanto las primeras como las segundas deberán cumplir dos requisitos impuestos, cumulativamente, por el legislador francés: por una parte, las compañías deberán ostentar la condición de armadores conforme a la legislación interna y, por otra parte, deberán hacer uso “habitual y principal” de buques que naveguen bajo pabellón francés. Este último criterio, impuesto por el legislador galo, ha sido calificado de excesivamente férreo en la medida en que da pie a una noción restringida de lo que, a efectos del Código, debe entenderse por naviera nacional. Las críticas a la Ley francesa no son de extrañar si, sobre todo, se tiene en cuenta que el criterio del pabellón se requiere, también, para aquellas navieras que gozan del derecho de establecimiento<sup>173</sup>.

Pues bien, en relación a lo expuesto acerca de la *Loi 85-541*, creemos que es necesario partir haciendo una distinción entre las dos situaciones que pueden plantarse. Estas situaciones no son

---

<sup>172</sup> Vid. *Loi n° 85 - 541 du 22 mai 1985 relative à l'application du code de conduite des conférences maritimes établi par la convention des Nations Unies conclue à Genève le 6 avril 1974*, apéndice de CARBONE, S.M. - MUNARI, F., *Regole e organizzazione ...*, op. cit., pp. 218 - 219.

<sup>173</sup> Las principales críticas han venido desde el ámbito comunitario. La propia Comisión en un aviso con fecha de 28 de febrero de 1985, si bien emite un parecer favorable al entonces proyecto de ley pone de manifiesto la conveniencia de modificar algunos de sus puntos en la medida en que se entienden contradictorios con la exigencias comunitarias, vid. D.O.C.E. n° L 71 de 12 de marzo de 1985.

otras que las que la propia Ley admite, es decir, que la condición de nacional pueda concederse a aquellas navieras que cumplen los requisitos del Código, o bien a aquellas que pueden acogerse al derecho de establecimiento.

En relación a las primeras, navieras que cumplen los criterios del capítulo 1º del Código, la necesidad de que tengan la condición de armador conforme a la legislación francesa y hagan uso habitual y principal de buques que enarboles pabellón francés, si bien pueden considerarse criterios rígidos, y claramente encaminados a defender la flota nacional, no tienen porqué suponer un problema en la medida en que resulta del todo lógico que Francia, o cualquier otro país, quiera garantizar una auténtica conexión, sobre todo de tipo económico, entre quienes van a participar en la distribución del tráfico en calidad de nacional y el Estado <sup>174</sup>.

Por el contrario, el criterio del pabellón resulta del todo desaconsejable en aquellos casos en los que la condición de nacional se pretende hacer valer por parte de las navieras que hacen uso del derecho de establecimiento. En este orden de cosas, y antes de entrar en los argumentos que desaconsejan la referencia al pabellón francés, hay que señalar que la Ley francesa habla de compañías que se “benefician” del derecho de establecimiento. Del tenor literal del precepto podría desprenderse que no es necesario que estén establecidas en territorio francés, sino que, por el contrario, sería suficiente con que una empresa naviera cumpla los requisitos del artículo 58

---

<sup>174</sup> Vid. MUNARI, F., “La compagnia marittima...”, op. cit., p. 699, quien señala que el criterio del pabellón puede considerarse del todo válido para garantizar una conexión entre la naviera y el Estado y que puede ser considerado un correctivo al criterio del control efectivo utilizado por el Código.

TCE, por lo tanto beneficiaria del derecho de establecimiento, y, en caso de haber hecho uso del mismo, el establecimiento secundario puede que se hubiese abierto en el territorio de cualquier Estado comunitario. Ahora bien, la primera reserva del Reglamento 954/79, y su artículo 2.3, se refieren claramente a compañías navieras establecidas en el territorio del Estado de cuyo trato de nacional se pretende hacer uso, de esta manera debemos entender que la empresa naviera debe tener un establecimiento secundario en territorio francés <sup>175</sup>.

Por otra parte, retomando la cuestión relativa a la exigencia del uso de buques que enarbolen pabellón francés, planteado en los términos de la *Loi* nº 85-541, señalamos que es una pretensión que se presenta del todo inoportuna. Esta afirmación la hacemos en base a tres motivos:

a) En primer lugar, este criterio resulta contrario a lo dispuesto en el Programa General de 1961. Y es que, de acuerdo con lo que se puso de manifiesto al tratar el derecho de establecimiento, cuando una empresa que se haya constituido conforme a la legislación de un Estado miembro, y tengan en el territorio de la U.E. su sede central, para la apertura de un establecimiento secundario se le exigirá que exista una vinculación efectiva y continuada con la economía de un Estado comunitario que no tiene porqué ser aquel en el que se abre el establecimiento. Es más, si esta empresa, además de cumplir con el requisito de la constitución conforme a la legislación de un Estado miembro, reúne al menos dos de los criterios que,

---

<sup>175</sup> Vid. infra el análisis de la Ley italiana nº 210 donde se pone de manifiesto una interpretación en este sentido planteada por CARBONE, S.M., "L'organizzazione dei traffici...", op. cit., pp. 609 -610.

alternativamente, recoge el artículo 58 TCE, ni siquiera sería exigible esa vinculación. De esta forma, las navieras que abran un establecimiento secundario en Francia no estarían obligadas a navegar con buques que enarbolen pabellón francés, sería suficiente con el abanderamiento en cualquier país comunitario. Ahora bien, si en algún momento las pretensiones de la naviera fuesen las de participar en una conferencia que sirva al tráfico entre Francia y un país tercero, a tenor de la ley francesa, de nada les valdría estar debidamente establecidas en territorio galo si no cuentan con buques que enarbolen el pabellón nacional.

b) En segundo lugar, hay que señalar que el problema que principalmente plantea la utilización de este criterio, para las navieras establecidas en Francia, es la discriminación que se produce a la hora de resolver las posibles divergencias que surjan en las negociaciones comerciales celebradas de acuerdo con el artículo 2 del Reglamento 954/79. Esta situación ya fue planteada por la Comisión <sup>176</sup> quien puso de manifiesto el hecho de que exigir a las navieras establecidas el uso de buques con bandera francesa obligaba a éstas a operar con buques fletados, produciéndose la discriminación en el momento en el que las negociaciones comerciales no llegaran a buen término y fuese la autoridad francesa la encargada de resolver conforme a su legislación. Ésta discriminación vendría dada por el hecho de que la *Loi 85-541* francesa establece que, en los casos de diferencias entre los intervinientes en la negociación comercial, uno de los criterios a tener en cuenta por la autoridad francesa, a efectos de penalizar, sería el recurso frecuente a los buques fletados.

---

<sup>176</sup> Vid. el Aviso de la Comisión de 28 de febrero de 1985, cit. supra.

c) Por último, el Reglamento 4055/86<sup>177</sup> viene a establecer la libre prestación de servicios en el ámbito del transporte marítimo entre Estados miembros y entre éstos y países terceros, exigiendo el requisito del abanderamiento únicamente en aquellos casos en los que la naviera está establecida fuera de la Comunidad pero controlada por nacionales de un Estado miembro, en cuyo caso sus buques deben estar registrados y abanderados en ese Estado<sup>178</sup>.

Como consecuencia de todo ello, la referencia al pabellón debería haberse planteado de forma genérica, es decir, haciendo referencia a las empresas que se benefician del derecho de establecimiento y usan buques que enarbolan pabellón comunitario<sup>179</sup>.

Por su parte, la Ley italiana<sup>180</sup> acoge una serie de criterios de conexión que también pueden derivar en una noción restringida de compañía naviera nacional. En ella se hace referencia al

---

<sup>177</sup> Este Reglamento será objeto de un análisis pormenorizado en el siguiente capítulo, donde se hará referencia al criterio del registro y abanderamiento en el contexto de la libre prestación de servicios.

<sup>178</sup> Vid. MUNARI, F., "La compagnia marittima...", op. cit. p. 701.

<sup>179</sup> Acerca del criterio del pabellón francés ha sido señalado por MUNARI, F., "La compagnia marittima nazionale nelle prospettive di attuazione del Codice di condotta UNCTAD per le conferenze marittime", Riv.Dir.Int.Priv.Proc., 1987, pp. 655 - 708, que hubiese sido preferible que el legislador francés hubiese adoptado una solución en la que se diese la consideración de nacional a todas las compañías navieras pertenecientes a la Comunidad siempre que éstas respondiesen, en sus respectivos ordenamientos, a los requisitos que Francia exige para sus propias compañías navieras como nacionales, de tal manera que, automáticamente, hubiese salido a la luz el criterio de la bandera del país al que pertenece la compañía.

<sup>180</sup> Vid. Legge 10 luglio 1991, n° 210, en G.U. n° 166 de 19 luglio 1991 y en Dir. Mar., 1991, pp. 885 - 888.

pabellón del buque, si bien esta exigencia, a diferencia de los que ocurre en la Ley francesa, no se recoge al hablar de las compañías que pueden gozar del derecho de establecimiento sino como requisito para tener la consideración de nacional. Concretamente, el legislador italiano establece, en el artículo 3.1, los siguientes criterios: 1) que la sociedad sea constituida en Italia (del texto de la Ley se desprende que la referencia se hace al lugar de constitución y no a la ley bajo la cual se ha llevado a cabo la constitución); 2) que tenga en Italia la sede principal; 3) que utilice habitual y prevalentemente naves de bandera nacional; 4) control directo o indirecto en manos de personas físicas de nacionalidad italiana <sup>181</sup>; o, en el caso de que sean empresas individuales, los titulares, además del requisito de la sede principal y el uso de buques del pabellón nacional, deberán tener nacionalidad y residencia italiana.

En este apartado del artículo 3 el legislador italiano se ha limitado a recoger los criterios que ya venían impuestos por el Código, si bien no lo hace de manera literal, caso de la Ley francesa, sino que los matiza. De esta forma, el criterio del control efectivo queda reforzado con la exigencia del uso de buques que enarbolen pabellón italiano y con el requisito de nacionalidad italiana de aquellos que controlan directa o indirectamente la compañía. De la misma manera, el criterio de la oficina principal se ve reforzado por la exigencia de la sede social en Italia, lugar donde también debe haberse constituido la compañía.

En relación al derecho de establecimiento, la *Legge* n° 210, en su artículo 3.3, establece que tendrán idéntico trato que las

---

<sup>181</sup> En el caso de que se trate de sociedades colectivas o comanditarias, la mayoría de socios deberán tener nacionalidad y residencia italiana [art.3.1.b)].

compañías nacionales italianas aquellas que gocen del derecho de establecimiento según el Tratado constitutivo de la CE, siempre que respondan a los requisitos de nacionalidad de un Estado miembro y cuyo “control efectivo” pertenezca a personas físicas con domicilio o nacionalidad de un Estado miembro. Por lo tanto, este artículo 3.3 recoge la obligación impuesta por el Reglamento 954/79 de respetar el derecho de establecimiento en los términos previstos por el TCE y, a su vez, fija unos criterios de los que se hace depender la obtención de un tratamiento idéntico al de los nacionales. De esta forma, una compañía naviera que cuenta con los requisitos del artículo 58 TCE, y teniendo en cuenta el artículo 52 del mismo Tratado, puede abrir en territorio italiano una establecimiento secundario y participar en las negociaciones comerciales contando con el mismo trato que las nacionales italianas. Ahora bien, en este caso, como hemos visto, se exigirá que la naviera responda a los requisitos de nacionalidad de un Estado miembro y el control recaiga sobre personas físicas nacionales o domiciliadas en Estados comunitarios. Por lo tanto, también ante las exigencias de la Ley italiana resulta necesario recordar que el Programa General requiere que, en caso de que se de únicamente la constitución conforme a la legislación de un Estado miembro y sede social en un Estado miembro, la apertura de establecimientos secundarios pasa por la necesidad de que exista una vinculación efectiva y continuada con la economía de cualquier Estado comunitario, sin que ello pueda hacerse depender de la nacionalidad de los socios o de los miembros de los órganos de gestión y vigilancia. Resulta evidente que el artículo 3.3 de la Ley italiana se aleja de lo dispuesto en el Programa General, y, al respecto, queremos hacer dos puntualizaciones:

a) La primera divergencia con el Programa General se da desde el momento que, en el texto de la Ley, se exigen dos criterios (nacionalidad y control) necesarios en cualquier caso de



establecimiento y, por lo tanto, al margen de que la naviera cumpla con, al menos, tres de los criterios fijados en el artículo 58 TCE.

b) Por otra parte, si la intención del legislador italiano era la de garantizar una vinculación con la economía comunitaria debía haber observado las exigencias del Programa General donde se descartan los requisitos típicos del criterio del control efectivo.

Aún así, los criterios de conexión utilizados por la Ley italiana han sido valorados por CARBONE como una “relación efectiva y concreta” con la economía de un Estado miembro<sup>182</sup>. Si bien, el mismo autor pretende reforzar este criterio haciendo una interpretación conjunta de este precepto, el Reglamento 954/79, y la primera reserva hecha por Italia al ratificar el Código UNCTAD. Como consecuencia de la interpretación propuesta por este autor resultaría necesario el uso de buques según “criterios análogos” a los exigidos para las navieras nacionales, así como también sería necesario que la compañía naviera tuviese en territorio italiano un establecimiento secundario permanente<sup>183</sup>. En este sentido, no resulta claro cuales son las pretensiones del

---

<sup>182</sup> En este sentido se pronuncia CARBONE, S.M., “L’organizzazione dei traffici marittimi tra diritto internazionale..”, *Dir. Mar.*, 1991, pp. 598 - 615.

<sup>183</sup> La primera reserva italiana al Código UNCTAD establece que: “Para la aplicación del Código de conducta, el concepto de “compañía naviera nacional” puede, en el caso de un Estado miembro de la Comunidad Europea, abarcar todas aquellas compañías navieras que utilice barcos establecidas en el territorio de ese Estado miembro de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea”. Al respecto, el profesor CARBONE, S.M., “L’organizzazione dei traffici marittimi...” op. cit., pp. 609 - 610.

citado autor al hablar de “criterios análogos”<sup>184</sup>, pero teniendo en cuenta que la *Legge* n° 210, en su artículo 5.2, a la hora de dirimir las diferencias surgidas entre las navieras durante la celebración de las negociaciones comerciales también tiene en cuenta si los buques son de propiedad o fletados, conviene entender por criterios análogos el enarbolar pabellón comunitario para evitar, como ocurre en Francia, que las navieras con establecimientos secundarios en Italia se vean obligadas a fletar buques con pabellón italiano, y de consecuencia, penalizadas a la hora de solucionar las diferencias con otras navieras.

### **B) Leyes de carácter extensivo. Los casos del Reino Unido y Alemania.**

Frente a lo que ocurre con la *Loi* n°85 y la *Legge* n° 210, las legislaciones del Reino Unido y Alemania se muestran mucho más extensivas a la hora de reconocer como nacional a una compañía naviera, así como dejan más espacio al ejercicio del derecho de establecimiento.

Así, en la *Merchant Shipping Regulations*<sup>185</sup> se sigue el criterio de la constitución conforme a la legislación británica junto a la

---

<sup>184</sup> A lo largo del trabajo de CARBONE, S.M., op. cit. nota anterior, no se desprende con claridad si propone el uso de buques con pabellón italiano o comunitario en general ya que, por una parte dice que la equiparación entre las compañías nacionales y las compañías de los demás Estados comunitarios se da cuando, además de los requisitos del artículo 3.3, el naviera tiene en Italia un establecimiento permanente y hace uso de “naves nacionales”. Por otra parte, acude al Reglamento 4055/86 donde el abandamiento en el Estado de establecimiento no es necesario.

<sup>185</sup> En el Reino Unido *The Merchant Shipping (Liner Conferences) (Conditions for Recognition) Regulations* 1984, apéndice CARBONE, S.M. - MUNARI, F., “Regole e organizzazione...”, op. cit., pp. 216 - 218, en su *sections 2* dice: “... (2) For the purpose of this regulation a shipping line is of British nationality if it is incorporated or formed

necesidad de que el centro principal (“*principal place of business*”) se encuentre en el Reino Unido; o bien, que se trate de empresas navieras constituidas conforme a la legislación de un Estado miembro con “*principal place of business*” en un Estado miembro siendo necesario, en este caso, el establecimiento en el Reino Unido. Vemos que, a diferencia de lo que ocurre con Francia e Italia, no se hace mención a la bandera bajo la que navegan los buques, ni para los supuestos de navieras nacionales ni para el caso de navieras que se benefician del derecho de establecimiento, así como, en momento alguno se acude al criterio del control efectivo, ni para las nacionales ni para las establecidas. En la misma línea se presenta la Ley alemana <sup>186</sup>, donde en el caso de compañías navieras comunitarias ni siquiera se hace referencia a la necesidad del establecimiento.

---

under the law of a part of the United Kingdom. (3) A shipping line shall also be treated as being of British nationality if it is incorporated or formed under the law of another Member State of the European Economic Community and has its principal place of business in any such State, but is established in the United Kingdom...”.

<sup>186</sup> La Ley de ratificación alemana (*Gesetz zu dem Übereinkommen von 6. April 1974 über einen Verhaltenskodex für Linienkonferenzen*), apéndice CARBONE, S.M. - MUNARI, F., “Regole e organizzazione...”, op. cit., pp. 214 - 216, concede al Ministro de transportes en colaboración con los de economía y trabajo la individualización de la compañía naviera nacional a efectos del Código UNCTAD y conforme a dicha ley los criterios a seguir han de ser: se considerarán nacionales a las personas físicas ciudadanas de un Estado comunitario y a las personas jurídicas constituidas de acuerdo con la legislación de un Estado miembro que tengan la sede estatutaria, administración principal o el establecimiento principal en la Comunidad. Por otra parte tendrán la consideración de nacionales las personas físicas que no tengan la nacionalidad alemana o que no tengan el domicilio en Alemania de acuerdo, en ambos casos, con la Ley fundamental, así como las personas jurídicas que no tengan su sede en el territorio alemán siempre y cuando sea garantizada la reciprocidad.

Al hilo de lo expuesto, hay que señalar otro común denominador entre las legislaciones británica y la alemana: en ambas se recoge expresamente el criterio de la reciprocidad, a diferencia de los textos de Francia e Italia. Así, respecto a las navieras no comunitarias, tanto el Reino Unido <sup>187</sup> como Alemania, se acogen a la reciprocidad como criterio a seguir sin necesidad de que, en estos casos, sea necesario el establecimiento en el territorio de estos países. Ahora bien, el hecho de que ni la Ley italiana ni la francesa hagan referencia, en momento alguno, al criterio de la reciprocidad, no quiere decir que no estén obligadas a observarlo, al menos con los países de la OCDE por imperativo del Reglamento 954/79 y las reservas que, en base al mismo, todos los Estados de la U.E. han debido hacer a la aprobación del Código. Si bien, en este aspecto también los británicos y alemanes se muestran más extensivos ya que no se desprende del texto de sus leyes que la reciprocidad se circunscriba únicamente a los países de la OCDE.

Hemos visto que cada ordenamiento perfila los requisitos para determinar la nacionalidad de la compañía naviera en base a las obligaciones que les impone el Código y el Reglamento 954/79, al mismo tiempo que se pretende asegurar en la mayor medida posible una verdadera conexión entre la compañía naviera y el país a cuyo tráfico se pretende servir en condición de nacional.

---

<sup>187</sup> En los puntos 4 y 5 de la *sections 2* de la ley del Reino Unido, se establece la posibilidad de admitir como nacionales compañías navieras de países no comunitarios siempre que en ellos se permita el acceso al tráfico de las navieras comunitarias ("*... effective opportunity to ply for trade ...*").

La existencia de una verdadera conexión también es una intención perseguida por el Código al hacer uso del criterio del control efectivo; si bien, las distintas leyes relativas a su aplicación han pretendido reforzarlo. En las legislaciones de Francia e Italia se ha hecho con el criterio del pabellón del buque, criterio que, en este caso, responde seguramente a la necesidad de proteger la flota nacional, ya que, en ocasiones, puede presentarse una situación en la que varias compañías cumplan los requisitos de control efectivo y oficina principal e incluso otros requisitos como puede ser la constitución en dicho Estado, pero hagan uso de buques que naveguen bajo otro pabellón. Ante una situación de este tipo resulta claro que a pesar de contar con varias compañías con consideración de nacional, incluso compañías de una cierta importancia en el sector, la flota nacional se ve mermada y, por lo tanto, reducida, frente al abanderamiento de los buques en terceros Estados. Ahora bien, la defensa de la flota nacional, del todo legítima, no debería traer como consecuencia la discriminación entre navieras comunitarias.

En este orden de cosas, si descartamos el criterio del control efectivo, de acuerdo con el Programa General ya citado, cabe cuestionarse si existe un lazo efectivo y continuado entre una compañía naviera y la economía comunitaria cuando la primera usa principalmente buques que navegan bajo bandera de un Estado comunitario. La respuesta puede ser afirmativa si partimos de la idea de que el pabellón del buque se presenta como un criterio acertado para asegurar la existencia de ese lazo efectivo y continuado con la economía de un Estado miembro en la medida en que implica que la naviera queda sujeta a legislación fiscal, determinados aspectos de la legislación laboral, etc. del Estado del pabellón. Ahora bien, en ocasiones la matriculación y abanderamiento de un buque en el Registro de un determinado Estado no garantiza una efectiva vinculación entre la naviera y el país del pabellón, sobre todo si tenemos en cuenta que en la

Comunidad existen Segundos Registros (Registros especiales) en los que se ofrecen ventajas fiscales y laborales a las navieras que en ellos inscriben sus buques. Además de estas ventajas hay que tener en cuenta que los requisitos que se exigen a las navieras y que puedan denotar una relación económica con el Estado son mínimas<sup>188</sup>.

Por lo tanto, el criterio del pabellón por sí sólo no tiene por qué constituir una conexión o vinculación efectiva de la compañía naviera y el Estado.

Aún así, tanto si el abanderamiento tiene lugar en un Primer Registro o en un Registro especial, el enarbolar pabellón de un Estado miembro puede considerarse un buen complemento a conjugar cumulativamente con otros requisitos que denoten una conexión entre la naviera y la Comunidad de manera más sólida. De hecho, en el propio Reglamento 954/79 en su reserva nº 1 y en el artículo 2.3 al hablar del establecimiento hace referencia a los buques al decir "... compañía marítima que utilice barcos establecida en el territorio de dicho Estado miembro...". Sin embargo, este precepto carece de una redacción clara, de tal manera que del mismo no se deduce abiertamente si la referencia se hace a barcos abanderados en el Estado donde se establece la compañía o a barcos abanderados en cualquier Estado miembro. Esta imprecisión del Reglamento es la que ha permitido posturas excesivamente férreas, como el caso de Francia, ya que deja espacio libre a los legisladores nacionales para que, sin por ello dejar de cumplir las exigencias comunitarias, perfilen los criterios a adoptar en beneficio de sus flotas. Ahora bien, sería

---

<sup>188</sup> Vid. *infra* en el apartado dedicado al análisis del libre prestación de servicios en el tráfico de cabotaje.

contradictorio interpretar que la alusión al uso de buques se refiere a aquellos abanderados en el Estado de establecimiento ya que vendría a suponer que la propia Comunidad ha introducido en su Reglamento un elemento que puede desembocar en una situación de discriminación cuando fue, precisamente, el interés por evitar situaciones de este tipo las que movieron a la adopción del Reglamento 954/79.

Al hilo de lo expuesto entendemos que el criterio de la nacionalidad del buque puede ser considerado, como refuerzo de otros criterios, válido a la hora de determinar la existencia de un “lazo efectivo y continuado con la economía comunitaria”, pudiendo exigirse a la hora de hacer uso del derecho de establecimiento. Claro está que, dada la imprecisión del Reglamento 954/79, el hecho de que se exija abanderamiento en el Estado de establecimiento, o abanderamiento en cualquier Estado miembro, dependerá de las necesidades de cada Estado de acuerdo con la situación en que se encuentre su flota.

El criterio del pabellón del buque no aparece en ningún momento en el Código a efectos de individualizar la compañía nacional. Los motivos por los que no se ha hecho referencia a este criterio de conexión pueden ser dos: en primer lugar, porque la exigencia cumulativa del criterio del control efectivo y oficina principal de dirección se consideraron como suficientes para asegurar una conexión entre la compañía naviera y el Estado. En segundo lugar, parece del todo lógico que el Código no haga referencia al criterio del pabellón si se tiene en cuenta que la naviera que aspira a obtener la consideración de nacional puede utilizar buques fletados y que, por lo tanto, pueden haber sido fletados a empresas navieras de cualquier nacionalidad y pueden enarbolar cualquier pabellón.

### **C) La situación de España.**

En el Ordenamiento Español aún no ha sido dictada la ley reguladora de la aplicación del Código UNCTAD. De esta forma, en el caso de encontrarnos ante una negociación comercial entre navieras, según los términos del Reglamento 954/79, y fuese la autoridad española la competente para resolver las diferencias surgidas en la negociación sería necesario recurrir a la normativa del Código Civil (artículos 9.11 y 28), así como a la legislación mercantil (artículo 15 del Código de Comercio y art. 5 de la Ley 19/1989 de 25 de julio <sup>189</sup>). Ahora bien, abordar el análisis de estos preceptos supone adentrarnos en un debate doctrinal que supera nuestro objeto de estudio. Por tanto, queremos puntualizar que traer a colación la citada normativa obedece, únicamente, a la intención de poner de manifiesto la situación de España en tanto no se dicte, como en otros Estados Parte del Código, la ley que regule su aplicación.

Hecha esta puntualización, pasamos a ver los criterios de conexión seguidos por nuestro legislador. Por una parte, el art. 28 del C.c., según el cual:

“Las corporaciones, fundaciones y asociaciones reconocidas por la ley y domiciliadas en España gozarán de nacionalidad española siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código. Las asociaciones domiciliadas en el extranjero tendrán en España la consideración y los derechos que determinen los tratados o leyes especiales”.

Han sido varias las interpretaciones dadas a este artículo. Así, algunos entienden que este precepto únicamente se exige el

---

<sup>189</sup> B.O.E. n° 178 de 27 de julio.



requisito del domicilio. Para otros, de este artículo se desprende únicamente la necesidad de que la constitución se lleve a cabo conforme a la legislación española ya que en este precepto del Código Civil se habla de "... concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código". Una tercera corriente <sup>190</sup> considera que el criterio de conexión a seguir es el domicilio-constitución. A esta solución se llega a través de una interpretación conjunta del art. 28 y el art. 9.11 <sup>191</sup> del C.c. donde se establece que:

“la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción” <sup>192</sup>.

Junto a los citados preceptos del Código civil hay que tener en cuenta el artículo 15 del C.com. En este precepto se establece

---

<sup>190</sup> Vid. CALVO CARAVACA, A.L., “Artículo 9, apartado 11”, op. cit., p. 488; PÉREZ VERA, E., “Artículo 9,11”, op. cit., p. 501; DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J., “Artículo 28”, Comentario del Código Civil, T. I, pp. 220 - 223; URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 20ª ed., Madrid, 1993, p. 181

<sup>191</sup> Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., “Artículo 28”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, 1978, p. 775 - 806, quien pone de manifiesto que de acuerdo con las exigencias de nuestro Ordenamiento Jurídico se hace necesario tanto el domicilio como la constitución. Este autor relaciona el art. 28 C.c. no sólo con el art. 9.11 C.c. sino también con otras normas, especialmente del ámbito mercantil.

<sup>192</sup> Este artículo ha sido objeto de críticas en cuanto en él lo que se hace es constatar la necesidad de que las personas jurídicas estén conectadas a un ordenamiento jurídico, al margen de que a este vínculo lo denominemos nacionalidad. Por lo tanto, en el artículo 9.11 se consagra una cuestión que, al menos desde un punto de vista doctrinal, ya no ofrecía problemas. A su vez, se señala que hubiese sido distinto si en este precepto se hubiesen recogidos criterios de conexión que nos permitiesen determinar con claridad cuando estamos ante una persona jurídica española o extranjera. Vid. PÉREZ VERA, E., “Artículo 9. 11”, op. cit. p. 501.

que “los extranjeros y las Compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España...”. Resulta del todo claro que en él se sigue el criterio de la constitución, considerando extranjeras a aquellas compañías constituidas en el extranjero. Siguiendo en el ámbito mercantil, además del artículo 15 del C.com. hay que tener en cuenta la Ley 19/1989, de 25 de julio, con la que se reforma parcialmente la legislación mercantil y se adapta a las directivas comunitarias en materia de sociedades. Concretamente, en su artículo 5 dice:

“1. Serán españolas y se registrarán por la presente Ley, todas las sociedades anónimas que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido.

2. Deberán tener su domicilio en España las sociedades anónimas cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro de su territorio”.

Se hace nuevamente referencia al domicilio como criterio atributivo de la nacionalidad, al establecerse que “serán españolas y se registrarán por la presente Ley todas las sociedades anónimas que tengan su domicilio en territorio español ...”. Este precepto ha sido objeto de distintas interpretaciones por parte de nuestra doctrina:

1. Por una parte, en relación a la expresión “se registrarán” se ha señalado que comprende todos los aspectos relativos a la vida de la sociedad incluida, por lo tanto, la constitución con independencia del lugar en el que se hayan constituido <sup>193</sup>. Por lo

---

<sup>193</sup> Vid. CALVO CARAVACA, A.L., “Artículo 9, apartado 11”, op. cit., p. 489, quien califica esta afirmación del artículo 5.1. como pleonástica en tanto que, aún

tanto, en base al art. 5.1 de la Ley 19/1989 serán españolas las sociedades anónimas constituidas conforme a nuestro Ordenamiento Jurídico (aunque la constitución se haya llevado a cabo en el extranjero) y domiciliadas en España. Conforme a esta interpretación, no cabría, en ningún caso, considerar nacional a la sociedad constituida, tanto en nuestro país como en el extranjero, conforme a la legislación de otro Estado. De acuerdo con esta interpretación, el artículo 5 no varía en nada el criterio mixto domicilio—constitución tradicionalmente mantenido por nuestra doctrina.

2. Por otra parte, GARCÍA LUENGO y SOTO VÁZQUEZ<sup>194</sup> ofrecen un planteamiento novedoso. Concretamente, entienden que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5, el domicilio voluntariamente elegido será el que determine la nacionalidad de la Sociedad Anónima. Ahora bien, al domiciliarse la sociedad en España deberá ajustarse a la normativa de nuestro Ordenamiento Jurídico para poder inscribirse en el Registro Mercantil y adquirir así personalidad jurídica. En el caso de que no se cumpliera con las exigencias de nuestra legislación la sociedad no podría inscribirse y estaríamos ante una sociedad irregular. A este supuesto no le sería de aplicación el artículo 15 del C.com. ya que no estaríamos ante una sociedad extranjera sino ante una sociedad española que para gozar de personalidad jurídica deberá atenerse a los requisitos de nuestra legislación.

---

suprimiéndola, se llegaría al mismo resultado por la vía del artículo 9.11. URÍA, R., op. cit., pp. 181 - 182.

<sup>194</sup>GARCÍA LUENGO, R. - SOTO VÁZQUEZ, R., *El nuevo régimen jurídico de la Sociedad Anónima (Comentarios y Jurisprudencia)*, Granada, 1991, pp. 47 - 51.

En contraposición a esta línea de pensamiento cabe señalar el planteamiento de CHECA MARTÍNEZ <sup>195</sup>, quien en materia de sociedades entiende que la atribución de la nacionalidad española pasa por la necesidad de que estemos ante un ente dotado de personalidad jurídica conforme a nuestro Ordenamiento Jurídico. En el caso de las sociedades anónimas domiciliadas en España la inscripción en el Registro Mercantil se presenta como un requisito constitutivo de la personalidad jurídica, de tal manera que una vez obtenida la personalidad jurídica a través de la inscripción puede atribuirse *ope legis* la nacionalidad española a la sociedad anónima, de otra forma se estaría atribuyendo la nacionalidad española a un contrato de sociedad (arts. 116 y 119 C. com. y 7.1 del T.R. de la Ley de S.A. de 1989).

Al hilo de lo expuesto en relación con el artículo 5.1 resulta conveniente recordar la necesidad de que este precepto sea interpretado, no sólo en relación con el artículo 9.11 C.c., sino también en relación con el 81.1 del Reglamento del Registro Mercantil <sup>196</sup> conforme al que, entre otras, las sociedades mercantiles, las sucursales de sociedades extranjeras y las sucursales extranjeras que trasladen su domicilio a España deberán obligatoriamente inscribirse en el Registro Mercantil.

Siguiendo con el artículo 5 del TR de la Ley de S.A. de 1989, hay que hacer referencia a la novedad que supuso el punto 2 del este artículo al exigir que tengan su domicilio en España las

---

<sup>195</sup> Vid. CHECA MARTÍNEZ, M., "La ley 19/1989 de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil en materia de sociedades: la nacionalidad de la sociedad anónima", R.E.D.I., 1989, pp. 662 - 664.

<sup>196</sup> B.O.E. nº 313 de 30 de diciembre de 1989.

sociedades anónimas que tengan su principal establecimiento o explotación en nuestro territorio, siendo ésta la primera vez que aparece en nuestro Ordenamiento Jurídico el criterio del centro de explotación como atributivo de la nacionalidad <sup>197</sup>.

Ante este punto 2 del artículo 5 se ha puesto de relieve <sup>198</sup> la dificultad que supone precisar si el centro de explotación que se encuentra ubicado en nuestro territorio es realmente el principal. Esta dificultad, sin lugar a dudas, da pie a la posibilidad de que se lleven a cabo fraudes legales. Cabe cuestionarse qué ocurriría si una sociedad constituida conforme a una legislación extranjera fija su establecimiento principal o explotación en España. Conforme a este precepto sería obligatoria su domiciliación en nuestro país, domiciliación que implicaría, a su vez, tener nuevamente en cuenta lo establecido en el apartado 1 del mismo artículo <sup>199</sup>. En este caso caben dos alternativas:

---

<sup>197</sup> CALVO CARAVACA, A.L., "Las personas jurídicas", op. cit. pp. 89 - 90, nos ofrece un comentario de este precepto calificado por el propio autor de urgencia. De acuerdo con el mismo, el legislador ha querido, a través de este precepto, asegurar la imperatividad del ordenamiento español.

<sup>198</sup>GARCÍA LUENGO, R. - SOTO VÁZQUEZ, R., op. cit. p. 49; ARENAS GARCÍA, R. "La *lex societatis* en el Derecho de las sociedades internacionales" Derecho de los Negocios, 1996, núm. 70/71, pp. 11 - 26.

<sup>199</sup> En este sentido señala BLANCO FERNÁNDEZ, J.M., "La nacionalidad de la sociedad en la Ley de Sociedades Anónimas", R.D.M, 1992, pp. 425 - 265, que esta disposición carece de rigor ya que lo que con ella se pretende no es que las sociedades extranjeras tengan aquí su domicilio sino que se constituyan como sociedades de derecho español. Si bien, siempre en palabras del citado autor, no se trata únicamente de una pretensión ya que puede darse el caso de que una sociedad constituida conforme a una legislación extranjera tenga en España su principal establecimiento y la Ley lo único que haría sería no reconocerla y considerarla una sociedad colectiva, civil o empresario individual, según el caso.

Un planteamiento estrictamente formal, siguiendo el criterio mixto domicilio—constitución, supondría fraccionar en dos momentos su desarrollo: desaparición y nueva constitución de la sociedad conforme a nuestra legislación. En este sentido, como señala GUZMÁN ZAPATER<sup>200</sup> sería aconsejable una formulación flexible por motivos de economía, al mismo tiempo que se permita garantizar la mayor seguridad jurídica posible en aras de evitar fraudes legales<sup>201</sup>.

Por el contrario, siguiendo el planteamiento de GARCÍA LUENGO y SOTO VÁZQUEZ<sup>202</sup> una vez acreditado que el centro de explotación principal se encuentra en España, así como su domicilio, se entenderá que estamos ante una sociedad española que de no inscribirse en el Registro Mercantil tendría la consideración de sociedad irregular.

Centrándonos ahora en el tema específico de las compañías navieras, y teniendo en cuenta los criterios de nuestro Ordenamiento Jurídico, resulta evidente que, como ya se manifestó anteriormente, estos criterios no se acercan a aquellos seguidos por el Código UNCTAD que, junto a la oficina principal de dirección, fija el criterio del control efectivo,

---

<sup>200</sup> Vid. GUZMÁN ZAPATER, M., op. cit., p. 56

<sup>201</sup> Sobre el cambio de domicilio hay que tener en cuenta el R.R.M., donde se prevé tanto el supuesto de cambio de domicilio de España al extranjero, como el caso opuesto. Para el primer supuesto el art. 20 se remite a los Convenios internacionales vigentes en España. Para el segundo, el art. 273 establece la necesidad de hacer “constar en la primera inscripción todos los actos y circunstancias que sean de consignación obligatoria conforme a la normativa española y se hallen vigentes el Registro extranjero”.

<sup>202</sup> Op. cit., p. 50.

estando, por lo tanto, a la nacionalidad de los socios o, en su caso, a la nacionalidad de quien detenta el poder económico dentro de la compañía.

En base a lo expuesto, cabe preguntarse si esta falta de coincidencia podría llevar a nuestro legislador, a efectos de la aplicación del Código por parte de España, a un abandono de los criterios seguidos por nuestro Ordenamiento Jurídico para determinar la nacionalidad de las personas jurídicas y establecer, en la futura ley relativa a la aplicación del Código, unos criterios que, indiscutiblemente deberán respetar el contenido de las reservas hechas en base al Reglamento 954/79. La respuesta, a nuestro entender, debe ser afirmativa sobre todo si tenemos en cuentas dos aspectos:

1. Al margen de que los criterios de conexión utilizados por nuestro legislador para determinar la nacionalidad de las personas jurídicas sean más o menos criticables, por la falta de claridad, precisión, etc., es necesario que España, al igual que otros Estados partes del Código UNCTAD dicte su propia normativa relativa a la aplicación del mismo en la que se contemplen las exigencias del Capítulo 1º de Código. En todo caso, de considerarse oportuno, los criterios de control efectivo y oficina principal podrían reforzarse con el criterio del pabellón nacional en aras de defender nuestra mermada flota mercante<sup>203</sup>. O, en todo caso, mantener la línea de seguida por nuestro

---

<sup>203</sup> Si bien, no sería de extrañar que, en el momento en el que nuestro legislador se decida a dictar la normativa *ad hoc*, para la aplicación del Código UNCTAD, se decante por criterios férreos en tanto que la situación de la flota mercante española no es del todo positiva. De hecho nuestro país ha abierto una vía encaminada al aumento de buques que enarbolan pabellón nacional y, también como defensa de los intereses de nuestras navieras, ha solicitado medidas de salvaguardia ante la entrada en vigor de

ordenamiento jurídico reforzada con los dos criterios que exige el Código. En el caso de las navieras que se benefician del derecho de establecimiento sería aconsejable que, de acudir al criterio del pabellón, se hiciese en sentido amplio; es decir, pabellón de cualquier Estado miembro.

2. Por otra parte, también sería necesario que nuestro legislador dictase la ley sobre aplicación del Código para garantizar el respeto de las exigencias del Reglamento 954/79, teniendo en cuenta la necesidad de que se mantenga una conexión entre los establecimientos secundarios que se abren en España y la economía comunitaria ya que es esta la situación en la que, con más posibilidades, podría darse una situación conexión ficticia con la U.E.

#### **IV. Definición común de armador comunitario.**

Hasta aquí hemos hablado de la compañía naviera nacional a efectos de la aplicación del Código UNCTAD. Así, se ha puesto de manifiesto las divergencias en las que se puede incurrir dentro del marco de la U.E. debido a la diversidad de criterios que barajan los legisladores internos y, sobre todo, los distintos matices con los que cada legislador refuerza el derecho de establecimiento. De esta forma, en caso de que las compañías navieras que forman parte de una negociación comercial, a efectos del ingreso de una nueva compañía en una conferencia marítima o, en su caso, a efectos de la creación de una conferencia nueva, no llegasen a un acuerdo y, de consecuencia, debiese resolver un Estado miembro conforme a su legislación, el

---

aquella normativa comunitaria que pudiera perjudicar la situación de nuestra flota. Vid. infra la exégesis del Reglamento 3577/92.



resultado variaría según se aplicase la legislación de uno u otro Estado.

Con todo, resulta evidente que las pretensiones comunitarias de actuación conjunta en el marco de la organización del mercado del transporte marítimo internacional están lejos de cumplirse. Una actuación conjunta frente a terceros, Estados o particulares, resulta bastante compleja cuando no existe una previa armonización en el interior de la U.E.

Es indudable que en el marco comunitario existe conciencia de este problema, y en previsión del mismo se presentó el Proyecto de directiva relativo a una común interpretación del concepto de compañía marítima nacional <sup>204</sup>. Este Proyecto, que no llegó a prosperar, también giraba entorno a la necesidad de armonizar el concepto en vistas al Código y el Reglamento 954/79. Por otra parte, la Comunidad nos ofrece definiciones de armador comunitario en los Reglamentos de 1986 <sup>205</sup> pero aclarando que estas definiciones son válidas única y exclusivamente a efectos de la aplicación de los Reglamentos que las contengan. La U.E. es consciente de la necesidad de una definición de común de armador comunitario, no sólo a efectos del código UNCTAD, o en relación a cuestiones concretas, sino que debe tratarse de una definición única y válida para todos los aspectos del transporte marítimo sin perjuicio de que, como se verá, hayan cuestiones muy puntuales en cuya regulación se recoja un concepto de armador comunitario. Ante esta necesidad, la Comisión ha presentado una propuesta de Reglamento sobre una

---

<sup>204</sup> Vid. supra.

<sup>205</sup> Vid. infra.

definición común de armador comunitario <sup>206</sup>. Aunque de momento se trata únicamente de una propuesta, queremos analizar su contenido ya que el Parlamento Europeo ha instado a la Comisión para que mantenga esta propuesta y al Consejo para que la adopte sin demora <sup>207</sup>.

De acuerdo con la propuesta modificada de Reglamento todas las referencias que se hagan en la legislación comunitaria al “armador comunitario” deberán interpretarse, a menos que se especifique otra cosa, de acuerdo con los artículos 4 y 5 del Reglamento que se propone. Dos posibles especificidades podrían venir dadas por el concepto de armador comunitario en cuanto beneficiario del Reglamento 4057/86 <sup>208</sup> y beneficiario de ayudas estatales. Al menos así los estima apropiado la Comisión en su Comunicación “Hacia una nueva estrategia marítima” <sup>209</sup>.

Dentro de la definición de armador comunitario que se propone se incluyen tanto las personas físicas como jurídicas, ya

---

<sup>206</sup> Propuesta modificada de Reglamento (CEE) del Consejo sobre una definición común de armador comunitario (91/C 73/10) COM (91) 54 final (presentada por la Comisión con arreglo al apartado 3 del artículo 149 del Tratado CEE el 27 de febrero de 1991), D.O.C.E. N° C 73 de 19 de marzo de 1991, pp. 25 y ss. La propuesta inicial data de 1989, D.O.C.E. N° C/263 de 16 de octubre de 1989, pp. 16 y ss.

<sup>207</sup> Resolución sobre la propuesta de Reglamento (CEE) del Consejo sobre una definición común de armador comunitario COM (89)0266-C3-0126 y COM (91)0054, D.O.C.E. N° C 268 de 4 de octubre de 1993, pp. 170 y ss.

<sup>208</sup> Vid. infra.

<sup>209</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité económico y Social y al Comité de las Regiones, Bruselas, 13.03.1996, COM (96) 81 final.

presten servicios de línea regular o esporádicos en el sector del transporte de pasajeros y mercancías. Los buques utilizados por la naviera deberán ser de su propiedad o, en su caso, fletados (fletamento a casco desnudo).

En relación a los servicios esporádicos mencionados en esta propuesta de Reglamento debemos entender que se trata de servicios *tramp* caracterizados, como ya señalamos al inicio, entre otras cosas, por la falta de regularidad.

En el caso de que se trate de una persona física se exige que sea nacional de un Estado miembro y tenga su domicilio o residencia habitual en un Estado miembro (art.4.1.a). Si el nacional de un Estado miembro tuviese su domicilio o residencia habitual fuera de la Comunidad deberá ser propietario de un buque matriculado en un Estado miembro conforme a la legislación del mismo (art. 4.2.a).

Cuando se trata de una compañía, de acuerdo con el artículo 4.2 a) y b), ésta deberá estar constituida con arreglo a la legislación de un Estado miembro y además cumplir con dos requisitos: 1. sede central y control efectivo en un Estado miembro. 2. Los miembros del consejo de administración o sus administradores deberán ser en su mayoría nacionales de un Estado miembro y tener su domicilio o residencia habitual en la Comunidad o bien que nacionales de los Estados miembros posean una participación superior al 50% o acciones de la sociedad en un porcentaje superior al 50% del capital total de la misma. (art. 4.1.b). En este caso, en el que la compañía se ha constituido conforme a la legislación de un Estado miembro se exige de manera cumulativa dos criterios: la sede central y el control efectivo. Del texto de la propuesta de Reglamento se desprende que los criterios del control administrativo y el control financiero, alternativamente, son un tercer criterio más a unir

cumulativamente con los dos anteriores. Dando una primera interpretación de este proyecto se puede llegar a considerar que el art. 4 cae en una reiteración ya que al exigir el control efectivo se entiende que será administrativo o financiero. Por lo tanto, estos dos criterios, control administrativo y control financiero, deben entenderse como dos alternativas para que se de el control efectivo exigido.

Si la constitución de la compañía obedeciera a la legislación de un país tercero, en ésta los nacionales de Estados miembros deberán tener una participación en un porcentaje superior al 50% o ser propietarios de acciones en un porcentaje superior al 50% y, a su vez, la compañía deberá ser propietaria de un buque matriculado en un Estado miembro conforme a su legislación (art. 4.2.b). En este supuesto, el control efectivo deberá ser de tipo financiero y se refuerza con la exigencia de la matriculación del buque en aras de crear una mayor vinculación económica con la Comunidad.

Es evidente que la consideración de una compañía como comunitaria dependerá de la vinculación económica de ésta con la Comunidad <sup>210</sup> En cualquier caso, se trata, como apuntamos, de una propuesta.

Por lo tanto, para los Estados comunitarios que se han adherido al Código UNCTAD se sigue manteniendo la situación expuesta. En relación con otros aspectos del tráfico marítimo habrá que estar a la definición contenida en el reglamento o directiva encargado de regular la situación de que se trate.

---

<sup>210</sup> Vid. cuarto considerando de la propuesta de Reglamento.

**PARTE II**  
**LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE**  
**INTERVENCIÓN DEL MERCADO: SU**  
**INCIDENCIA**  
**EN LAS RELACIONES JURÍDICO-PRIVADAS**

**CAPÍTULO VII**  
**LA INTEGRACIÓN COMUNITARIA AD**  
***EXTRA.***

## **I. Introducción.**

La labor de la U.E. en relación a la organización del mercado del transporte marítimo internacional no se ha ceñido únicamente a la acción conjunta a seguir frente a los Convenios internacionales procedentes de otros foros. El transporte marítimo, tanto internacional como intracomunitario, ha planteado otros problemas en el marco comunitario. Así, ha sido necesario regular la aplicación de los principios generales del TCE a este sector del mercado. La protección de la libre competencia en el mercado frente a las prácticas colusorias, la represión del *dumping* en el sector servicios, han sido reguladas por la vía del derecho derivado. La regulación de estos aspectos en el mercado que nos ocupa ha supuesto, no sólo una integración comunitaria *ad extra*, sino que también ha dado pie a la aparición de una serie de consecuencias jurídico-privadas derivadas de la aplicación de la normativa comunitaria. En un primer momento vamos a exponer sucintamente las discusiones iniciales acerca de la aplicación de los principios generales del TCE al transporte marítimo, seguidamente veremos el contenido de los Reglamentos a través de los que se especifica las modalidades de aplicación de estos principios generales al transporte marítimo para, en un segundo momento, analizar esas consecuencias jurídico-privadas.

## **II. Aplicación de los principios generales del TCE al transporte marítim**

Si bien es cierto que la aplicación de los principios comunitarios al transporte marítimo y aéreo fue una cuestión muy discutida actualmente no ofrece problemas y se considere un tema superado <sup>211</sup>. Aún así, conviene hacer un recorrido por lo que fue la discusión acerca de la situación de estas dos modalidades de transporte ante los principios recogidos en el TCE. En un momento inicial se llegó a hablar de una completa exclusión de los transportes en general, y, por lo tanto, del marítimo, de la operatividad del Tratado. Los defensores de esta tesis argumentaban que el art.2 del Tratado al hablar de una “progresiva aproximación de las políticas económicas”, a conseguir a través de los diversos medios recogidos en el art. 3, manifiesta la necesidad de una política común, sin que ello comportase la necesidad de un mercado común en el sector que nos ocupa. Las críticas hacia esta posición no tardaron en aparecer y se basaron, principalmente <sup>212</sup>, en la imposibilidad de llevar a cabo una unificación económica, como se pretendía en el ámbito comunitario, excluyendo de esta unificación un sector tan importante y necesario para las aspiraciones comunitarias como es el de los transportes.

---

<sup>211</sup>Esta discusión inicial marcó el posterior desarrollo de la normativa comunitaria en materia de transporte marítimo.

<sup>212</sup> Otro argumento en contra encontró su apoyo en el art. 61.1 del Tratado. Si éste excluye el sector de los transportes de las reglas generales referentes a la libre prestación de servicios, y a lo largo del texto no aparecen otras exclusiones referentes a los demás principios generales será porque éstos son de aplicación, de lo contrario dicho artículo sería superfluo. GUELFU, C., “La Comunità Economica Europea ed i trasporti aerei”, Riv. Dir. Int., 1965, pp. 585 y ss.



Una segunda tesis, seguida por la mayoría de los Estados miembros, pretendió que sólo el transporte marítimo y aéreo quedase fuera del ámbito de aplicación de los principios generales del Tratado. Una exclusión en este sentido vendría dada por el art. 84 del Título IV Parte II dedicado a los transportes; en base al art.84.1<sup>213</sup> se daría, no sólo una exclusión del sector marítimo y aéreo de las disposiciones del Título, sino que supondría también una exclusión del ámbito de los principios generales. Sólo siguiendo lo establecido en el art.84.2<sup>214</sup> cabría que el transporte marítimo (y aéreo) quedase dentro de la esfera de operatividad del Tratado. Resulta evidente que el apoyo de los Estados miembros a esta tesis se debía a la intención de los mismos de evitar que los órganos comunitarios tuviesen competencias en materia de transportes marítimo y aéreo.

Frente a este planteamiento inicial el Parlamento Europeo y la Comisión adoptaron una posición claramente favorable a la aplicación de los principios comunitarios al sector del transporte marítimo y aéreo (lo cual queda reflejado en el Memorándum presentado por la Comisión al Consejo, Doc. VII/COM (61), 50 de 10 de abril de 1961). Se estimó que el art. 84.2 del Tratado se refería únicamente a las disposiciones del Título IV regulador de los transportes; por lo tanto, el hecho de que el transporte marítimo quedase excluido de las disposiciones del Título IV no supondría que quedase fuera del ámbito de aplicación del resto

---

<sup>213</sup> Art. 84.1: "Las disposiciones del presente título se aplicarán a los transportes por ferrocarril, carretera o vías navegables".

<sup>214</sup> Art. 84.2: "El Consejo, por mayoría cualificada, podrá decidir si, en qué medida y de acuerdo con qué procedimiento podrán adoptarse disposiciones apropiadas para la navegación marítima y aérea. Se aplicarán las normas de procedimiento de los apartados 1 y 3 del artículo 75".

del Tratado; en consecuencia, el transporte marítimo y aéreo, al igual que el resto de los transportes, queda sujeto a los principios generales del Tratado. Sólo en caso de expresa exclusión, por ejemplo la contenida en el art.61.1 <sup>215</sup>, los transportes quedarían fuera de la aplicación de los principios generales.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la CE de 4 de abril de 1974 <sup>216</sup> vino, no sólo a reforzar la tesis apenas expuesta, sino

---

<sup>215</sup> Sobre la exclusión contenida en el art. 61.1, conforme al cual los transportes quedan fuera del ámbito de aplicación de los principios generales sobre libre prestación de servicios, quedando tal materia sujeta a lo previsto en el art. 75.1 letras a) y b), el Gobierno holandés entendió que de acuerdo con el art. 8.7 del Tratado una vez expirado el período transitorio entrarían en vigor el conjunto de normas previstas y se aplicarían las medidas necesarias para establecer el mercado común, no existiendo razón para que el sector de los transportes quedase fuera de ello. Según dicho Gobierno la falta de disposiciones de ejecución expresamente previstas por el Tratado nunca habían constituido un impedimento para la aplicación de las normas generales y principios básicos del Tratado. Como consecuencia de ello, una vez expirado el período transitorio las disposiciones sobre libre prestación de servicios serían de aplicación al sector de los transportes. Aplicando directamente los artículos 59 y 60 a los transportes se puede alcanzar los objetivos de una política común de transportes sin necesidad de ninguna actuación por parte del Consejo. Esta postura la mantuvo el Gobierno holandés en el caso Parlamento Europeo c. Consejo de las Comunidades Europeas, S.T.J.C.E., 22 de mayo de 1985, asunto 13/83, Parlamento Europeo c. Consejo de las Comunidades Europeas, *Recueil*, 1985, pp. 1513 - 1603. Al respecto el Tribunal de J. decidió que el Consejo había violado el Tratado al abstenerse de garantizar la libre prestación de servicios en materia de transportes, siendo por lo tanto necesaria una actuación de dicho órgano al respecto.

<sup>216</sup> S.T.J.C.E., 4 de abril de 1974, asunto 167/73, Comisión c. República Francesa, *Recueil*, 1974-3, pp. 359 -381. En este caso, en base a ciertas disposiciones del Ordenamiento Jurídico Francés, en los buques de bandera francesa los puestos de puente, de máquina, del servicio radiotelegráfico y tres cuartas partes del servicio total de

que supuso la apertura de una nueva etapa del sector marítimo y aéreo en el ámbito comunitario. GIARDINA <sup>217</sup> previó que la consecuencia de esta nueva etapa sería “la adopción por parte del Consejo de las decisiones previstas en el art.84.2 con el fin de evitar una automática y demasiado rígida aplicación en tales sectores de los principios comunitarios”. Si bien las previsiones del profesor GIARDINA resulta de lo más lógico, la situación se desarrolló por otros cauces. El Consejo no se apresuró a la hora

---

abordo venía reservado a ciudadanos franceses. La Comisión mantuvo que tales disposiciones eran contrarias al art. 48 del Tratado -libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad- y al Reglamento 1612/68, especialmente su art. 4 según el cual a los ciudadanos miembros de la Comunidad no se le podrán aplicar las disposiciones internas que supongan una limitación en número o en porcentaje para los trabajadores ocupados en una cierta actividad. La República Francesa mantuvo que no aplicó a los ciudadanos comunitarios su normativa interna en materia de trabajadores del sector marítimo, a pesar de que ésta estaba en vigor, en respeto de una Directiva verbalmente impartida a los responsables de los servicios marítimos, la cual imponía un trato igualitario entre los ciudadanos comunitarios; alegando además que en cualquier caso la normativa comunitaria en materia de libre circulación de trabajadores no sería de aplicación al sector de los transportes marítimos en tanto la Comisión no actuase lo previsto en el art. 84.2 del Tratado. El T.J.C.E. interpreta el art. 84.2 entendiendo que éste excluye al transporte marítimo y aéreo de la aplicación del contenido del Título IV de la Parte Segunda del Tratado pero no del resto del mismo, siendo por lo tanto de aplicación a los transportes en general, incluidos marítimo y aéreo, los principios generales del Tratado. Por otra parte, estimó que, tanto el art. 48, como el Reglamento 1612/68, eran directamente eficaces en el Ordenamiento Francés (así como en los demás Estados miembros), y el hecho de que no se hubiese modificado la normativa interna objeto de discusión había creado una situación de incerteza para los trabajadores comunitarios interesados.

<sup>217</sup> Vid. GIARDINA, A., “La Corte Europea ed i trasporti marittimi ed aerei”, *Trasporti*, nº5, 1979, pp. 59 - 61.

de actuar lo previsto en el citado artículo a pesar de que la Sentencia del 4 de abril de 1974 había asentado la pauta a seguir. De hecho, el T.J.C.E. en la Sentencia de 30 de abril de 1986<sup>218</sup> pone de manifiesto la mora del Consejo a la hora de adoptar una política comunitaria para el transporte marítimo y aéreo.

Y fue en ese mismo año, 1986, cuando la Comisión aprobó un paquete de Reglamentos<sup>219</sup> encaminados a regular las actividades relativas al transporte marítimo y especialmente las cuestiones que se suscitaron a raíz de la proliferación del tráfico marítimo conferenciado, Reglamentos que analizaremos en los sucesivos apartados.

Por lo tanto, si la consecución de un “mercado común” y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros conlleva, entre otros, el establecimiento de

---

<sup>218</sup> Asunto 209-213/84. *Ministère public c. L. Asjes et autres, A. Gray et autres, J. Maillot et autres et L. Ludwig et autres. Recueil*, 1986, pp. 1425 y ss. En la cual se trató el tema referente a la aplicación de los principios generales del Tratado sobre competencia al sector del transporte aéreo. Sobre esta sentencia vid. infra.

<sup>219</sup> Reglamento CEE n° 4055/86 del Consejo de 22 diciembre 1986. Aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros. D.O.C.E. L 378, de 31 diciembre 1986. Reglamento CEE n° 4056/86 del Consejo, de 22 diciembre 1986. Determina las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado a los transportes marítimos, D.O.C.E. L 378 de 31 diciembre 1986. Reglamento (CEE) núm. 4057/86 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativo a las prácticas de tarifas desleales en los transportes marítimos. D.O.C.E. de 31 de diciembre de 1986. Reglamento (CEE) n° 4058/86 del Consejo, de 22 diciembre 1986. Acción coordinada con objeto de salvaguardar el libre acceso al tráfico transoceánico. D.O.C.E. 4654 de 31 de diciembre de 1986.

“una política común en el sector de los transportes” (arts. 2 y 3 TCE) y quedando fuera de discusión que el transporte marítimo está sujeto a los principios y objetivos del Tratado, conviene analizar las vías seguidas por la U.E. para alcanzar la política común el sector que nos ocupa. Concretamente nos centraremos en aquellas medidas que, formando parte de la política común del transporte, están directamente relacionadas con la organización del mercado del transporte marítimo y, a su vez, suponen una integración comunitaria *ad extra* en esta materia.

### **III. La libre prestación de servicios y el tráfico marítimo internacional.**

En el Reglamento 4055/86 se regula la eliminación de las restricciones internas para el tráfico de determinadas mercancías en favor de los buques que navegan bajo pabellón nacional; así como la política de restricción, o en su caso eliminación, de acuerdos bilaterales sobre reparto de carga con países no comunitarios.

#### **1. Ámbito de aplicación.**

El Reglamento establece su ámbito de aplicación en el artículo 1, apartados 1 y 2. De acuerdo con este precepto el Reglamento sobre libre prestación de servicios será de aplicación a las siguientes armadores: por una parte, a los nacionales de los Estados miembros que estén establecidos en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenezca la persona a la que van dirigidos los servicios (art. 1.1). Por otra parte, a los nacionales de los Estados miembros establecidos fuera de la Comunidad y a las compañías navieras establecidas fuera de la Comunidad y controladas por nacionales de un Estado miembro con la condición de que los buques estén registrados en ese Estado miembro con arreglo a su legislación (art. 1.2).

Ante lo establecido en este primer artículo lo primero que cabe destacar es que, del texto del Reglamento, se desprende que el requisito del registro de los buques en un Estado miembro conforme a su legislación no se hace necesario en el primer supuesto<sup>220</sup>. Por lo tanto, el requisito del Registro es únicamente exigible cuando los nacionales comunitarios, o las compañías navieras controladas por comunitarios, están establecidas fuera del territorio de la U.E.

Por otra parte, y siempre dentro del ámbito de aplicación del Reglamento, es necesario tener en cuenta la ampliación dada por

---

<sup>220</sup> En este sentido hay que tener presente la Sentencia del T.J.C.E. de 17 de mayo de 1994, asunto C.18/93, *Corsica Ferries s.r.l. c. Cuerpo de pilotos del Puerto de Génova*, *Recueil*, 1994-5, pp. 1783 - 1827. La compañía *Corsica Ferries* prestaba un servicio de línea entre Génova y Córcega con naves que enarbolaban bandera panameña, no pudiendo por ello acogerse al sistema de tarifas reducidas en vigor en Italia para las naves admitidas al cabotaje marítimo, es decir, transporte entre puertos italianos (reducciones del 30% y del 50% si se trataba de naves de línea), las cuales debían navegar bajo bandera italiana. No pudiendo gozar de este sistema de tarifas reducidas la compañía *Corsica Ferries* tuvo que pagar la tarifa base. *La Corsica Ferries* pretendía la devolución por parte del Cuerpo de pilotos del Puerto de Génova (Cuerpo que se encargaba de establecer las tarifas de pilotaje posteriormente aprobadas por el Ministerio de la Marina Mercante) de la diferencia entre tarifa base y tarifa reducida. El Tribunal de Génova instó al Tribunal de Justicia para que resolviese una serie de cuestiones preliminares. Dando respuesta a una de las cuestiones, el Tribunal se pronuncia sobre el ámbito de aplicación del Reglamento, por una parte *ratione materiae* considerando que del texto del Reglamento (art.1) se desprende que se aplica al transporte marítimo intracomunitario del tipo que se trata en la causa principal. Por otra parte, *ratione personae* poniendo de manifiesto que el artículo 1 hace referencia a los ciudadanos de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro distinto de aquel al que van destinados los servicios sin hacer referencia a la matriculación o a la bandera de la/s nave/s utilizadas por la compañía naviera.

el artículo 7 en virtud del cual la aplicación de este Reglamento puede ser extendida “a los nacionales de un país tercero que presten servicios de transporte marítimo y estén establecidos en la Comunidad”. Esta extensión podrá hacerla el Consejo “actuando de conformidad con las condiciones establecidas en el Tratado”.

El apartado 3 del artículo 1 dispone que los artículos 55 a 58 y 62 del Tratado (reguladores de la libre prestación de servicios) son de aplicación a la materia regulada por este Reglamento, lo cual da lugar, y así lo ha manifestado en varias ocasiones el T.J.C.E., a que este Reglamento pueda ser invocado, no sólo por los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro distinto del destinatario de los servicios, sino también por empresas marítimas frente al Estado en que estén establecidas en el caso de que presten servicios a destinatarios establecidos en otro Estado miembro <sup>221</sup>.

Ahora bien, la realización del principio de libre prestación de servicios se puede encontrar con inconvenientes derivados de las legislaciones internas de los Estados miembros. Así, resulta de gran interés tener en cuenta la S.T.J.C.E. de octubre de 1994 <sup>222</sup>, en la que se reconoce que para la realización del principio de libre prestación de servicios constituye un obstáculo el distinto

---

<sup>221</sup> Sentencia T.J.C.E. *Corsica Ferries* c. Cuerpo de pilotos del puerto de Génova, cit. supra, concretamente en su considerando 30. Sentencia T.J.C.E. de 5 de octubre de 1994, asunto C/381/93, Comisión de la C.E. c. República francesa, *Recueil*, 1994, pp. 5141 y ss., concretamente en el considerando 14. Sentencia T.J.C.E. de 14 de julio de 1994, procedimiento penal contra *Matteo Peralta*, asunto C-379/92, *Recueil*, 1994-I, pp. 3453 - 3506.

<sup>222</sup> Sentencia del T.J.C.E. de 5 de octubre de 1994, Comisión de las Comunidades Europeas c. República francesa, cit. supra.

trato recibido por los operadores del tráfico, aún cuando este trato desigual no responda a criterios de nacionalidad. En el caso en cuestión Francia distinguía dos tipos de tráfico: por una parte, el tráfico con salida y destino a puertos franceses (tanto continentales como insulares); por otra, el tráfico con salida o destino a otros puertos comunitarios. Al primer tipo de tráfico, conforme a la legislación interna, se le imponía unas tasas a pagar por el uso de las instalaciones portuarias inferiores a aquellas que debían pagar, por el mismo concepto, los operadores que servían al tráfico entre puertos comunitarios <sup>223</sup>. En su defensa el Gobierno francés expone que el Reglamento 4055/86 solamente es de aplicación al tráfico intracomunitario y al tráfico entre Estados comunitarios y países terceros, siendo de aplicación en lo que respecta al principio de libre prestación de servicios en materia de tráfico interno, cabotaje, el Reglamento 3577/92 <sup>224</sup>, que en materia de tráfico regular de pasajeros y transbordadores (tipo de tráfico al que se refiere el asunto) no entra en vigor hasta el 1 de enero de 1999. Si bien es cierto que Francia no discriminaba a los operadores por razón de nacionalidad, ya que las tasas a pagar dependen del tipo de tráfico y no del hecho que el operador sea francés o nacional de otro Estado miembro, el Tribunal entiende que el Reglamento 3577/92 invocado por el

---

<sup>223</sup> Conforme al Código francés de Puertos Marítimos, en el caso de tráfico marítimo de pasajeros entre puertos de la Francia metropolitana se exige el pago de un canon por el embarque de los pasajeros, mientras que para el tráfico de pasajeros intracomunitario, no sólo el canon es superior, sino que ha de pagarse dos veces, una por el embarque y otra por el desembarque.

<sup>224</sup> Reglamento CEE n° 3577/92 del Consejo de 7 de diciembre de 1992 por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo), D.O.C.E. n° L 364 de 12 de diciembre de 1992. Acerca del contenido de este Reglamento y sus aspectos más relevantes vid. infra.



Gobierno francés regula el acceso de los prestadores de servicios de los demás Estados miembros al cabotaje marítimo, pero no establece las normas que deben aplicarse en los transportes marítimos entre Estados miembros. En este sentido el Tribunal pone de manifiesto que “imponer a los transportes marítimos entre Estados miembros cargas más pesadas que las que gravan los transportes internos equivaldría a privar la aplicación del régimen de la libre prestación de servicios en los transportes marítimos entre Estados miembros establecidas por el Reglamento 4055/86, de una parte de su efecto útil”. Es decir, una normativa interna que haga distinciones entre tráfico interno y tráfico intracomunitario (aunque no lo haga en base a la nacionalidad de los operadores del tráfico) proporcionando ventajas al tráfico interno supone una restricción de la libre prestación de servicios prohibida por el Reglamento que estamos analizando. Por lo tanto, no cabe que la normativa interna obstaculice o impida el ejercicio de la libre prestación de servicios haciendo distinciones entre tráfico interno (cabotaje) tráfico intracomunitario.

## **2. Incidencia en el Derecho interno de los Estados miembros.**

Una vez visto el ámbito de aplicación y los beneficiarios del Reglamento conviene detenerse en su art. 2 donde se fija un calendario conforme al cual deberán ir eliminándose las restricciones impuestas al transporte de determinados productos reservados, sea total o parcialmente, a los buques que navegan bajo bandera nacional existentes con anterioridad al 1 de julio de 1986.

A propósito de su incidencia en el Derecho de los Estados miembros cabe observar:

a) En el caso de Francia, a nivel de transporte internacional, la reserva de carga se establecía para el transporte de hidrocarburos y carbón. Con respecto a los hidrocarburos, Francia alegó que el transporte de los mismos se hacía en pequeñas cantidades y una sola vez al año, lo que no fue aceptado como justificación por parte de la Comisión que siguió viendo en dicha reserva en favor de los buques de pabellón francés una infracción del art.2 del Reglamento 4055/86. Con respecto a las reservas de carga en el transporte del carbón (el 40% en favor de los buques de pabellón francés), las autoridades francesas alegaron que la legislación en la que se contiene dicha reserva establece una excepción en el cumplimiento de tratados internacionales, con lo que no se haría necesario su modificación. Sin embargo, la Comisión recuerda la Sentencia del T.J.C.E. de 4 de abril de 1974 <sup>225</sup> conforme a la cual “es insuficiente la simple no aplicación de las disposiciones contrarias a la legislación comunitaria”. La Comisión ha insistido ante el Gobierno francés con la intención de encontrar una solución.

b) En el caso de Portugal, en principio se llevó a cabo una modificación parcial de su legislación con el fin de incluir las dos primeras fases del calendario de supresión de restricciones contenidas en el Reglamento (art.2), interesándose la Comisión a través de petición de información a las autoridades portuguesas sobre el cumplimiento del resto de las obligaciones, ya que hasta 1992 sólo se había procedido a la citada modificación parcial.

c) En el caso de España, el Real Decreto 990/1986 de 23 de mayo, sobre medidas de ordenación del transporte marítimo <sup>226</sup>

---

<sup>225</sup> Sentencia cit. supra.

<sup>226</sup> B.O.E. núm. 124 de 24 mayo 1986.

en su art.1 establece unas reservas que van del 75% al 100% en favor de los buques de bandera española propiedad de empresas navieras inscritas en el Registro de Empresas Marítimas, permitiendo que se concediese autorización para que las mercancías señaladas en el anexo fuesen transportadas en buques extranjeros sólo en el caso de que no existiese tonelaje nacional adecuado disponible (art.3), pudiendo incluso impedirse, a falta de tal autorización, el desembarco de las mercancías de importación transportadas en buques extranjeros.

Con el Real Decreto 1577/1989<sup>227</sup>, por el que se modifica el R.D. 990/1986, para adaptarlo al Reglamento 4055/86, el régimen de restricciones previsto en el art. 1 del R.D. 990/1986 no será de aplicación a los beneficiarios de la libre prestación de servicios de transporte marítimo, es decir, a los beneficiarios que aparecen definidos en el art.1 apdos. 1 y 2 del Reglamento comunitario<sup>228</sup>.

---

<sup>227</sup> B.O.E. núm. 311 de 28 diciembre 1989.

<sup>228</sup> También son de interés el art. 82.2 y la Disposición Transitoria séptima de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante en los que se establece: Art. 82.2: "El Gobierno, con respeto a lo establecido en la normativa comunitaria o en los acuerdos internacionales suscritos por España, podrá reservar, total o parcialmente, ciertos tráficos a buques mercantes españoles o comunitarios si ello fuera necesario para la economía o defensa nacionales". Disposición Transitoria séptima: "...El régimen existente a la entrada en vigor de esta Ley en materia de autorización de servicios de navegación, reservas o repartos, de carga en favor de buques españoles o comunitarios, registro y abanderamiento de buques y demás disposiciones reguladoras de la marina mercante continuarán vigentes en tanto no se aprueben por el Gobierno las disposiciones reglamentarias pertinentes en desarrollo de la presente Ley siempre que resulten compatibles con lo establecido en la misma".

El Reglamento viene a establecer una política de supresión o, en su caso, restricción de los acuerdos bilaterales. Así, en su art.3 fija la eliminación de los acuerdos de reparto de cargamento contenidos en los acuerdos bilaterales celebrados por los Estados miembros con países terceros <sup>229</sup>. A falta de su eliminación deberán, en el caso de tráfico regulado por el Código UNCTAD, respetar el contenido del Código así como el Reglamento CEE 954/79. En el caso de que se trate de tráfico no regulado por el Código UNCTAD deberán ajustarse lo antes posible (estableciéndose como límite el 1 de enero de 1993) a la legislación comunitaria, con el fin de “permitir un acceso justo, libre y no discriminatorio de todos los ciudadanos de la Comunidad...” (art. 4.1) <sup>230</sup>. El sistema de ajuste, en el caso de tráfico codista, se lleva a cabo a través de un canje de notas propuesto por la Comisión, como se recoge en el documento SEC (90) 1594 final <sup>231</sup>.

---

<sup>229</sup> Vid. S.M. CARBONE, S.M. - MUNARI, F., “La nuova disciplina comunitaria dei traffici marittimi”, Riv. Dir. Int. Priv. Proc., 1989, pp. 293 - 324, para los cuales el Reglamento hace referencia a los acuerdos bilaterales estipulados por los Estados, no a los acuerdos estipulados por las compañías navieras (*pools*) los cuales se consideran lícitos.

<sup>230</sup> En relación con este artículo conviene recordar el caso Nador-Almería-Nador en el que la Administración española incumple, entre otros, el citado precepto, concretamente su letra b) ya que entonces España aún no se había adherido al Código UNCTAD. Al respecto, vid. MOSQUERA ARANCIBIA, M., “La libre prestación de servicios en el transporte marítimo: adecuación al derecho comunitario de los convenios bilaterales. Análisis del asunto de la línea Nador-Almería-Nador”, G. J. de la CEE, dic. 1993, pp. 13-18.

<sup>231</sup> Tanto España como otros países comunitarios tenían acuerdos bilaterales con países terceros que habían entrado en vigor antes del 1 de enero de 1987 (fecha de la entrada en vigor del Reglamento 4055/86). En el caso de España, tales acuerdos se habían dado con Costa de Marfil, Guinea Ecuatorial, Marruecos, México, Senegal y la

### **3. Prohibición de acuerdos futuros.**

El Reglamento no admite la celebración de futuros acuerdos bilaterales con países terceros sobre repartición de cargamentos, “salvo en aquellas circunstancias excepcionales en que las compañías navieras de líneas regulares de la Comunidad no tengan, de otra manera, la oportunidad efectiva de realizar un tráfico regular con destino al país tercero de que se trate o en procedencia de éste” (art.5.1, el cual se refiere únicamente al tráfico de línea). En este caso, el Estado miembro deberá informar a los demás Estados miembros y a la Comisión lo antes posible (art.6.1), adoptando el Consejo, por mayoría cualificada, y previa propuesta de la Comisión, las acciones necesarias, en su caso la negociación y conclusión de un acuerdo bilateral, (art.6.2). Sólo a

---

antigua URSS. La Comisión sugirió a España que primero ratificase el Código y posteriormente procediese a la adaptación de los acuerdos mediante el canje de notas. Con respecto al reparto del tráfico, se puede observar como en varios de los acuerdos firmados se hace referencia a la regla 40/40/20 recogida por el código UNCTAD; así en el acuerdo con Costa de Marfil de 10 de septiembre de 1979 (B.O.E. núm. 241, de 8 octubre 1979) en su art.13 habla del “régimen basado en un reparto de cargas 40/40/20 en función del valor de flete y del volumen”. Además España tenía tres acuerdos con cláusula de entrada en vigor provisional con Camerún, Congo y Túnez, para los cuales también se previó ratificar el Código y a continuación proceder a la adaptación de los mismos. En el acuerdo con Camerún de 10 de mayo de 1986 (B.O.E. núm. 138, de 10 de junio 1986) en su art.15 se recoge ... “según el espíritu del código de Conducta de las Conferencias Marítimas, particularmente en lo que se refiere al reparto del tráfico entre los armadores nacionales, en el seno del presente Acuerdo, en tonelaje y en valor sobre la base 40 por 100, 40 por 100, 20 por 100...”. Del mismo modo en su art.16 sobre tarifas de fletes hace referencia a una actuación “dentro del espíritu del Código de Conducta de las Conferencias”. Tanto Camerún como Costa de Marfil habían ratificado el Código UNCTAD, el primero lo hizo en 1976 y el segundo en 1977. España procedió a la adhesión al Código UNCTAD en febrero de 1994.

falta de pronunciamiento por parte del Consejo en los seis meses siguientes a la presentación de la información, un Estado miembro puede adoptar las acciones necesarias para permitir a sus navieras el acceso al tráfico con países terceros. Tales medidas internas deberán ser notificadas a los demás Estados miembros y a la Comisión según el procedimiento previsto en la Decisión 77/587/CEE del Consejo<sup>232</sup>.

Habían una serie de acuerdos bilaterales, ya negociados, cuya entrada en vigor estaba prevista para dicho año 1987. Entre éstos se encontraba el acuerdo entre España y Gabón, respecto al que la Comisión sugirió que se eliminasen las cláusulas de reparto, así como nuevamente se instó a las autoridades españolas para que ratificasen el código y aplicasen sus disposiciones. En la misma situación se encontraban otros países comunitarios a los que la Comisión también instó para que eliminasen las cláusulas de reparto de carga a través del sistema de canje de notas ya mencionado.

De todos estos casos existentes al momento de entrar en vigor el Reglamento, el menos pacífico lo protagonizó Italia, ya que su acuerdo bilateral con Argelia provocó un enfrentamiento entre la Comisión y el Consejo, quien sostenía la misma tesis que dicho país comunitario. Esta diferencia de posiciones llevó a la Comisión a recurrir la Decisión del Consejo 87/475/CEE<sup>233</sup>. Con

---

<sup>232</sup> DECISIÓN DEL CONSEJO de 13 de septiembre de 1977 por la que se establece un procedimiento de consulta en lo que se refiere a las relaciones entre los Estados miembros y terceros países en el sector de los transportes marítimos así como a las acciones relativas a dicho sector en el seno de las organizaciones internacionales (77/587/CEE), D.O.C.E. nº L 239/23 de 17 de septiembre de 1977.

<sup>233</sup> Decisión del Consejo 87/475/CEE, de 17 de septiembre de 1987, relativa al transporte marítimo entre Italia y Argelia, D.O.C.E. nº L 272, de 25 de septiembre de 1987. En dicha decisión se autoriza a Italia a ratificar el acuerdo con Argelia, que había

la Sentencia de 30 de mayo de 1989 el T.J.C.E. <sup>234</sup> se pronuncia estimando que no era necesario que se ratificase el Código UNCTAD antes de concluir los acuerdos bilaterales con países terceros, entendiendo que del Reglamento 954/79 no se desprende que los Estados miembros estén obligados a ratificar este Código <sup>235</sup>; así como entendió que la adhesión al Código no puede exigirse argumentando que garantiza la libre prestación de servicios de mejor manera que la que podría venir dada a través de un acuerdo bilateral, ya que queda igualmente garantizada si en estos acuerdos se contienen cláusulas adecuadas para asegurar la libre prestación de servicios <sup>236 237</sup>.

---

sido firmado el 28 de febrero de 1987 bajo las siguientes condiciones: "a) adopte las medidas necesarias para adherirse tan pronto como sea posible, de acuerdo con el reglamento (CEE) nº 954/79, al Convenio de las Naciones Unidas relativo a un código de conducta para las conferencias marítimas; b) reitere a Argelia que lo establecido en el acuerdo se cumplirá de conformidad con el Derecho comunitario; c) informe a los Estados miembros y a la Comisión sobre el cumplimiento del acuerdo como máximo un año después de la notificación de la presente Decisión".

<sup>234</sup> Sentencia del T.J.C.E. de 30 de mayo de 1989, asunto 355/87, *Recueil*, 1989, pp. 1517 - 1551.

<sup>235</sup> De hecho siguen habiendo cuatro Estados miembros que aún no se han adherido al Código: Luxemburgo, Grecia, Austria e Irlanda.

<sup>236</sup> Italia había comunicado a la Comisión y a los demás Estados miembros sus dificultades en las relaciones comerciales con Argelia, ya que este país reservaba a sus compañías marítimas nacionales el 80% del transporte de línea entre ambos países. A pesar de las gestiones diplomáticas llevadas a cabo por la Comunidad y los Estados miembros, el tráfico con este país continuó disminuyendo, lo que llevó a Italia a negociar un acuerdo bilateral con Argelia. El proyecto de acuerdo redactado, firmado pero aún sin ratificar, fue notificado a la Comisión y a los demás Estados miembros conforme a lo previsto en el art.6.5 del Reglamento 4055/86. La Comisión estimaba que el art.4 de dicho proyecto de acuerdo bilateral contenía un acuerdo de reparto de carga contrario al

Acerca de las “circunstancias excepcionales” ante las que cabe la celebración de un acuerdo en materia de reparto de cargamento con un país tercero, la S.T.J.C.E. apenas tratada, aportó una luz al respecto. Así, la Comisión estimaba que “dichas circunstancias sólo existen en el caso en que no haya otro medio menos restrictivo de la libertad de prestación de servicios que permita al Estado miembro afectado participar en el mencionado tráfico”. Por lo tanto, para la Comisión en el caso de Italia no existían circunstancias excepcionales, ya que la solución podía venir dada con la adhesión de dicho país al código UNCTAD. Como se señaló anteriormente, el Tribunal no estimó que la solución pudiese venir por esta vía, y con respecto a las “circunstancias excepcionales” señaló que el cuarto considerando de la Decisión impugnada por la Comisión recoge como fundamento jurídico el art.6.2 del Reglamento (que permite la adopción de medidas “cuando los nacionales de un Estado miembro o sus compañías navieras no tengan la oportunidad efectiva de realizar un tráfico regular con destino a un país tercero

---

art.5.1 del Reglamento que nos ocupa. Según la Comisión, Italia podía haber solucionado el problema adhiriéndose al Código UNCTAD, cosa que ya había hecho Argelia, de tal modo que de acuerdo con el Reglamento 954/79 la cuota correspondiente a Italia sería redistribuida entre todos los Estados miembros participantes en dicho tráfico, respetándose así la libre prestación de servicios.

<sup>237</sup> Vid. MUNARI, F., “Libera prestazione di servizi di trasporto marittimo di linea, Codice UNCTAD ed accordi bilaterali: la posizione della Corte di Giustizia delle Comunità Europee”, *Dir. Mar.*, 1990, pp. 1151-1165, el cual en relación a la Sentencia que nos ocupa señala la importancia de la posición adoptada por el T.J.C.E. ya que viene a suponer que el código UNCTAD no tiene prioridad sobre otros acuerdos bilaterales ya que en cualquier caso el respeto a la libertad de acceso a las cuotas de tráfico por parte de las compañías navieras comunitarias vendrá dado bien por la vía del Reglamento 954/79, bien por la vía del Reglamento 4055/86.



determinado o en procedencia de éste”), de lo que se deduce que para el Consejo, la reserva de flete practicada por Argelia (del 80%) en favor de sus compañías navieras, provocaba una situación en la que Italia no tenía prácticamente posibilidad de acceder al tráfico con dicho país, constituyendo ésto una circunstancia excepcional.

El art.8 recoge la posibilidad de que cualquier persona que preste servicios de transporte marítimo en un Estado miembro, sin perjuicio de lo recogido en el Tratado CE acerca del derecho de establecimiento, podrá continuar temporalmente con sus actividades “bajo las mismas condiciones que imponga dicho Estado a sus propios nacionales”, lo cual ha sido interpretado por el T.J.C.E. como un traslado del principio consagrado en el artículo 60.3 del Tratado al ámbito de los transportes marítimos<sup>238</sup>.

---

<sup>238</sup> S.T.J.C.E. Comisión c. República francesa de 5 de octubre de 1994, vid. supra, en su considerando 11. Vid. CARBONE, S.M., - MUNARI, F., “La nuova disciplina comunitaria ...”, op. cit., en el caso de servicios de transporte marítimo de *tramp* el carácter de temporaneidad en dichos servicios es frecuente, y por lo tanto se retiene que no sea necesario, a partir de la entrada en vigor del Reglamento 4055/86, el establecimiento en un Estado miembro para realizar servicios tramp con salida o llegada en dicho Estado, o incluso antes de la entrada en vigor de dicho Reglamento, para aquellos que consideraban que el art.59 del Tratado era directamente aplicable al transporte marítimo. Con respecto al tráfico de línea, este artículo se entiende en relación con los outsiders, en los cuales es más frecuente que se de una temporaneidad en los servicios, no así en las compañías conferenciadas, sujetas al Código UNCTAD para las cuales el Reglamento 954/79 exige el establecimiento de las compañías navieras que quieran gozar de la condición de nacionales y por lo tanto participar en el reparto del tráfico en las mismas condiciones que aquellas. A solución análoga se llega para las compañías conferenciadas no sujetas al Código UNCTAD.

En el informe que la Comisión presentó al Consejo en 1992 sobre la aplicación del Reglamento 4055/86<sup>239</sup> se puso de manifiesto que la misma había sido “lenta, irregular, e incompleta”, si bien puede hablarse de éxito en tanto que los Estados miembros después del informe anterior (correspondiente a 1990) no habían celebrado nuevos acuerdos con cláusulas de reparto de carga prohibidas por el art.5, así como hasta la fecha se había procedido a la eliminación de la mayoría de las restricciones unilaterales sobre transporte internacional de mercancías.

Otro aspecto a destacar del Reglamento que nos ocupa son una serie de críticas que lo tachan de superfluo. Estas críticas parten de la idea de que el art. 61.1 del Tratado remite al Título IV en lo referente a la libre prestación de servicios en materia de transportes, pero quedando el transporte marítimo fuera del ámbito de aplicación del mismo hasta que el Consejo actúe lo previsto en el apdo.2 del art.84, a éste sí le sería de aplicación los principios generales en materia de libre prestación de servicios<sup>240</sup>; siendo

---

<sup>239</sup> INFORME DE LA COMISIÓN AL CONSEJO. Sobre la aplicación del reglamento 4055/86 del Consejo de 22 de diciembre de 1986 a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros. SEC (92) 2183 final.

<sup>240</sup> Esta cuestión se planteó en relación con el transporte aéreo, ante lo cual el Programa general para la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios hizo expresa referencia a la cuestión excluyendo el transporte aéreo del ámbito de aplicación del art. 61.1 del Tratado. Para BASEDOW, J., op. cit., p. 87, la remisión del artículo 61.1 al Título IV supone “un salto en el vacío para la navegación marítima; o la autorización no vinculante al Consejo, recogida en el art. 84.2 del Tratado, para que a su entera discreción adopte medidas en este ámbito”. Para CARBONE, S.M. - MUNARI, F., *La nuova disciplina comunitaria...*, op. cit., si bien la discusión podría ser interesante, y aún partiendo de que el art. 59 ya fuese de directa aplicación al transporte marítimo, el Reglamento supondría un valioso instrumento, no sólo para la coordinación de las disposiciones nacionales a la hora de eliminar las restricciones existentes, sino también

directamente aplicable el art. 59 del Tratado, el Reglamento 4055/86 sería innecesario.

El art. 61.1 se presta a diversas interpretaciones. Así, parte de la doctrina, conforme se señala en el párrafo anterior, estima que éste no excluye al transporte marítimo de la aplicación de los principios generales sobre libre prestación de servicios; en cambio, para otra la exclusión efectuada por el art. 61.1 atañe también al sector marítimo a pesar de que éste quedase excluido del Título IV hasta que el Consejo actuase lo previsto en el art. 84.2. Es decir, el art. 61.1 remite al Título IV al quedar el sector marítimo fuera del ámbito de aplicación del mismo, hasta que el Consejo adoptase las decisiones apropiadas, la regulación sobre la libre prestación de servicios en el transporte marítimo quedaría a la espera de tal actuación por parte del Consejo. De hecho en el segundo considerando del Reglamento 4055/86 se recoge que "... en virtud del artículo 61 del Tratado la libre circulación en materia de servicios de transportes marítimos se ha de regir por las disposiciones del capítulo relativo a los transportes"<sup>241</sup>.

---

para la coordinación de la libre prestación de servicios con el derecho de establecimiento, así como con el Reglamento CEE 954/79.

<sup>241</sup> La Sentencia del T.J.C.E. de 13 de diciembre de 1989, *Corsica Ferries France c. Direction générale des douanes françaises* (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation de la República Francesa), *Recueil*, 1989, pp. 4441 y ss., se pronuncia al respecto estimando que en los años 1981 y 1982 (a los que se refiere el asunto principal) "aún no se había realizado la libre prestación de servicios en el sector del transporte marítimo, por lo cual los Estados miembros podían aplicar disposiciones como las controvertidas en el asunto principal". Reconociendo, por lo tanto, que el artículo 59 no era de aplicación a los transportes marítimos, regulándose posteriormente la libre prestación de servicios a través del Reglamento 4055/86 adoptado por el Consejo en virtud al art. 84.2 del Tratado.

#### **IV. Libre prestación de servicios en el tráfico de cabotaje.**

Al hablar de la libre prestación de servicios en el tráfico marítimo internacional se hizo mención a un Reglamento, el 3577/92, sobre la libre prestación de servicios en el transporte de cabotaje. La Comunidad entiende que esta liberalización del tráfico marítimo dentro de los Estado miembros es necesaria para alcanzar un auténtico mercado interior. Por lo tanto, se hacía necesario garantizar la libre prestación de servicios en el tráfico de cabotaje <sup>242</sup>.

Si bien es cierto que el cabotaje no forma parte de la organización del mercado del transporte marítimo internacional, nosotros entendemos que resulta necesario detenernos en este Reglamento: porque forma parte de la política común en materia de transporte y porque estamos ante un Reglamento que aporta elementos de interés.

En efecto, nos ofrece un nuevo concepto de armador comunitario en el que nuevamente se conjuga el derecho de establecimiento con el criterio de la matriculación del buque. A ésto hay que unir el hecho de que el Reglamento 3577/92 nos ofrece dos normas de conflicto objeto de numerosos problemas interpretativos.

##### **1. Entrada en vigor del Reglamento.**

La liberalización del tráfico de cabotaje <sup>243</sup>, de acuerdo con el artículo 1.1 del Reglamento, entra en vigor el 1 de enero de 1993 para los

---

<sup>242</sup> Vid. tercer considerando del Reglamento.

<sup>243</sup> El artículo 2 del Reglamento nos define el cabotaje como aquel servicio de transporte prestado dentro de un Estado miembro a cambio de una remuneración, e incluyendo tanto al cabotaje continental, como a los servicios de abastecimiento *off-shore* y el cabotaje insular. De este artículo del Reglamento cabe destacar que tiene en cuenta únicamente el hecho de que el puerto de salida y el de destino estén situados en el mismo

armadores comunitarios que hagan uso de buques matriculados en un Estado miembro y naveguen bajo pabellón de ese Estado, siempre que cumplan los requisitos necesarios para efectuar servicios de cabotaje en ese Estado, incluidos los que se matricularán en el registro EUROS cuando haya sido aprobado por el Consejo.

Ahora bien, el art. 6 del Reglamento prevé que, con carácter excepcional, de la aplicación del mismo queden temporalmente excluidos ciertos servicios prestados en el Mediterráneo y en las costas de España, Portugal y Francia. Concretamente, los servicios temporalmente excluidos son: cruceros, hasta el 1 de enero de 1995. Transporte de mercancías de interés estratégico, hasta el 1 de enero de 1997. Los servicios efectuados en buques de menos de 650 TB, hasta el 1 de enero de 1998. Los servicios regulares de pasajeros y de transbordadores hasta el 1 de enero de 1999. Además, en el apartado 2 del mismo artículo se prevé que, también con carácter excepcional, el cabotaje insular dentro del Mediterráneo, el relativo a los archipiélagos de Canarias, Azores y Madeira y Ceuta y Melilla, las islas francesas frente al Atlántico y los territorios franceses de Ultramar queden excluidos de la aplicación del Reglamento hasta el 1 de enero de 1999. La exclusión apenas expuesta se ampliará, para Grecia, hasta el 1 de enero del 2004 en relación a los servicios regulares de pasajeros, transbordadores y a los prestados en buques de menos 650 TB. Por lo tanto, quedan solamente tres fases para la culminación de la liberalización del cabotaje.

---

Estado. Por lo tanto, abandona el criterio jurídico-formal de cabotaje que atiende también al hecho de que el servicio se preste sin entrar en aguas jurisdiccionales de terceros Estados. Así nuestra L.P.E.M.M., en su artículo 7.2, la navegación de cabotaje como "... la que, no siendo navegación interior, se efectúa entre puertos o puntos situados en zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción". Al respecto de esta amplitud del Reglamento ha sido señalado el carácter conveniente de una interpretación amplia del cabotaje ya que, de lo contrario, servicios prestados, por ejemplo, entre los Puertos continentales españoles y Canarias, al pasar por aguas jurisdiccionales británicas (Gibraltar) y, en su caso, por aguas jurisdiccionales marroquíes, quedarían fuera del ámbito de aplicación del Reglamento, así como también fuera del ámbito de aplicación del Reglamento 4055/86. La situación, por lo tanto, sería absurda. Vid. BASEDOW, J., op. cit., p. 91.

El hecho de que el Reglamento prevea una entrada en vigor progresiva obedece al impacto que la liberalización puede tener en determinadas zonas de Europa y para determinados tipos de cabotaje, en especial para el cabotaje insular.

## **2. El armador comunitario.**

Los beneficiarios del Reglamento son los armadores comunitarios. El artículo 2.3 se encarga de ofrecernos una definición de armador comunitario en la que quedan englobados tres supuestos: 1. los nacionales de un Estado miembro establecidos en un Estado miembro conforme a la legislación del mismo y que realice actividades de transporte marítimo. 2. Las compañías marítimas establecidas conforme a la legislación de un Estado miembro, que tenga su centro de actividad principal y ejerzan el control efectivo en un Estado miembro. 3. Los nacionales de un Estado miembro establecidos fuera de la Comunidad o las compañías navieras establecidas fuera de la Comunidad siempre que estén controladas por nacionales de un Estado miembro y sus buques estén matriculados en un Estado miembro enarblando su pabellón de acuerdo con la legislación de este Estado.

En esta definición que nos ofrece el Reglamento sólo se hace referencia a la matriculación y pabellón del buque en el supuesto de que los nacionales comunitarios o las compañías navieras estén establecidos fuera de la Comunidad. Pero no hay que olvidar que este precepto debe ser leído a la luz del ya citado art. 1.1 y, por lo tanto, será siempre necesario el requisito de la matrícula y pabellón en un Estado miembro.

En este orden de cosas, hay que señalar que son varios los Estados comunitarios que cuentan con un registro especial o segundo registro. De todos es sabido que estos registros se caracterizan por ofrecer ventajas, especialmente fiscales y laborales, a los armadores que en ellos inscriben sus buques. Pero no todos los registros especiales admiten que los buques

inscritos participen en el tráfico de cabotaje, o, al menos, que lo hagan en todas sus modalidades. En nuestro caso concreto, la L.P.E.M.M.<sup>244</sup>, en su disposición adicional decimoquinta apartado 5.2, prevé que el Gobierno, mediante Real Decreto, permita la inscripción en el Registro Especial Canario de buques destinados a la navegación de cabotaje. Esta ampliación ya se ha hecho realidad, así nos encontramos con el R.D. 897/1993<sup>245</sup> con el que se autoriza, a partir del 1 de julio de 1993, la inscripción en el Registro Especial Canario de buques destinados al cabotaje peninsular de mercancías así como la prestación de este tipo de servicios a los buques ya inscritos (excepto las mercancías de interés estratégico). A partir del 1 de enero de 1994 la ampliación alcanza a los servicios de cruceros. A su vez, el R.D. 392/1996<sup>246</sup> permite la inscripción de buques que realicen navegación de cabotaje para el transporte de mercancías de interés estratégico (petróleo, sus derivados y agua potable), si bien el R.D. establece una serie de requisitos<sup>247</sup>. Que duda cabe que, como ya ha sido señalado, España se prepara ante la llegada de la total liberalización del tráfico de cabotaje. El hecho de que nuestro país ofrezca ventajas a los armadores que se inscriban en el Registro Especial Canario y que haya ampliado la inscripción a los buques destinados

---

<sup>244</sup> Ley 27/1992, de 24 de noviembre de 1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, B.O.E. nº 283, de 25 de noviembre de 1992.

<sup>245</sup> B.O.E. nº 152 de 26 de junio de 1993.

<sup>246</sup> B.O.E. nº 65 de 15 de marzo de 1996.

<sup>247</sup> De acuerdo con el artículo 3 del R.D. los buques deberán: "Haber estado debidamente inscritos los últimos veinticuatro meses precedentes a la entrada en vigor de este Real Decreto en el Registro Especial de Buques y Empresas Navieras, como unidad en servicio, o doce meses como unidad en construcción. Emplear únicamente tripulantes nacionales de la Unión Europea, si bien el Capitán y el Primer Oficial deberán poseer, en todo caso, la nacionalidad española". Estos requisitos serán exigibles hasta el 1 de enero de 1997 para el cabotaje peninsular y hasta el 1 de enero de 1999 para el cabotaje insular.

al tráfico de cabotaje supone una baza para aumentar la flota que enarbole pabellón español. Por lo tanto, en aquellos Estados comunitarios en los que funcionan segundos registros en los que no se admite la inscripción destinados al cabotaje, si estiman que puede resultar beneficioso, es suficiente con una modificación de su legislación interna sobre cabotaje<sup>248</sup>.

### **3. Problemas de ley aplicable.**

Antes de abordar los aspectos relativos a la ley aplicable a las cuestiones de la tripulación y, por otra parte, la ley aplicable al contrato de servicio público, nos parece adecuado recordar que este Reglamento ha visto la luz tras interminables discusiones entre los Estados miembros (países del Norte y países mediterráneos). Como consecuencia de estas divergencias, provocadas principalmente por las distintas situaciones en la que estos Estados iban a afrontar la liberalización, en muchos preceptos del Reglamento se llegó a soluciones de compromiso que, como consecuencia, han dado pie a problemas interpretativos<sup>249</sup>.

#### **A) Aspectos relativos a la tripulación.**

Un ejemplo de las soluciones de compromiso a las que hemos aludido es la que se recoge en el artículo 3. En este precepto se hace referencia a las cuestiones relativas a la tripulación del buque determinando el Estado que tiene competencia sobre las mismas. El Reglamento utiliza dos criterios de conexión: 1. el pabellón, Estado en el que está matriculado el buque y, por lo

---

<sup>248</sup> Esta posible alternativa ha sido apuntada por la Comisión en el Informe presentado al Consejo sobre la "Aplicación del Reglamento 3577/92 por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (1993-1994), Bruselas, 06.09.1995, COM (95) 383 final.

<sup>249</sup> Estos problemas se incrementan cuando acudimos a las distintas versiones en las que el Reglamento ha sido redactado ya que según acudamos a la versión en inglés, alemán, español, etc., podemos hacer interpretaciones diversas.



tanto, Estado de origen; 2. Estado de acogida, es decir, el Estado en el que el buque efectúa un servicio de transporte marítimo.

Así, en el caso de que se trate de cabotaje continental y de buques de crucero, todas las cuestiones relativas a la tripulación serán competencia del Estado del pabellón, con la excepción de los buques de menos de 650 TB a los que se les puede aplicar “las condiciones del Estado de acogida”. A su vez, para los supuestos que se planteen en el marco del cabotaje insular el Reglamento establece el criterio del Estado de acogida. Si bien, para este tipo de servicios se establece que, a partir del 1 de enero de 1999, para los buques de más de 650 TB que presten servicios de cabotaje insular y el viaje siga o preceda a un viaje con destino a otro Estado o a partir de otro Estado el criterio de conexión a seguir será el del pabellón.

La interpretación de este artículo 3 ha sido controvertida, principalmente, porque no resulta claro el alcance de las normas de conflicto que en él se recogen, es decir, se plantea si las mismas remiten al Derecho Laboral Marítimo Privado o al Derecho Laboral Marítimo Público<sup>250</sup>. En nuestro caso concreto, la versión española habla de “todas las cuestiones relativas a la tripulación”. Por lo tanto, hay que preguntarse qué se engloba dentro de la expresión “todas las cuestiones”.

Si nos remontamos a las distintas propuestas de Reglamento que se presentaron antes de llegar al texto definitivamente aprobado, vemos que, en la primera de ellas<sup>251</sup>, se hacía una única referencia a la tripulación

---

<sup>250</sup> Vid. BASEDOW, J., op. cit. p. 99, quien, además, apunta las dificultades que se presentan al interpretar este artículo cuando acudimos a las distintas versiones, alemana, inglesa, etc. del mismo.

<sup>251</sup> Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo. El futuro del transporte marítimo comunitario. Medidas para mejorar las condiciones de la flota comunitaria. COM (89)266 final.

consistente en conceder al Estado miembro, entre cuyos puertos se prestan los servicios, la posibilidad de que exigiese que la dotación de los buques utilizados estuviese compuesta por un número de nacionales de los Estados miembros igual al requerido para los buques que enarbolan su propio pabellón y prestan el mismo tipo de servicios.

En la propuesta modificada <sup>252</sup> se hace nuevamente mención a la tripulación en el mismo sentido que lo hacía la primera propuesta, pero se amplía añadiendo la posibilidad de que el Estado miembro, entre cuyos puertos se efectúa el servicio, pueda exigir que la tripulación tenga una formación similar a la requerida a sus nacionales que trabajen en dicho Estado. Ahora bien, estas redacciones iniciales no fueron incluidas en el texto definitivo del Reglamento aprobado sino que, por el contrario, se recogieron las normas de conflicto ya expuestas.

Este hecho puede llevarnos a pensar que, inicialmente, se pretendía abordar únicamente las cuestiones jurídico-públicas relativas a la dotación del buque. Sin embargo, como señala BASEDOW <sup>253</sup>, resulta conveniente hacer una interpretación amplia del alcance del artículo 3 teniendo en cuenta el fundamento que sustenta a este precepto que no es otro que el temor de los Estados de acogida ante las posibles ventajas en relación a los costes salariales y coste de producción del servicio que las navieras extranjeras podían obtener acogiéndose a la legislación de otros Estados, los de origen, más beneficiosas <sup>254</sup>. Además de los acertados argumentos de la

---

<sup>252</sup> COM(91) 54 final.

<sup>253</sup> Op. cit., p. 99.

<sup>254</sup> Aún así hay que tener en cuenta que, en el marco de la libre prestación de servicios, y de acuerdo con la Jurisprudencia del T.J.C.E., la empresa oferente puede llevar a cabo su actividad de acuerdo con la legislación del Estado de origen, siendo de aplicación la legislación del Estado de acogida en la medida en que sea ineludible para garantizar el interés general y esté ya cubierto por la legislación del Estado de origen.

doctrina citada cabría añadir que si la intención de legislador comunitario hubiera sido la de fijar unos criterios para determinar el Derecho que debe regir las cuestiones jurídico—públicas relativas a la dotación del buque, la redacción final poco hubiera variado respecto a las propuestas que hemos visto. Cuando se habla de “todas las cuestiones”, sin hacer exclusiones expresas, debe entenderse en un sentido amplio.

Aún cuando nos hemos decantado por una interpretación amplia del artículo 3, queremos señalar otra posible vía interpretativa. Se trata de una interpretación restringida que vendría a suponer que la remisión que hace el artículo 3 al Estado de acogida, o al Estado del pabellón, atañe únicamente a las cuestiones jurídico-públicas de la tripulación, quedando los aspectos jurídico-privados sometidos a las reglas generales del D.I.Pr. De tal manera que, en el caso del contrato individual de trabajo, deberíamos acudir al Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales <sup>255</sup>.

En realidad habrá que esperar a que la jurisprudencia del T.J.C.E. nos ofrezca una interpretación del artículo 3 de este Reglamento. A nuestro juicio, la Comisión, a través del informe de 17 de junio de 1997 <sup>256</sup>, no aporta nada acerca de la interpretación de esta norma de conflicto. De acuerdo con el artículo 3.4 del Reglamento, en el informe que debía presentar la Comisión podían incluirse adaptaciones sobre la nacionalidad

---

Vid. decimoquinto considerando de la S.T.J.C.E., 25 de julio de 1991, asunto C-76/90, *Manfred Säger c. Dennemeyer & Co. Ltd*, *Recueil*, 1991-I, pp. 4221 y ss.

<sup>255</sup> B.O.E. nº 171, de 19 de junio de 1993.

<sup>256</sup> Vid. Informe de la Comisión al Consejo sobre la implantación del Reglamento (CEE) nº 3577/92 del Consejo por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios de cabotaje marítimo (1995-1996) y sobre las consecuencias económicas y sociales de la liberalización del cabotaje insular. COM (97) 296 final.

de la tripulación de los buques destinados al cabotaje insular <sup>257</sup>, hubiese sido, por lo tanto, un momento adecuado para esclarecer algo respecto a la interpretación de esta norma de conflicto. La Comisión, en las conclusiones a su informe, pone de manifiesto su intención de presentar al Consejo una propuesta legislativa con la finalidad de que se modifique el artículo 3 en base a las siguientes directrices:

- En primer lugar, en relación al transporte de cabotaje de mercancías, la Comisión considera innecesario, al menos de momento, una derogación del criterio del abanderamiento al no encontrar argumentos que así lo justifique.

- En segundo lugar, en relación al transporte de pasajeros/transbordadores en el tráfico insular, la Comisión entiende que sí cabe la posibilidad de modificaciones. Para ello tiene en cuenta que se trata de un mercado de características especiales en el que la liberalización puede dar pie a posibles consecuencias socioeconómicas y que, a su vez, el propio artículo 3 prevé un paso parcial del criterio del Estado de acogida al Estado del pabellón.

Entiende que cabe la posibilidad de adoptar medidas encaminadas a compensar las posibles disfunciones que esta situación puede suponer. De esta forma, la Comisión cree que la solución puede venir dada a través de la introducción de un régimen conforme al cual el criterio a utilizar sería el abanderamiento, pero autorizando al Estado de acogida para que aplique sus normas respecto a la proporción de ciudadanos comunitarios en la tripulación, exigencia que hasta ahora no prevé el Reglamento 3577/92.

---

<sup>257</sup> Siempre de acuerdo con el citado artículo 3.4 el sistema definitivo será aprobado por el Consejo antes del 1 de enero de 1999.

En momento alguno la Comisión hace referencia al alcance de la norma de conflicto, si bien es cierto que las cuestiones que aborda en vistas a una posible modificación de la misma atañen únicamente a aspectos jurídico-públicos. Aún así, extraer una interpretación en base, únicamente, al contenido de este informe es del todo precipitado.

No queremos cerrar este apartado sin destacar que la importancia de obtener una interpretación de este precepto del Reglamento obedece, principalmente, a que dependiendo de que se siga una u otra vía interpretativa los resultados serán distintos: pongamos un ejemplo, en el caso de la tripulación a bordo de buques de menos de 650 TB destinados al cabotaje continental siguiendo una interpretación amplia del artículo 3, por lo tanto entendiendo que la remisión se hacen a los aspectos públicos y privados, el contrato individual de trabajo quedaría sometido a la legislación del Estado de acogida, es decir, el Estado en el que se prestan los servicios. En cambio, siguiendo una interpretación restringida, y por lo tanto, acudiendo al Convenio de Roma, a falta de elección de ley por las partes, y no entrando en este momento en los límites a esa elección, debemos acudir al artículo 6.2. a) del Convenio conforme al que resultará aplicable la ley donde el trabajador, en ejecución del contrato, realiza habitualmente su trabajo, por lo tanto el Estado del pabellón, salvo que el contrato no presente vínculos más estrechos con otro país, en éste caso sería esta última la ley aplicable (art. 6.2.b).

Al hilo de lo expuesto conviene poner de manifiesto que el pabellón del buque como criterio de conexión para determinar la ley aplicable, no sólo al contrato de trabajo de la gente del mar, sino también para determinar la ley aplicable a otras cuestiones relativas al transporte marítimo, ha ido decayendo. Esta decadencia del criterio del pabellón se ha debido, principalmente, a que en ocasiones es frecuente encontrar buques que enarbolan el pabellón de un Estado con el que no tiene una verdadera

vinculación<sup>258</sup>, de tal manera que, a pesar de que el buque queda sometido a la legislación fiscal, de seguridad, etc., del Estado cuyo pabellón enarbola, la vinculación con ese Estado no está garantizada<sup>259</sup>.

Ahora bien, en el caso del Reglamento que nos ocupa sí está garantizada la vinculación efectiva con la Comunidad ya que los beneficiarios del Reglamento, armadores comunitarios, además de estar establecidos conforme a la legislación de un Estado miembro deben tener en un Estado miembro su centro de actividad principal y el control efectivo o, en su caso, cuando están establecidas fuera de la Comunidad, las compañías deben estar controladas por nacionales de un Estado miembro<sup>260</sup>.

Por lo tanto, así como queda asegurada una vinculación efectiva de las navieras con la Comunidad, no queda tan clara la vinculación de la naviera con el Estado en el que matricula y abandera el buque, así teniendo el control efectivo y centro de actividad principal en un Estado miembro, cabe

---

<sup>258</sup> Vid. IRIARTE ANGEL, J.L., "El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 y el trabajo de extranjeros a bordo de buques inscritos en el Registro Especial Canario", *II Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián*, Donostia, 1994, pp. 201 - 236; CARBONE, S.M., "Conflitti di leggi e diritto maritto nell'ordinamento italiano: alcune proposte", *Dir. Mar.*, 1983, pp. 67 - 80.

<sup>259</sup> Como hemos señalado, en el Registro Especial Canario ya se pueden inscribir buques destinados al tráfico de cabotaje. Para la inscripción del buque es suficiente que la compañía naviera tenga en Canarias un establecimiento o representación permanente, pudiendo tener el control efectivo en otro Estado (L.P.E.M.M., disposición adicional decimoquinta, punto 4.1), por lo tanto, la vinculación efectiva de esta compañía con España puede ser calificada de ficticia.

<sup>260</sup> Acerca de la validez del criterio del pabellón y, sobre todo, acerca de la combinación de este criterio con el derecho de establecimiento, vid. supra el capítulo dedicado a los criterios atributivos de la nacionalidad a las compañías navieras a efectos del Código UNCTAD y el Reglamento CEE n° 954/79.

que el armador matricule sus buques en otro Estado miembro donde la legislación laboral resulte más ventajosa para la compañía. De ahí las exigencias de ciertos Estados miembros que proponían como criterio de conexión el Estado de acogida.

Para cerrar este punto sobre la ley aplicable a las cuestiones relativas a la tripulación cabe recordar, como ha señalado la doctrina, que el artículo 3 es una solución de compromiso <sup>261</sup>. Como consecuencia de ello podemos afirmar que se trata de un precepto que, intentado accontentar a las partes enfrentadas, ha quedado exento de la claridad jurídica necesaria.

### **B) Los contratos de servicio público.**

El Reglamento 3577/92 admite la posibilidad de que los Estados miembros impongan condiciones a la prestación de servicios en el cabotaje insular. Así, de acuerdo con el art. 4, los Estados miembros podrán celebrar contratos de servicio público <sup>262</sup> con las compañías navieras o, en su caso,

---

<sup>261</sup> Vid. BASEDOW, J., op. cit. p. 98; AUSSANT, J., "Cabotage and Liberalisation of the Maritime Services Sector", Eur. Trans. Law, 1993, pp. 337 - 351; RICCOMAGNO, M., "Cabotage and the Liberalisation of the Maritime Services Sector", Eur. Trans. Law, 1993, pp. 352 - 360.

<sup>262</sup> El artículo 2.3 define este tipo de contrato como: "... el contrato celebrado entre las autoridades competentes de un Estado miembro y un armador comunitario a fin de ofrecer al público servicios de transporte suficientes". Este tipo de contratos, y siempre de acuerdo con el citado artículo, puede comprender: "servicios de transporte que cumplan normas establecidas de continuidad, regularidad, capacidad y calidad, servicios de transporte complementarios, servicios de transporte a precios y condiciones específicos, en especial para determinadas categorías de viajeros o para determinadas conexiones, adaptaciones de los servicios a las necesidades reales".

imponer obligaciones de servicio público<sup>263</sup>. Con la imposición de este tipo de obligaciones, o celebrando este tipo de contratos, se pretende ofrecer un servicio público continuo y regular.

En este orden de cosas, se ha señalado que en ningún caso debe entenderse que las obligaciones impuestas, o el contenido del contrato de servicio público, haga referencia a las condiciones del transporte, cuestión que queda en el ámbito de las reglas del D.I.Pr.<sup>264</sup>. Al respecto queremos destacar que resulta conveniente hacer una distinción, en relación a los problemas de ley aplicable, entre el contrato de servicio público y el contrato de transporte celebrado entre el expedidor y la naviera.

Respecto al primero, contrato de servicio público, el problema de la ley aplicable se presenta como una cuestión compleja ya que se trata de un contrato celebrado entre un particular, el armador, y un Estado<sup>265</sup>. Por otra parte, se trata de un contrato cuya celebración puede ser una condición impuesta por el Estado de acogida para que la naviera pueda prestar

---

<sup>263</sup> El artículo 2.4. establece que obligaciones de servicio público son “las obligaciones que el armador comunitario en cuestión no asumirá o no lo haría en la misma medida ni en las mismas condiciones, si considera su propio interés comercial”. De acuerdo con el artículo 4.2. las obligaciones de servicio público se limitarán a: “...los requisitos relativos a los puertos a los que se debe prestar el servicio, a la regularidad, la continuidad, la frecuencia, la capacidad de prestación del servicio, las tarifas practicadas y a la tripulación”.

<sup>264</sup> Como señala BASEDOW, J., op. cit. p. 97, el hecho de que el Reglamento establezca que un contrato de servicio público puede comprender servicios de transporte a precios y condiciones específicos debe entenderse como “especiales condiciones contractuales” para un determinado grupo de personas que, en este caso, son los habitantes de las islas.

<sup>265</sup> Acerca del Estado como parte interviniente en el contrato vid. CARBONE, S.M - LUZZATO, R., *Il contratto internazionale*, Torino, UTET, 1994, pp. 87 - 91.



servicios de cabotaje. Estos aspectos deben ser cuidadosamente tenidos en consideración para poder abordar el tema de la ley aplicable.

Respecto al contrato de transporte de mercancías celebrado entre la naviera y el expedidor debemos acudir al Convenio de Roma conforme al cual, a falta de que las partes hayan elegido la ley aplicable (art. 3), se acudirá a la presunción del artículo 4.4. De esta manera, resulta aplicable ley del país en el que, al momento de la celebración del contrato, coincida el establecimiento principal del transportista y el lugar de carga o descarga de las mercancía, o el establecimiento principal del expedidor, salvo que, como establece el art. 4.5, del conjunto de las circunstancias resulte que el contrato presenta vínculos más estrecho con otro país. De esta forma, la coincidencia entre el establecimiento principal del expedidor y el lugar de carga y descarga es, en principio, más probable que la coincidencia entre establecimiento principal del transportista y el lugar de carga y descarga. Hemos de tener en cuenta que, al estar ante un servicio de cabotaje, el lugar de carga y descarga será siempre el mismo, es decir, el Estado en el que se presta el servicio. El servicio puede prestarlo cualquiera de los beneficiarios comprendidos en el artículo 2.3 del Reglamento para los que, en momento alguno, se exige que cuente con establecimiento principal en el Estado en el que van a prestar el servicio de cabotaje

#### **V. Modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 TCE al transporte marítimo internacional.**

La aplicación de los arts.85 y 86 al sector de los transportes marítimo y aéreo, a falta de que el Consejo procediese a la actuación del art.84.2 del Tratado, tampoco estuvo exenta de discusión. Al respecto se pronunció el T.J.C.E. en la ya citada Sentencia *Nouvelles Frontières* de 1986 <sup>266</sup> siguiendo la

---

<sup>266</sup> Sentencia cit.supra. Se discutía si, como ocurría en aquel entonces, a falta de una normativa específica aplicable al sector del transporte aéreo (por extensión la cuestión

línea abierta por la Sentencia del mismo Tribunal de 4 de abril de 1974. Por lo tanto, al transporte marítimo, al margen de que el Consejo hubiese o no adoptado las medidas oportunas, le eran de aplicación los principios generales del Tratado entre los que se encuentran los relativos al Derecho de la competencia.

Ahora bien, a pesar de que el Derecho de la competencia comunitario era de aplicación al transporte marítimo, se hacía necesario disponer de una normativa específica para determinar las modalidades de aplicación de los arts. 85 y 86 del TCE. En este sentido hay que tener en cuenta que los transportes quedaron fuera del ámbito de aplicación del Reglamento nº17<sup>267</sup> sobre aplicación de los artículos 85 y 86 TCE, de tal forma que la Comisión carecía de los medios necesarios para investigar los asuntos relativos a la competencia en el marco del transporte marítimo

---

también atañe al sector marítimo) a éste le eran de aplicación los arts. 85 y 86 del Tratado. Por una parte, la Sociedad *Nouvelles Frontières*, el Gobierno del Reino Unido y la Comisión, apoyándose en la Sentencia del T. de Justicia de la CE de 4 de abril de 1974, sostenían que el art. 84.2 del Tratado no excluía al transporte aéreo de la aplicación de los principios generales del Tratado entre los que se incluyen los arts. 85 y 86, sólo excluye a dicho sector de una aplicación *ipso iure* de las disposiciones del Título IV del Tratado. La posición contraria la mantenía el Gobierno francés, estimando que la Sentencia anteriormente mencionada hacía referencia únicamente a las normas contenidas en la Parte Segunda del Tratado y no a las reglas sobre el Derecho de la competencia. Al respecto, el Tribunal estimó que los arts. 85 y 86 eran de aplicación al sector del transporte aéreo (y marítimo), encontrando tal posición su aval, no sólo en el art. 77 del Tratado, sino también en el hecho de que cuando el Tratado ha querido dejar fuera de la aplicación de las reglas de la competencia alguna actividad ha establecido un derogación expresa (por ejemplo, la contenida en el art. 42), cosa que no ha hecho en el caso de los transportes. Acerca de otros aspectos de esta Sentencia vid. infra.

<sup>267</sup> Reglamento (CEE) nº 17/62 del Consejo, de 6 de febrero de 1962. Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, D.O.C.E. nº 13 de 21 de febrero de 1962.

internacional, así como no contaba con los poderes propios de decisión y sanción. Finalmente, se dicta el Reglamento 4056/86 con el que se determinan las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 TCE al transporte marítimo.

### **1. Ámbito de aplicación.**

En el ámbito de aplicación del Reglamento 4056/86 quedan comprendidos los transportes marítimos internacionales que zarpen o se dirijan a uno o varios puertos de la Comunidad, es decir, en el ámbito de aplicación espacial se incluye el tráfico intracomunitario y el tráfico entre países de la U.E. y terceros (queda, por lo tanto, excluido el tráfico de cabotaje). Del ámbito de aplicación material queda excluido, de manera expresa, los servicios *tramp* (art.1.2) <sup>268</sup> y para un amplio sector doctrinal del ámbito de aplicación material también quedaría excluido el transporte de pasajeros <sup>269</sup>.

De esta forma tanto a los servicios *tramp* como al transporte de pasajeros sería de aplicación los artículos 85 y 86 del Tratado CE <sup>270</sup> pero no por la vía y, según las modalidades, previstas en el

---

<sup>268</sup> Acerca de la problemática que plantea esta exclusión del ámbito de aplicación del Reglamento 4056/86 vid. KREIS, H., "Maritime transport and ECC competition rules", Euro. Trans. Law, 1988, p. 570; RUTLEY, P., "International Shipping and ECC competition Law", E.C.L.R., pp. 5 - 18, esp. p. 9.

<sup>269</sup> Al respecto, PERROT, D.L., "The Special Transport Regimens under Community Competition Law: Comparisons and Continuing Questions", en *Derecho Comercial Comparado, Trabajos en Homenaje a Ferran Valls i Taberner*, Vol. XI, Barcelona 1989, pp. 2341 y ss.

<sup>270</sup> Esta aplicación vendría dada no sólo conforme a la Sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *Nouvelles Frontières*, sino también de acuerdo con otra Sentencia

Reglamento 4056/86. A raíz del pronunciamiento de la Comisión al respecto <sup>271</sup>, cierto sector de la doctrina ha optado por incluir en el ámbito de aplicación del presente Reglamento al transporte de pasajeros <sup>272</sup>. La cuestión no es de fácil solución ya que si bien el Reglamento deja clara la exclusión de los servicios no de línea, sea en sus considerandos que en el propio artículo 1.2, nada nos dice acerca del transporte de pasajeros, por lo tanto, no hay una exclusión expresa. Ahora bien, es cierto que a lo largo del texto del Reglamento se hace únicamente referencia al transporte de mercancías sin que en momento alguno se haga alusión al transporte de pasajeros.

Caben dos posibles interpretaciones: por una parte, si se hubiese querido descartar este tipo de servicios del ámbito de aplicación del Reglamento se hubiese hecho una exclusión expresa, y en su caso incluso argumentada, como se hizo con el tráfico no de línea. Pero por otra parte, si entraba dentro de las intenciones del Consejo regular el transporte de pasajeros a través del Reglamento 4056/86 no se entiende porqué no se

---

posterior del mismo Tribunal de 11 de abril de 1989, asunto 66/86, *Ahmed Saeed c. Centrale zur B. Unlauteren W. e. V.-, Recueil*, 1989, pp. 803 - 857.

<sup>271</sup> En el Decimoséptimo Informe de la Comisión sobre política de competencia, punto 47, la Comisión pone de manifiesto haber recibido tres solicitudes de exención individual para acuerdos de conferencias de barcos de pasajeros. En el Decimonoveno Informe, punto 29, nos dice que de acuerdo con el artículo 12.2 del Reglamento 4056/86 la Comisión procedió a la publicación de los acuerdos entre las compañías de transbordadores de líneas que lo habían solicitado.

<sup>272</sup> Vid. RUTLEY, P., op. cit., p. 9. Para el cual el servicio de transporte de pasajeros queda incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento debiendo dirigirse los "passanger ferry agreements" a la Comisión para una exención individual.

refiere a él en su art. 1.2 al delimitar el ámbito de aplicación del mismo, así como en el art. 1.3 al ofrecer las definiciones de servicios *tramp*, conferencia marítima y usuario. En cualquier caso, nos parece acertada la inclusión del tráfico de pasajeros en el ámbito de aplicación del Reglamento que analizamos, sobre todo si tenemos en cuenta que el Reglamento 4058/86, regulador del libre acceso al tráfico transoceánico, sí contempla el tráfico de pasajeros en su ámbito de aplicación material, Reglamento que, por su parte, en muchas ocasiones viene a complementar al Reglamento 4056/86, especialmente en aquellos supuestos en los que los acuerdos restrictivos de la competencia son adoptados por terceros Estados.

Más compleja se presenta la problemática relativa a la inclusión o no el transporte multimodal en el ámbito de aplicación del Reglamento 4056/86. A tenor de lo dispuesto en el decimoprimer considerando del Reglamento en este tipo de transporte la fase correspondiente al transporte terrestre quedaría sometida a la regulación del Reglamento 1017/68<sup>273</sup>, por su parte, las cuestiones relativas a los contenedores quedarían sujetas al Reglamento n° 17<sup>274</sup>. Esta es la línea que ha seguido la Comisión ya que, si bien en un cierto momento parecía mostrarse favorable a la concesión de una exención por categorías para los transportes multimodales<sup>275</sup>, abandonó esta idea para seguir

---

<sup>273</sup> D.O.C.E. L 175 de 23 de julio de 1968.

<sup>274</sup> D.O.C.E. N° 13 de 21 de febrero de 1962.

<sup>275</sup> Así, en la propuesta de Reglamento presentada por la Comisión el 25 de junio de 1900 (D.O.C.E. N° C 167/9, de 10 de julio de 1900), en su artículo 1 se establecía que "... la Comisión podrá... declarar inaplicables las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 a determinadas categorías de acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas que tengan por objeto fomentar o establecer una

manteniendo a esta modalidad de transporte bajo la aplicación los tres Reglamentos citados <sup>276</sup>.

## **2. Exenciones al artículo 85.1 del Tratado.**

Conforme al art.2.1 del Reglamento 4056/86, la prohibición del art.85.1 del Tratado CE no será de aplicación a “los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas” “cuyo único objeto y efecto sea el de aplicar mejoras técnicas o una colaboración de carácter técnico” a través de la realización de alguna de las actuaciones enumeradas en el punto 2 del mismo artículo; sin embargo, la Comisión podría, en caso necesario, presentar propuesta al Consejo para que se modifique la indicada enumeración.

En cuanto a las exenciones contenidas en el presente Reglamento, nos encontramos con que quedan eximidos de la prohibición del apartado 1 del art.85 del Tratado CE “los

---

cooperación en la prestación conjunta de servicios de transporte marítimo o de servicios combinados de transporte marítimo y terrestre”. Finalmente, tal propuesta se modificó y el actual Reglamento CEE nº 479/92 (D.O.C.E. nº L 55/3 de 29 de febrero de 1992), en el que se regulan las concesiones por parte de la Comisión de exenciones a los consorcios, no se hace en momento alguno referencia al transporte multimodal.

<sup>276</sup> Al respecto, señala MUNARI, F., *Il Diritto comunitario antitrust nel commercio internazionale: il caso dei trasporti marittimi*, Padova, 1993, p. 232, que esta interpretación restrictiva del ámbito de aplicación del Reglamento 4056/86 parece comprensible si se tiene en cuenta que hay otras normas comunitarias *antitrust* más severas que el Reglamento en estudio y por lo tanto se pretende que éste último no expanda excesivamente su ámbito de operatividad. Siempre en relación con el transporte multimodal vid. KREIS, H., “European Community Competition Policy and International Shipping”, *Euro. Trans. Law.*, 1992, I, pp. 155 - 180, esp. pp. 167 y 168, donde pone de manifiesto la poca claridad del Reglamento dada la redacción de sus artículos 5.3 y 5.4.

acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre la totalidad o parte de los componentes de una o varias conferencias marítimas cuyo objetivo sea la fijación de precios y condiciones de transporte” (art.3), o, en su caso, si se persiguen alguno de los objetivos enumerados en dicho artículo. Quedan también eximidos de las prohibiciones del art.85.1 (de acuerdo con lo previsto en el art.6) “las decisiones y prácticas concertadas entre los usuarios por un lado y las conferencias por otro, así como los acuerdos entre usuarios que ello pueda requerir, que se refieran a los precios, a las condiciones y a la calidad de los servicios de línea, siempre y cuando estén previstos en los puntos 1 y 2 del artículo 5”<sup>277</sup>.

Para que estas prácticas queden eximidas de la prohibición deben supeditarse a las condiciones recogidas en el art.4: no podrán causar “perjuicio dentro de la Comunidad a determinados puertos, usuarios o transportistas al aplicar para el transporte de mercancías idénticas, en la zona que abarca el acuerdo”, en caso contrario serían nulas de pleno derecho de acuerdo con el art. 85.2 del Tratado.

Estas exenciones no sólo se supeditarán a las condiciones recogidas en el art.4, sino que también lo harán a una serie de obligaciones recogidas en el art.5, en cuyo punto 1 se establece la necesidad de consultas (encaminadas a encontrar soluciones “a las cuestiones generales de principio que surjan entre los

---

<sup>277</sup> Ha sido señalado que el contenido de tal precepto se hace necesario desde el momento en que se establece la obligación de que se lleven a cabo consultas entre conferencias y cargadores, de tal manera que se crean interlocutores que puedan válidamente representar los intereses de los cargadores. Vid. MUNARI, F., *Il diritto comunitario antitrust...*op. ult. cit., p. 275.

usuarios, por una parte, y las conferencias, por otra, en lo referente a los tipos de flete, las condiciones y la calidad de los servicios regulares de transporte marítimo”), y en su punto 2 se regula las cuestiones referentes a los acuerdos de fidelidad, los cuales han constituido una de las prácticas conferenciales más discutidas.

Del texto del Reglamento se desprende que los acuerdos de fidelidad se establecerán a partir de consultas entre la conferencia y las asociaciones de usuarios con garantías que fijen explícitamente los derechos de los usuarios y de los miembros de la conferencia. La base de estos acuerdos podrá ser contractual u otro sistema lícito (siguiéndose así lo establecido en el código UNCTAD -art.7.1- sobre la naturaleza de los mismos). Los acuerdos de fidelidad quedarán sujetos a dos condiciones: en primer lugar, la conferencia ofrecerá una opción entre sistema de devolución inmediata o bien devolución diferida; en segundo lugar, deberá establecer, después de previa consulta con los usuarios, una lista de cargamentos excluidos explícitamente del ámbito de aplicación del acuerdo y los casos en los que los usuarios quedan excluidos de sus obligaciones de fidelidad. Finalmente, el art.5 regula los servicios no cubiertos por el flete; publicación de baremos y notificación a la Comisión de los laudos arbitrales.

Caben algunas observaciones acerca de la regulación sobre los acuerdos de fidelidad: El Reglamento mantiene, por una parte, la misma línea que el Código UNCTAD; pero sólo pueden acogerse al art.5.2 los acuerdos de fidelidad celebrados entre conferencias y cargadores, quedando fuera aquellos que pudiesen celebrarse entre otros sujetos detentores de una posición de dominio en el mercado, por ejemplo los *outsiders* que ostenten una posición de este tipo, ya que el propio artículo establece “...las compañías navieras que formen parte de una conferencia tendrán



derecho a establecer con los usuarios y a aplicar acuerdos de fidelidad...”. Como consecuencia, los acuerdos de fidelidad establecidos por sujetos distintos a las conferencias marítimas, tal como las define el propio Reglamento, serían ilícitos de acuerdo con la abundante Jurisprudencia comunitaria que en reiteradas ocasiones se ha pronunciado en este sentido respecto a las obligaciones de fidelidad establecidas por empresas que ostentan posición de dominio en el mercado <sup>278</sup>. A su vez, también serían ilícitos los acuerdos de fidelidad llevados a cabo por conferencias marítimas en condiciones distintas a las exigidas por el art.5.2 del Reglamento que nos ocupa, violándose así una de las obligaciones a las que se supeditan las exenciones del art.3.

Además de las condiciones y obligaciones ya vistas a las que se supeditan las exenciones, éstas también quedan sujetas a un control previsto en el art. 7, cuyo procedimiento de aplicación se llevará a cabo conforme a las normas de procedimiento de la Sección II del Reglamento.

### **3. Aplicación del artículo 86 del Tratado CE.**

El art.8 del Reglamento viene a reconocer la directa aplicación del art.86 del Tratado, ya que establece que el abuso de posición de dominio quedará “prohibida sin que sea necesaria ninguna decisión previa para ello”. Dado que el art.86 del Tratado resulta directamente aplicable, habrá que determinar, conforme al mismo, qué se entiende por abuso de posición de

---

<sup>278</sup> Entre otras destacar las Sentencias del T.J.C.E.: *Hoffmann La Roche* c. Comisión, asunto 85/76, 13 de febrero de 1979, *Recueil*, 1979, pp. 461 y ss.; *Nederlandische Baden-Industrie Michelin* c. Comisión, asunto 322/81, 9 de noviembre de 1983, *Recueil*, 1983, pp. 3461 y ss.

dominio en el mercado<sup>279</sup>. La lista de prácticas abusivas que se recoge en el art.86 no constituye una relación cerrada, como ha sido puesto de manifiesto por la Jurisprudencia del T.J.C.E.<sup>280</sup>. En efecto, nos encontramos con abuso de posición de dominio en los siguientes casos:

- Imposición directa o indirecta de precios u otras condiciones no equitativas. Acerca de la calificación de un precio o condición como equitativo o no se barajan varios criterios: la relación entre coste del producto y precio del mismo; precios existentes en otros mercados; relación entre el valor económico de la contraprestación y el precio pagado por la misma.

En el caso concreto del transporte marítimo, y siguiendo los criterios indicados en el párrafo anterior, el abuso de posición de dominio podría venir dado por la práctica de tarifas demasiado elevadas, dando lugar a una desproporción entre contraprestación y tarifas pagadas por los cargadores. Este abuso podría llevarse a cabo tanto por una

---

<sup>279</sup> A nivel interno hay que tener en consideración la Ley 16/1986, de 17 de julio, de defensa de la competencia, en cuyo art. 6.2 entiende por abuso de posición de dominio los siguientes supuestos: "a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos. b) La limitación de la producción, distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las Empresas o de los consumidores. c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos".

<sup>280</sup> Sentencia del T.J.C.E. de 21 de febrero de 1973, asunto 6/72, *Europemballage Corporation y Continental Can Co. Inc. c. Comisión*, *Recueil*, 1973, pp. 215 y ss.

conferencia marítima como por cualquier otro sujeto distinto con tal de que ocupe una posición de dominio, por ejemplo las navieras *outsiders*, si bien es más probable que sean las conferencias quienes ostenten una posición dominante en el tráfico.

Dado que la lista del art. 86 no es cerrada también cabe hablar de abuso de la posición de dominio en el caso contrario al anterior, es decir, cuando se practican tarifas demasiado bajas, hasta el punto de que los competidores no puedan bajar tanto sus tarifas sin arriesgarse a operar en pérdidas. En el ámbito de las conferencias marítimas un ejemplo lo constituiría la práctica de los buques de lucha (prohibidos por el art. 18 del código UNCTAD). Estos buques participaban en el tráfico practicando tarifas muy por debajo de la media, operando en pérdidas pero siendo éstas soportadas por la totalidad de las navieras miembros de la conferencia. Una vez que se había atraído a los usuarios el buque de lucha salía del tráfico. Resulta evidente que una práctica de este tipo no podría llevarse a cabo por los *outsiders*, ya que al ser navieras independientes tendrían que afrontar las pérdidas en solitario <sup>281</sup>.

---

<sup>281</sup> El art. 18 de código UNCTAD establece: "Las compañías navieras miembros de una conferencia no utilizarán buques de lucha en el tráfico de la conferencia para excluir, impedir o reducir la competencia eliminando de dicho tráfico a una compañía no miembro de esa conferencia". De la propia prohibición contenida en este precepto se deduce que los buques de lucha se utilizaban con la intención de excluir, impedir o reducir la competencia de las compañías no conferenciadas que operan en el mismo tráfico que la conferencia. Sobre el carácter ilícito de la que fuera práctica habitual de las conferencias marítimas parece no haber duda, así para S.M. Carbone esta práctica supone una "hipótesis de *dumping* o en cualquier caso de *boicot*". Vid. CARBONE, S.M. - D'ANGELO, "Le Conferenze marittime tra autonomia privata, disciplina internazionale e legislazioni nazionali", Riv. Dir. Mar., 1980, pp. 3 - 30.

A pesar de que se ha intentado amilantar la práctica de los buques de lucha, sea por la vía del Código UNCTAD como por la vía de la normativa comunitaria, las empresas navieras, especialmente las conferenciadas continúan en sus intentos de poner en práctica este sistema de exclusión de la competencia. Así la Asociación de armadores daneses denunció, por la vía del art. 10 del Reglamento 4056/86 las prácticas contraria a la libertad de competencia llevadas a cabo por la conferencia marítima CEWAL. La Comisión determinó que la citada conferencia marítima llevaba a cabo la práctica de los buques de lucha que, en este caso concreto, consistía en: 1. la secretaría de la conferencia comunicaba a sus miembros las fechas de salida previstas por la naviera *outsiders* que cubría la ruta Mar del Norte/Zaire, así como la identidad de los cargadores. 2. convocaba reuniones para designar los buques de la conferencia que debían practicar tarifas de lucha, es decir, iguales o inferiores a las tarifas practicadas por la naviera *outsider*, absorbiendo todos los miembros las diferencias entre la tarifa normal de la conferencia y las tarifas de lucha. 3. Los buques de lucha partían en las mismas fechas que los buques de la naviera *outsider*. En un período de tiempo no superior a cuatro meses entraron en el tráfico veintitrés buques de lucha. Por todo ello, la Comisión condenó a parte de las navieras integrantes de CEWAL al pago de una multa <sup>282</sup>.

- Otros casos recogidos en el art. 86 son: limitación de la producción o del desarrollo técnico en perjuicio de los

---

<sup>282</sup> Decisión de la Comisión de 23 de diciembre de 1992 relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 del Tratado CEE (IV/32448 - IV/32450: CEWAL, COWAC, UKWAL) y 86 del Tratado CEE (IV/32448 - IV/32450: CEWAL), D.O.C.E. n° L 34 de 10 de febrero de 1993.

consumidores, aplicación de condiciones desiguales a terceros contratantes para prestaciones equivalentes y contratos ligados.

Siguiendo la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CE se puede hablar de abuso de posición de dominio en aquellos casos en los que la empresa que ostenta esta posición actúa interfiriendo la estructura del mercado, tanto en su propio mercado como en un mercado distinto a aquel en el que habitualmente opera. Esta interferencia puede llevarse a cabo con dos posibles objetivos: el primero consistiría en debilitar la competencia; el segundo en fortalecer su posición de dominio, siendo ambos objetivos constitutivos de un abuso de posición de dominio. Este tipo de actuaciones puede llevarse a cabo de varias maneras: así, entre otras, a través de la concentración de empresas <sup>283</sup>; vinculando a los clientes a aprovisionarse sólo de dicha empresa en porcentajes muy elevados utilizando medios tales como las rebajas de fidelidad <sup>284</sup> (en el caso del transporte marítimo sólo cuando dichas rebajas no se ajusten a la regulación del Reglamento en examen); y cualquier otra que produzca el mismo efecto.

Asimismo, uno de los comportamientos que puede provocar los efectos anteriormente mencionados lo constituye la negativa a contratar. Esta negativa puede llevarse a cabo con ánimo de reforzar la posición de dominio para poder abusar de ella <sup>285</sup>;

---

<sup>283</sup> Sentencia *Continental Can*, cit. supra.

<sup>284</sup> S.T.J.C.E., 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, *Hoffman - La Roche* c. Comisión, *Recueil*, 1979, pp.461 y ss.

<sup>285</sup> S.T.J.C.E., 14 de febrero de 1978, asunto 27/76, *United Brands Co. and United Brands Continental B.V.* c. Comisión, *Recueil* 1978, pp. 207 y ss. Donde se recoge: 189. "...el hecho de que una empresa esté en una posición dominante no le puede privar del

para eliminar a otro sujeto que opere en el mismo mercado<sup>286</sup>; o, en su caso, con intención de eliminar a un competidor<sup>287</sup>.

Por el contrario, la negativa a contratar no puede ser calificada de abuso de posición de dominio cuando se haga frente a un cliente esporádico y sobre la base de una justificación económica o, en su caso, para satisfacer a los clientes habitual<sup>288</sup>; o siempre que la negativa sea consecuencia de una reacción que pueda calificarse de “proporcionada y racional” frente a una actuación llevada a cabo por la contraparte.

---

derecho a proteger sus propios intereses comerciales si son atacados, y que debe concederse a dicha empresa el derecho a adoptar todas aquellas medidas razonables como considere oportunas para proteger los referidos intereses, dicho comportamiento no puede ser admitido si su finalidad real es la de fortalecer esta posición dominante y abusar de ella.”

<sup>286</sup> Asunto *United Brands*, cit. nota anterior. 182. ... “una empresa en una posición dominante que tenga la finalidad de vender productos ... no puede dejar de suministrar a un viejo cliente que se ajuste a las prácticas comerciales normales, si los pedidos cursados por dicho cliente no se salen de lo normal”. 183. “semejante conducta es incompatible con los objetivos establecidos en el artículo 3 (f) del Tratado, que se enumeran con detalle en el artículo 86, especialmente en los párrafos (b) y (c), ya que la negativa de venta limitaría los mercados con perjuicio de los consumidores y equivaldría a discriminación que pudiera al final eliminar a un participante del mercado relevante”.

<sup>287</sup> *Commercial Solvents*, asuntos 6 y 7 /73 *Istituto Chimioterapico Italiano SpA y Commercial Solvents Corp. c. Comisión*, *Recueil*, 1974, pp. 223 y ss. Donde nuevamente se hace referencia a que una negativa a contratar encaminada a eliminar a un competidor es contraria al art. 3 (f) y arts. 85 y 86 del Tratado constituyendo abuso de posición de dominio.

<sup>288</sup> Sentencia de 29 de junio de 1978, asunto 77/77, *Benzine en petroleum Handelsmaatschppij BV (BP) y otros c. Comisión*, *Recueil* 1978, pp. 1513 y ss.

En cualquier caso, puede decirse que el abuso de posición de dominio en el mercado se da siempre que del comportamiento llevado a cabo por una empresa que ostenta posición de dominio resulten vulnerados los objetivos perseguidos por el TCE en materia de competencia. Es decir, cuando resulten vulnerados los objetivos fijados en el art. 3º f) y desarrollados en los arts. 85 y 86, como así puso de manifiesto la Comisión en el Memorándum de 1965 <sup>289</sup>, y reiterado en numerosas ocasiones por el Tribunal de Justicia.

En el caso de que las prácticas llevadas a cabo por la conferencia, acogiéndose a las exenciones previstas en el art.3, resulten incompatibles con el art.86 del Tratado, la Comisión, bien por iniciativa propia, bien a instancia de un Estado miembro o persona física o jurídica que invoque un interés legítimo, podrá retirar la exención y adoptar las medidas necesarias para suspender la infracción; o bien antes de adoptar una decisión la Comisión puede dirigir a la conferencia en cuestión recomendaciones encaminadas a la suspensión de la infracción.

Al hilo de lo expuesto hay que señalar que tanto a nivel de decisiones de la Comisión como a nivel de jurisprudencia del TJCE ha quedado en varias ocasiones señalado que la aplicación del los artículos 85 y 86 del Tratado no son excluyentes. Así, en la Decisión de la Comisión de 23 de diciembre de 1992 <sup>290</sup> se señala

---

<sup>289</sup> “Le problème des concentrations dans le marché commun”, 1966, serie Concurrence, n.3, donde se recoge: “Existe explotación abusiva, cuando el comportamiento de la empresa constituye objetivamente un comportamiento que viola los objetivos fijados por el Tratado...”.

<sup>290</sup> Decisión cit. supra.

que “el hecho de que algunas actividades de CEWAL queden autorizadas por una excención por categorías no excluye la aplicación del artículo 86 a las actividades de la conferencia”<sup>291</sup>.

La Sección I concluye con la regulación de los conflictos de derecho internacional, previendo solución para el caso en el que el Reglamento entrara en conflicto “con las disposiciones legales, normativas o administrativas” de países terceros<sup>292</sup>.

En la Sección II se recogen las normas relativas al procedimiento encaminado a poner fin a las infracciones llevadas a cabo contra el art. 85.1 y 86. Este procedimiento puede entablarse por denuncia o por propia iniciativa de la Comisión. En el caso de que se inicie a través de denuncia ésta podrá ser presentada por los Estados miembros o las personas físicas o jurídicas que invoquen un interés legítimo (art.10). Conviene en este punto destacar que el art. 14 concede competencia exclusiva a la Comisión para “emitir una Decisión en aplicación del apartado 3 del artículo 85”, por lo tanto, la concesión de una excención, individual o por categorías, de acuerdo con el citado precepto del Tratado recae exclusivamente en manos de la Comisión.

---

<sup>291</sup> La Comisión se apoya en la Sentencia del TJCE de 10 de julio de 1990, asunto T-51/89, *Tetra Pak Rausing SA c. Comisión de las Comunidades Europeas*, *Recueil* 1990-II, pp. 309 - 365.

<sup>292</sup> No cabe duda acerca de la importancia que reviste el citado artículo, pero nos parece más oportuno llevar a cabo un estudio específico del mismo al abordar el tema de la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia, en lugar de hacerlo en este momento de nuestro trabajo donde simplemente pretendemos exponer el contenido del Reglamento 4056/86 sin ahondar en problemas concretos derivados de su aplicación. Acerca del art. 9 vid. infra.



Además de la decisión de 23 de diciembre de 1992, citada al analizar la práctica de los buques de lucha, la Comisión ha adoptado varias decisiones en aplicación del procedimiento previsto en este Reglamento<sup>293</sup>, entre las que destacamos la de 19 de diciembre de 1990 ante la denuncia presentada por la Asociación de armadores daneses y el Gobierno danés respectivamente, en base al art.10 del Reglamento que nos ocupa, contra Secretema (sociedad civil que presta servicios relacionados con la aplicación de acuerdos entre compañías navieras), que actúa encargándose de “tareas de coordinación, de ejecución y de control” en el marco de los comités de armadores que realizan sus actividades entre Francia y Estados Africanos. La denuncia se basó principalmente en el hecho de que los comités de armadores y Secretema realizaban prácticas encaminadas a “limitar o impedir el acceso del tráfico a la competencia”. Sobre las citadas decisiones volveremos a lo largo del presente trabajo según se vayan abordando problemas puntuales planteados por la vulneración de la competencia en el marco de los transportes marítimos.

Ahora bien, el Reglamento 4056/86 recoge las modalidades de aplicación del Derecho de la competencia comunitario al

---

<sup>293</sup> Vid. Decisión de la Comisión de 19 de diciembre de 1990 relativa a la imposición de una multa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 19 del Reglamento (CEE) n° 4056/86 del Consejo, D.O.C.E. n° L 35/23 de 7 de febrero de 1991. Decisión de la Comisión de 1 de abril de 1992 relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE (IV/32.450: comités de armadores franceses y de África Occidental, D.O.C.E. n° L 134/1 de 18 de mayo de 1992. Decisión de la Comisión de 6 de abril de 1992 por la que se impone una multa en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 del Reglamento CEE n° 4056/86 del Consejo (IV/32.448 y IV/32.450 -UKWAL), D.O.C.E. n° L 121/45 de 6 de mayo de 1992.

sector del transporte marítimo internacional. Pero la aplicación de esta normativa es necesario que se de un presupuesto que no es otro que la vulneración de los artículos 85 y 86 TCE. Esta vulneración se produce, de acuerdo con el texto de ambos artículos, cuando se llevan a cabo comportamientos que “puedan afectar al comercio entre Estados miembros”. De esta forma, consideramos necesario entrar en el estudio de la “afectación” del comercio entre Estados de la U.E.

#### **4. La “afectación” del comercio entre Estados miembros en el marco del tráfico marítimo internacional.**

Como ya hemos señalado, tanto el artículo 85 cuanto el 86 TCE hablan de prácticas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros. Por lo tanto, la “afectación” de este comercio se presenta como un presupuesto para la aplicación de los citados preceptos. La interpretación y alcance del concepto de “afectación” ha sido objeto de un extenso debate doctrinal <sup>294</sup>, así como a través de las decisiones de la Comisión y de las sentencias del TJCE se ha ido perfilando el alcance de este concepto <sup>295</sup>. Ahora bien, la mayoría de los debates, doctrinales y jurisprudenciales, se han centrado principalmente en abordar la “afectación” como criterio para determinar si resulta aplicable el Derecho comunitario de la competencia o las legislaciones

---

<sup>294</sup> Al respecto, vid. GOLDMAN, B.-LYON-CAEN, A.-VOGE, L., *Droit Commercial Européen*, 5ª ed., París, 1994, pp. 735 - 744.

<sup>295</sup> El caso que mayor eco ha tenido en relación con la interpretación y alcance del concepto de “afectación” ha sido el asunto *Grundig-Costen*, S.T.J.C.E. de 13 de julio 1966, asunto 56-58/64, *Établissements Consten S.A.R.L. et Grundig-Verkaufs-GMBH* c. Comisión, *Recueil*, 1966, pp. 429 - 506.

*antitrust* vigentes en los Estados miembro <sup>296</sup>. Aún así, sin perjuicio de entrar en el estudio de esta relación entre Derecho comunitario y legislaciones internas <sup>297</sup>, en este momento lo que a nosotros nos interesa es poner de manifiesto como los acuerdos o prácticas colusorias relativas a tráficos internacionales (especialmente los tráficos entre puertos de la U.E. y países terceros) pueden provocar una “afectación” del comercio entre los Estados miembros, incluso repercutiendo en el comercio de Estados miembros cuyos puertos son ajenos al tráfico en el que el acuerdo o práctica colusoria ha sido llevado a cabo.

Es conveniente empezar señalando que la U.E. era consciente de que el comercio entre los Estados miembros, concretamente en este caso el comercio relativo al tráfico marítimo, podía verse afectado por prácticas relativas al comercio marítimo entre uno o varios Estados miembros y países terceros. Así, en el sexto considerando del Reglamento 4056/86 se establece que: “...el comercio entre Estados miembros puede verse afectado cuando tales acuerdos o prácticas abusivas atañen a los transportes internacionales, incluidos los intracomunitarios que parten de puertos de la Comunidad o se dirigen a ellos... pueden afectar la competencia, por una parte entre los puertos de los distintos Estados miembros, alterando sus respectivas zonas de atracción, y por otra entre las actividades encuadradas en dichas zonas de atracción, y perturbar las corrientes de intercambio dentro del mercado común”.

---

<sup>296</sup> Acerca de la relación entre el Derecho comunitario y legislaciones nacionales vid. *infra*.

<sup>297</sup> Vid. *infra* en introducción al capítulo dedicado a la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia.

Son varias las sentencias del TJCE y decisiones de la Comisión donde han sido señaladas las repercusiones que sobre el comercio intracomunitario pueden tener acuerdos colusorios relativos al tráfico internacional con terceros Estados. En el caso del transporte aéreo, cuyas experiencias son extensibles al transporte marítimo, cabe destacar una sentencia que ya hemos citado anteriormente: la Sentencia *Ahmed Saeed*. En este asunto el Abogado General Sr. Lenz destacó en sus conclusiones que las relaciones comerciales entre Estados miembros pueden verse afectadas, no sólo por prácticas relacionadas con el transporte aéreo intracomunitario, sino también “por prácticas que se relacionen con el transporte aéreo entre los Estados miembros y los terceros países”. Concretamente, pone de manifiesto que “los acuerdos sobre tarifas relativos al tráfico entre un determinado aeropuerto de un país tercero y los aeropuertos situados dentro de la Comunidad pueden eventualmente dar lugar a desviaciones del tráfico comercial dentro de la Comunidad”<sup>298</sup>.

En la misma línea, y ya en relación con asuntos relativos a la aplicación del Reglamento 4056/86, hemos de destacar dos Decisiones de la Comisión: la Decisión Comité de Armadores, de 1 de abril de 1992, y la Decisión relativa a las Conferencias CEWAL, COWAC y UKWAL, de 23 de diciembre de 1992<sup>299</sup>.

En la primera de ellas la Comisión pone de manifiesto que, los acuerdos entre armadores franceses y armadores de países africanos para cubrir una serie de rutas entre puertos de Francia y puertos de África occidental, provocaba distorsiones de la

---

<sup>298</sup> Vid. Sentencia *Ahmed Saeed*, cit., p. 823.

<sup>299</sup> Decisiones cit., vid. supra.

competencia entre puertos franceses y los demás puertos comunitarios. Estas distorsiones que se manifestaron principalmente en relación con la situación de desventaja en la que se encontraban los importadores y exportadores franceses frente a sus competidores que, dirigiéndose hacia los mismos países africanos que ellos, lo hacían partiendo de otros puertos de la Comunidad. Asimismo, también la Comisión destacó la posibilidad de que los cargadores franceses insatisfechos con la calidad de los servicios o con el importe de las tarifas se dirijan a otros puertos comunitarios produciéndose así una “desviación del tráfico” con el consiguiente detrimento de la actividad en puertos franceses.

En la segunda de las decisiones citadas, relativa a una serie de conferencias marítimas que cubren el tráfico de línea regular entre puertos comunitarios y puertos de terceros Estados, la Comisión señala que los transportistas (comunitarios y no comunitarios) a través de los acuerdos entre los miembros de las distintas conferencias <sup>300</sup> aceptan prestar sus servicios exclusivamente en determinados puertos comunitarios en detrimento de los restantes creándose así “barreras artificiales entre los Estados miembros”. Además, señala que este tipo de acuerdos afecta a la competencia entre los puertos de los Estados miembros al modificar las zonas de atracción y las actividades que se sitúan en dichas zonas, perturbándose de esta forma las corrientes de intercambio dentro del mercado común <sup>301</sup>.

---

<sup>300</sup> Estos acuerdos entre las tres conferencias implicadas suponían que los miembros de las mismas operarían únicamente en las rutas cubiertas por sus respectivas conferencias, no pudiendo las navieras de una conferencia participar en las rutas cubiertas por las otras en calidad de *outsiders*.

<sup>301</sup> Vid. Decisión cit., puntos 39 y 40.

De todo lo expuesto puede decirse que en el marco del transporte marítimo internacional la afectación del comercio intracomunitario, por lo general, tiene como resultado la desviación del tráfico o, lo que es lo mismo, la alteración de las zonas de atracción de tal manera que las corrientes de intercambio fluyen entorno a determinados puertos en detrimento de otros.

#### **VI. Aplicación de los artículos 85 y 86 TCE a los supuestos ajenos al ámbito de aplicación material del Reglamento 4056/86.**

Al analizar el ámbito de aplicación material del Reglamento 4056/86 se puso de manifiesto que quedaban fuera del mismo ciertos tipos de tráfico. En concreto los servicios excluidos de la aplicación son los servicios no de línea (servicios *tramp*), los servicios *off-shore*, el tráfico de cabotaje <sup>302</sup>, y el transporte multimodal <sup>303</sup>. Por lo tanto, a todos ellos, como ya ha sido puesto de manifiesto, sí se les aplicarán los artículos 85 y 86 TCE pero no por la vía del Reglamento 4056/86 sino por el régimen transitorio previsto en los artículos 87 a 89 TCE .

En este apartado nos ocuparemos de la aplicación de los citados preceptos del Tratado CE a aquellos tipos de tráfico, citados anteriormente, que no quedan cubiertos por el Reglamento 4056/86, mientras que las cuestiones relativas al ámbito de aplicación espacial del citado Reglamento, así como de

---

<sup>302</sup> Este tipo de tráfico, a pesar de ser interno de un único Estado puede ser relevante a la hora de aplicar la normativa comunitaria *antitrust*.

<sup>303</sup> Acerca del ámbito de aplicación del Reglamento 4056/86 vid. infra.

los artículos 85 y 86 TCE, serán objeto de estudio al abordar el tema de la extraterritorialidad de la legislación *antitrust*<sup>304</sup>.

No cabe duda de que en el marco de los transportes marítimos que no quedan cubiertos por el Reglamento 4056/86 es posible encontrarse ante situaciones y comportamientos que producen o pueden producir un perjuicio en el comercio intracomunitario. Es por ello que conviene abordar el tema de la aplicación de los artículos 85 y 86 TCE a aquellos supuestos que quedan fuera del ámbito de aplicación material del Reglamento. Ante ello, nos vamos a detener en el estudio de las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 TCE a falta de una regulación específica.

### **1. Modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 TCE a los transportes marítimos no cubiertos por el Reglamento 4056/86.**

El artículo 87 TCE prevé que el Consejo adopte los reglamentos y directivas oportunas para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado. En base a la previsión de este artículo, además de lo establecido en el art. 84.2 TCE, nace el Reglamento 4056/86 que, como ya hemos puesto de relieve, establece las modalidades de aplicación de los citados preceptos del Tratado a los transportes marítimos. También, en reiteradas ocasiones, hemos señalado que este Reglamento tiene un ámbito de aplicación material determinado fuera del cual quedan ciertas modalidades de transportes. A su vez, el Reglamento n° 141<sup>305</sup> establece que los transportes quedan fuera del ámbito de

---

<sup>304</sup> Vid. supra.

<sup>305</sup> D.O.C.E. n° 124 de 28 de noviembre de 1962.

aplicación del Reglamento nº 17/62 (regulador de la disciplina general de aplicación de los citados preceptos del Tratado) <sup>306</sup>. Por lo tanto, la solución a las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 TCE a los transportes no cubiertos por el Reglamento 4056/86 deberá buscarse en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la C.E. Concretamente, vamos a centrar en dos Sentencias de este Tribunal que ya han sido citadas a lo largo de este trabajo: las Sentencias *Nouvelles Frontières* <sup>307</sup> y *Ahmed Saeed* <sup>308</sup>.

---

<sup>306</sup> Reglamento cit. supra.

<sup>307</sup> Sentencia del T.J.C.E. de 30 de abril de 1986, a. 213/84, cit. Sostiene el Tribunal que a falta de una normativa comunitaria específica sobre la materia corresponde a las autoridades de los Estados miembros (*ex art. 88*) y a la Comisión (*ex art. 89*) asegurar el respeto de dichas normas, entendiéndose por autoridades de los Estados miembros, de acuerdo con la Sentencia de 30 de enero de 1974 -causa 127/73-, “las autoridades administrativas encargadas, en la mayor parte de los Estados miembros, de aplicar las leyes nacionales sobre la competencia bajo el control de legitimidad realizado por los jueces competentes ...”. Quedan excluidos los jueces penales “que tienen la labor de proveer a la represión de las infracciones de las leyes”. En esta Sentencia se sigue la línea abierta en el caso *Bosch* (S.T.J.C.E. de 6 de abril de 1962, asunto 13/61, *De Geus c. Bosch*, *Recueil*, 1962, pp. 95 y ss.).

<sup>308</sup> El caso partió del litigio existente entre una asociación alemana dedicada a combatir la competencia desleal y dos agencias de viajes. Estas últimas se dedicaban a adquirir billetes de avión, en compañías aéreas o agencias de viajes de otro Estado comunitario, los cuales tenían como destino aeropuertos de Estados no comunitarios. Una vez adquiridos los revendían en Alemania emitiéndolos en la moneda del Estado comunitario donde los habían comprado, así como figuraba en los mismos como lugar de embarque un aeropuerto del Estado donde se compraron. Pero en la práctica el embarque de los pasajeros se efectuaba en Alemania donde dichos vuelos hacían escala. Los órganos jurisdiccionales alemanes de primera instancia y de apelación no dudaron en estimar que dichas prácticas eran contrarias al Derecho alemán pero aún así se cuestionaron si éstas eran contrarias al Derecho comunitario regulador de la



La solución aportada por esta jurisprudencia establece que, a falta de la actuación de las previsiones del art. 87 TCE para determinados sectores, la aplicación de los preceptos del Tratado relativos al Derecho de la competencia se llevará a cabo de acuerdo con la disciplina transitoria que prevén los artículos 88 y 89 TCE <sup>309</sup>. Conforme a estos preceptos hasta que no entre en vigor la normativa emanada de acuerdo con el artículo 87.2 “...las autoridades de los Estados miembros decidirán sobre la admisibilidad de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas y sobre la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado común...”(art. 88). Conforme al art. 89, y sin perjuicio de lo establecido en el art. 88, la Comisión “...velará por la aplicación de los principios enunciados en los artículos 85 y 86...”. Acerca

---

competencia. Fue el *Bundesgerichtshof*, órgano ante el cual se había presentado un recurso, quien planteó al T.J.C.E. tres cuestiones prejudiciales acerca de la interpretación de una serie de artículos del Tratado, entre ellos el 85, 86, 88 y 89, para determinar la compatibilidad de ciertas prácticas sobre fijación de tarifas aplicables al transporte aéreo de pasajeros con los preceptos del Tratado. El Tribunal de Justicia de las Comunidades estimó que, teniendo en cuenta que la normativa comunitaria emanada hasta ese momento sobre transporte aéreo no contemplaba el tráfico con aeropuertos de Estados no comunitarios, sería de aplicación el régimen transitorio (ex artículos 88 y 89) según se aplicó en el caso *Nouvelles Frontières*. La única novedad dada por esta Sentencia es la ampliación que supone en favor de los jueces en cuanto a la aplicación del art. 86 del Tratado, ya que estima que este precepto sanciona el abuso de posición de dominio en el mercado sin posibilidad de que tal práctica pueda ser objeto de exención alguna con lo que no se hace necesario una decisión en tal sentido por parte de las autoridades nacionales competentes o de la Comisión según el régimen transitorio de los artículos 88 y 89.

<sup>309</sup> Así la sentencia *Nouvelles Frontières* establece en su punto 52 que “a falta de una normativa del estilo de la prevista en el artículo 87 del Tratado siguen siendo de aplicables los artículos 88 y 89”.

de quienes deben entenderse como autoridades competentes de los Estados miembros, y de acuerdo con la jurisprudencia citada, hay que señalar la exclusión que se hace de los órganos jurisdiccionales penales <sup>310</sup>. Si bien, como se ha visto, en el caso *Ahmed Saeed* se produce una ampliación en favor de los jueces ordinarios a la hora de aplicar el art. 86 TCE <sup>311</sup>.

Por lo tanto, respecto a la aplicación del artículo 85 TCE a falta de una normativa específica, y de acuerdo con la jurisprudencia del T.J.C.E. apenas citada, las autoridades nacionales competentes podrán decidir sobre la admisibilidad de acuerdos que hayan sido sometidos a su aprobación “en el marco del Derecho nacional en vigor en materia de competencia”, si bien la Comisión podrá hacer constar posibles infracciones de los artículos 85 y 86 TCE, pero no resulta competente “para conceder declaraciones de inaplicabilidad en el sentido del apartado 3 del artículo 85” <sup>312</sup>.

Por lo tanto, la posibilidad de conceder las declaraciones de inaplicabilidad quedan en manos de las autoridades nacionales competentes.

---

<sup>310</sup> Punto 55 y 56 de la sentencia *Nouvelles Frontières*.

<sup>311</sup> Vid. considerandos 32 y 38 de la citada Sentencia, así como el considerando 45 donde se recoge de manera expresa que en el supuesto de que “la Comisión no haya intervenido para poner fin a la infracción o para sancionarla, corresponderá a las autoridades competentes nacionales, administrativas o judiciales, deducir las consecuencias de la aplicabilidad de la prohibición...”.

<sup>312</sup> Vid. considerando 62 de la Sentencia *Nouvelles Frontières*.

Respecto a los órganos jurisdiccionales nacionales, el considerando 68 de la Sentencia *Nouvelles Frontières*<sup>313</sup> establece que éstos no podrán declarar la incompatibilidad con el apartado 1 del artículo 85 TCE de un acuerdo o práctica concertada si previamente no se ha dado una decisión de las autoridades nacionales competentes en tal sentido y declarando que la práctica concertada o acuerdo no es susceptible de una exención en base al art. 85.3 TCE; o, en su caso, una decisión de la Comisión en la que se haga constar la existencia de una infracción del art. 85.1 TCE. Existiendo una decisión en el sentido de las expuestas los órganos jurisdiccionales nacionales deberán “extraer todas sus consecuencias y deducir, ..., en virtud del apartado 2 del artículo 85, la nulidad de pleno derecho de las concertaciones...”.

Ahora bien, esta exigencia de una declaración previa del la autoridad nacional competente o de la Comisión como paso previo para la actuación del órgano jurisdiccional nacional es una característica propia del sector de los transportes. De hecho, si acudimos a la “Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE”<sup>314</sup> vemos como se admite la posibilidad de que la jurisdicción ordinaria pueda pronunciarse sobre la compatibilidad con el art. 85.1 y 86 TCE de un acuerdo o comportamiento impugnado<sup>315</sup>. La propia

---

<sup>313</sup> En el mismo sentido, vid. considerando 21 de la Sentencia *Ahmed Saeed*.

<sup>314</sup> D.O.C.E., N° C 39/6 de 13 de febrero de 1993.

<sup>315</sup> Para ello, y siempre de acuerdo con la Comunicación, los órganos jurisdiccionales nacionales contarán con el apoyo de la Comisión a quién los órganos jurisdiccionales podrán interrogar sobre las modalidades de aplicación de los arts. 85 y 86 TCE, y, en su caso, cuentan con la vía que les ofrece el art. 177 TCE para solicitar una cuestión prejudicial al TJCE. En la misma línea se pronuncia el Libro Verde sobre las restricciones

Comunicación, en el punto 45, establece que la misma no será de aplicación al sector de los transportes.

Por lo tanto, según la Sentencia *Nouvelles Frontières*, el papel de la jurisdicción ordinaria queda reducido a la aplicación del art. 85.2. El TJCE, al resolver reduciendo el papel de los jueces a la determinación de las consecuencias de la nulidad del contrato, se apoya al caso *Bosch*<sup>316</sup> y justifica su decisión basándose en que una aplicación de los artículos del Tratado relativos al Derecho de la competencia por parte de un órgano jurisdiccional nacional sin una previa decisión de las autoridades nacionales competentes, o de la Comisión, sería contrario al principio general de la seguridad jurídica “ya que conduciría a la prohibición y a la nulidad de pleno derecho de ciertos acuerdos, incluso antes de que se haya podido comprobar si el conjunto del artículo 85 se aplica a dichos acuerdos”. El apoyo en este principio, y sobre todo la remisión al caso *Bosch*, ha sido objeto de numerosas críticas. Así, se considera inadecuado el hecho de que el Tribunal haga uso del principio de seguridad jurídica en un asunto sobre transporte aéreo en los mismos términos que lo hizo en un asunto, el caso *Bosch*, que versaba sobre aspectos completamente diferentes y, por lo tanto, con presupuestos de hecho y características completamente diferentes. Además, se

---

verticales en la política de competencia comunitaria (presentado por la Comisión), Bruselas, 22.01.1997, COM (96) final, donde se pone de manifiesto que, si bien la competencia exclusiva para conceder exenciones de acuerdo con el art. 85.3 TCE sigue quedando en manos de la Comisión, “los tribunales nacionales pueden aplicar las disposiciones de los apartados 1 y 2 del artículo 85 y el artículo 86”, así mismo se les faculta para interpretar los reglamentos de exención por categorías. Es más, se establece la posibilidad de que la Comisión pueda llegar a renunciar a instruir una denuncia si los tribunales nacionales pueden encargarse de ello, recordando la mayor celeridad de la jurisdicción ordinaria a la hora de adoptar medidas cautelares o dictar órdenes.

<sup>316</sup> Sentencia cit. nota 90.

critica que el Tribunal no haya tenido en cuenta la evolución del Derecho comunitario desde que se pronunció la Sentencia *Bosch*, 1962, y la Sentencia *Nouvelles Frontières*, 1986<sup>317</sup>.

Por otra parte, a las críticas señaladas, hay que añadir que también ha sido puesto de manifiesto el hecho de que la Sentencia *Bosch* se dictó apenas entrado en vigor el Reglamento nº 17, el cual hace distinción entre acuerdos anteriores (art. 5)<sup>318</sup> y posteriores (art.4)<sup>319</sup> a su entrada en vigor. De tal manera que el TJCE en el citado asunto estableció que los acuerdos tomados con anterioridad a la entrada en vigor del citado Reglamento, por el mero hecho de recaer en el ámbito del art. 85.1 TCE, no podían considerarse nulos de pleno derecho. Por el contrario, serían considerados provisionalmente válidos, debiendo presentarse notificación de los mismos ante la Comisión. La validez provisional se mantendría hasta que la Comisión se pronunciase acerca de la posibilidad o no de que las prácticas en cuestión puedan sujetarse a una exención de las previstas en el artículo 85.3 TCE.

---

<sup>317</sup> Vid. MUNARI, F., op. ult. cit., p. 257.

<sup>318</sup> El citado artículo, en su apartado 1, establece que: “los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas mencionados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado, ya existentes en la fecha de entrada en vigor del presente Reglamento, y en favor de los cuales los interesados deseen alegar las disposiciones del apartado 2 del artículo 85 deberán ser notificados a la Comisión antes de 1 de noviembre de 1962...”.

<sup>319</sup> El artículo 4.1 dispone que: “los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas mencionados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado, sobrevenidos tras la entrada en vigor del presente Reglamento, y en favor de los cuales los interesados deseen invocar las disposiciones del apartado 3 del artículo 85 deberán notificarse a la Comisión ....”.

En este ámbito es comprensible que el TJCE se preocupase porque no se viese vulnerado el principio de seguridad jurídica, ya que cabía la posibilidad de pensar que los acuerdos anteriores a la entrada en vigor del Reglamento nº 17 se vieran afectados por una nulidad de pleno derecho sin antes comprobar que podían acogerse a las exenciones del art. 85.3 TCE <sup>320</sup>. La Comisión en el asunto *Nouvelles Frontières* puso de manifiesto que esta experiencia no era extensible al asunto que se estaba tratando (tarifas de transporte aéreo) ya que el asunto *Bosch* tenía unas circunstancias especiales que, al tratarse de un acuerdo adoptado incluso antes de la entrada en vigor del Tratado, no se daban en el caso *Nouvelles Frontières*.

En cualquier caso, hemos de tener en consideración que el Reglamento nº 17 no resulta aplicable, como ya hemos señalado, al sector de los transportes (sea aéreo que marítimo), con lo que las previsiones en él contenidas no atañen a los acuerdos o prácticas relativas al citado sector. Nos parece éste un fundamento más para no entender porqué el TJCE pretendió resolver cuestiones de tráfico aéreo internacional apoyándose en un asunto que, como ya se dijo, es anterior en el tiempo y en el que la seguridad jurídica debe interpretarse a la luz de la teoría de la validez provisional, teoría que, por su parte, nace como consecuencia de la distinción que el Reglamento nº 17 hace entre acuerdos anteriores y posteriores a la entrada en vigor del mismo. Si el Reglamento nº 17 no es aplicable al sector de los transportes

---

<sup>320</sup> Este razonamiento obedece a que el Tribunal entiende que los puntos 1 y 3 del artículo 85 forman un todo unitario. La teoría de la validez provisional ha sido objeto de numerosas críticas, sobre todo por el TJCE no ha mantenido una línea uniforme respecto a la misma. Acerca de la evolución de la jurisprudencia comunitaria y de las críticas sobre la citada teoría vid. GOLDMAN, B., y LYON-CAEN, A., op. cit. pp. 553 -559.

debemos entender que esa distinción no afecta a los acuerdos o prácticas relativas al transporte marítimo o aéreo. Y aún cuando quisiéramos hacerlo extensible a este sector no podríamos, como sí hace la jurisprudencia del TJCE, hacerlo en base a un principio de seguridad jurídica planteado en los mismos términos que en el asunto *Bosch*.

## **2. Necesidad de superar la teoría de las Sentencias *Nouvelles Frontières* y *Ahmed Saed*.**

En el asunto *Nouvelles Frontières* la Comisión opinó que los artículos 85 y 86 del Tratado eran, sin lugar a dudas, aplicables a los transportes y que la falta de normativa emanada en base al artículo 87 del Tratado no era óbice para que, dado el caso, los jueces nacionales puedan pronunciarse acerca de la compatibilidad o no de un acuerdo o práctica con las normas sobre competencia del Tratado al ser éstas normas de aplicación directa. Incluso, argumentos acerca de la directa aplicabilidad de los citados preceptos del Tratado se encuentran en la propia jurisprudencia del TJCE, concretamente en la Sentencia *BTR c. Sabam*<sup>321</sup>. En la doctrina se afirma la directa aplicabilidad de las normas comunitarias sobre competencia, así, entre otros, los profesores FDEZ. DE LA GÁNDARA Y CALVO CARAVACA nos hablan de la eficacia directa de los artículos 85 y 86 TCE en tanto que “pueden ser invocados directamente por los particulares ante los tribunales internos de los respectivos Estados nacionales”<sup>322</sup>.

---

<sup>321</sup> Sentencia de 30 de enero de 1974, asunto 127/73, *Belgische Radio en Televisie et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs c. SV SABM et NV Fonior*, *Recueil*, 1974, pp. 51 - 78.

<sup>322</sup> Op. cit. pp. 82 - 83. Si bien dichos autores matizan que el Reglamento nº 17 concede competencia exclusiva a la Comisión para exceptuar de la prohibición del art.

Al hilo de lo expuesto, MUNARI y WAELBROECK han planteado <sup>323</sup> la posibilidad de que, quizás, la exclusión de los jueces ordinarios a la hora de aplicar el artículo 85 TCE reconduciendo su marco de actuación únicamente al art. 85.2 TCE, a falta de una normativa específica *ex art. 87* del Tratado, puede deberse al posible miedo de que éstos se encuentre con situaciones en las que sea difícil calibrar determinadas situaciones de hecho. Como respuesta puede tenerse en cuenta la observación hecha por el Abogado General Sr. Lenz en el caso *Ahmed Saeed* quien puso de manifiesto que los Tribunales ordinarios:

“deben estar en condiciones de resolver las cuestiones previas que sean relevantes para sus propias decisiones, incluyendo el ámbito del Derecho de la competencia ... y que en algunos casos podría ocurrir que los Tribunales ordinarios no dispusiesen de medios para dilucidar la situación de hecho, en cuyo caso procederá que los referidos Tribunales se pronunciasen de conformidad con las normas en materia de carga de la prueba ...La dificultad de aplicar una norma jurídica no constituye, en definitiva, un criterio para juzgar el carácter determinante de la misma”.

---

85.1 TCE en virtud del art. 85.3 TCE, pero que esto no implica que la autoridad de un Estado miembro pueda juzgar si una determinada entente entra o no dentro de una categoría exenta ya que en este caso no se trataría de otorgar una exención, sino de aplicar una norma de Derecho comunitario.

<sup>323</sup> MUNARI, F., Op. ult. cit., pp. 262 - 263; WAELBROECK, M, “La aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE por las autoridades y por las jurisdicciones de los Estados miembros”, en *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, dirigido por RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., Madrid, 1993, pp. 863 - 883.



Otra posibilidad que se ha sugerido es que la exclusión que se viene dando de los jueces ordinarios, se deba a una preocupación por las posibles contradicciones entre una declaración de nulidad por parte del juez ordinario y la concesión de una exención por parte de las autoridades nacionales competentes *ex. art. 88 TCE*. Al respecto, MUNARI <sup>324</sup> opina que una preocupación de este tipo encontraría solución si el juez ordinario que tiene que analizar la compatibilidad de un acuerdo o práctica con el Derecho comunitario de la competencia utiliza un principio de racionalidad (*rule of reason*). En el caso de que no estuviera en condiciones de decidir autónomamente podrá solicitar al TJCE que se pronuncie en vía interpretativa, *ex. art. 177 TCE*, acerca del ámbito de operatividad del art. 85.3, o bien solicitar una decisión de la autoridad nacional competente o de la Comisión. Si bien parece oportuna la solución propuesta por el citado autor no creemos que ésta forme parte de los planes comunitarios. Esta afirmación la hacemos en base al hecho de que una solución como la que expone este autor viene a ser, casi literalmente, lo que se propone en la Comunicación sobre cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales <sup>325</sup> de la que queda excluido el sector de los transportes.

A la vista está que hay argumentos más que suficientes para que pueda pensarse que la jurisprudencia del TJCE deba encaminarse hacia una apertura en su posición frente a los jueces ordinarios en relación a la aplicación del artículo 85 del Tratado

---

<sup>324</sup> Vid. *op. ult. cit.*, p. 263.

<sup>325</sup> Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE (93/C39/05), D.O.C.E. N° C 39 de 13 de febrero de 1993.

a aquellos sectores que aún no gozan de un reglamento o directiva donde se fijen las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 TCE, y más en concreto debería plantearse un cambio de posición en relación al sector del transporte. La apertura ya se ha producido, como hemos señalado, en relación a la aplicación del art. 86, pero de momento no parece que vaya a ocurrir lo mismo con el artículo 85. Además, a lo expuesto hay que añadir que la aplicación de la legislación *antitrust* según las modalidades previstas por el Reglamento 4056/86 tampoco concede espacio de actuación a la jurisdicción ordinaria, excepto en el caso del art. 85.2, ya que el Reglamento asigna la competencia para decidir acerca de la compatibilidad o, en su caso, incompatibilidad con el art. 85.1 a las autoridades de los Estados miembros y a la Comisión.

En base a todo lo expuesto resulta más que lógico plantearse el porqué de la exclusión de la jurisdicción ordinaria a la hora de aplicar la legislación *antitrust* comunitaria al transporte marítimo (y aéreo <sup>326</sup>) a diferencia de la actual tendencia de la Comunidad de un mayor aperturismo hacia jueces y tribunales en la aplicación de esta normativa a otros sectores <sup>327</sup>.

---

<sup>326</sup> Al respecto, ha sido señalado por BASEDOW, J., "National Authorities in European Airline Competition Law", E.C.L.R., 1988, pp. 342 - 353, que el papel de la jurisdicción ordinaria, según se plantea en la Sentencia *Nouvelles Frontières* viene a suponer una infracción intolerable de los derechos individuales y obligación de las jurisdicciones ordinarias de aplicar la legislación comunitaria.

<sup>327</sup> El planteamiento puede aún ser más amplio si tenemos en cuenta que en los proyectos que se fraguan a nivel internacional sobre cooperación internacional en materia de defensa de la competencia, también se excluye el sector del transporte marítimo, así como en muchos de los acuerdos bilaterales existentes sobre la misma cuestión.

### **3. La nulidad de pleno derecho, ex art. 85.2, y la jurisdicción ordinaria.**

En relación a la nulidad de pleno derecho prevista en el art. 85.2 TCE hay que resaltar que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, esta nulidad recae únicamente sobre las cláusulas o elementos del contrato o acuerdo afectados por la prohibición y no sobre la totalidad del acuerdo, salvo que hayan elementos que no sean separables <sup>328</sup>. En este caso, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar las consecuencias y extensión de la nulidad del acuerdo conforme al Derecho nacional que resulte aplicable. De esta forma, corresponderá a la jurisdicción ordinaria determinar dentro del contrato qué elementos son separables del resto, qué ocurre con los contratos accesorios, etc. <sup>329</sup>. Es evidente que la autoridad judicial competente vendrá determinada por las vías del D.I.Pr., así como la ley que resulte aplicable (ley elegida por las partes, o, en su caso, la que determine la norma de conflicto de la *lex fori*).

Conforme indica CIENFUEGOS <sup>330</sup>, resulta contradictorio ver como el considerando 14 del Reglamento 4056/86 señala que

---

<sup>328</sup> Vid. STJCE, 30 de junio de 1966, asunto 56/65, *Société Technique Minière -L.T.M.- c. Maschinenbau ULM GMBH*, *Recueil*, 1966, pp. 337 - 375.

<sup>329</sup> Vid. STJCE, 18 de diciembre de 1986, asunto 10/86, *VAG France SA c. Établissements Magne SA*, *Recueil*, 1986, pp. 4071 - 4090, concretamente los considerandos 14, 15, 16.

<sup>330</sup> CIENFUEGOS, M., "L'application de la nullité de l'article 85 § 2.2 du Traité C.E.E. par les juridictions nationales (avec un examen particulier du domaine des transports aériens) conséquences dans l'ordre juridique interne", *Car. dr. eur.*, 1991, pp. 317 - 353, especialmente nota 74.

será la Comisión la que determine cuáles son los elementos del acuerdo afectados por la prohibición y cuáles son los elementos separables o no del resto del acuerdo. En palabras del citado autor, se trata de una vuelta a la primera línea jurisprudencial del TJCE <sup>331</sup>, ya superada, lo que da lugar a un elemento de confusión. Por lo tanto, estamos ante dos soluciones distintas dentro de un mismo sector, el marítimo, dependiendo de que el tipo de tráfico en cuestión esté o no bajo el ámbito de aplicación del Reglamento 4056/86. Como consecuencia de ello, si nos encontramos ante un contrato de transporte marítimo, contrario al Derecho comunitario de la competencia, celebrado con una compañía naviera que ofrezca servicios *tramps* o servicios de línea, pero dentro del tráfico de cabotaje, será la jurisdicción ordinaria que resulte competente la que determine, de acuerdo con la ley que resulte aplicable al contrato, las consecuencias de la nulidad impuesta por el artículo 85.2 TCE.

En el supuesto de que el contrato, igualmente contrario al Derecho comunitario de la competencia, se haya celebrado con una conferencia marítima o una naviera *outsiders* para cubrir un servicio internacional o intracomunitario a tenor de lo que establece el considerando decimocuarto del Reglamento, será la Comisión la que precise las consecuencias de la nulidad.

Ante esto cabe cuestionarse: ¿en base a que Derecho determinará tales consecuencias?, ¿acudirá a la ley elegida por las partes?, si las partes han elegido ley aplicable al contrato ¿puede la Comisión aplicarla a la hora de determinar las consecuencias civiles de la nulidad como si se tratase de un juez o tribunal?, si las

---

<sup>331</sup> Vid. STJCE, 13 de julio de 1966, asunto 56-58/64, *Établissements Consten S.A.R.L. et Grundig-Verkaufs-GBMH* c. Comisión, cit.

partes no han elegido ley aplicable ¿cómo la determinará la Comisión?. Nosotros entendemos que no es necesario buscar respuesta a estos interrogantes ya que cabe la alternativa, a nuestro entender la más adecuada, de interpretar el decimocuarto considerando del Reglamento 4056/86 como un lapsus del legislador comunitario. En efecto, podemos argumentar dos motivos: en primer lugar, la Comisión no cuenta con un Derecho comunitario del los contratos en el que buscar las consecuencias de la declaración de nulidad de ciertas cláusulas contractuales. En segundo lugar, no parece lógico que el legislador comunitario contradiga una larga línea jurisprudencial abierta por el propio TJCE respecto a quién, y en base a qué Derecho, se deben determinar las consecuencias civiles de la aplicación del Derecho comunitario de la competencia.

No queremos cerrar este punto dedicado al Reglamento 4056/86 y a la aplicación del Derecho de la competencia comunitario al tráfico marítimo ajeno al ámbito de aplicación del Reglamento sin antes poner de manifiesto que la situación descrita no puede ser calificada de otra manera que no sea la de caótica.

Si bien es cierto que el transporte marítimo siempre estuvo sujeto a los principios generales del TCE y, por lo tanto, al Derecho de la competencia, también es verdad que, como en numerosas ocasiones hemos manifestado, es un sector que goza de unas características propias. El Reglamento que analizamos nos viene a dar las modalidades de aplicación del Derecho comunitario de la competencia al transporte marítimo, pero, como hemos visto deja fuera de su ámbito de aplicación material a ciertos tipos de transporte que no están exentos de provocar

situaciones de vulneración de la legislación *antitrust* comunitaria. Por otra parte, ciertos documentos a título indicativo <sup>332</sup> que facilitan la comprensión de problemas frecuentes en el tema que nos ocupa (cooperación entre órganos jurisdiccionales nacionales y entre éstos y la Comisión, etc.) excluye al sector de los transportes. Todo esto viene a suponer que en materia de competencia, en relación con el transporte marítimo, la tarea de la Comunidad se presenta inacabada dando, incluso, lugar a soluciones diferentes dentro del propio sector del transporte marítimo dependiendo de la modalidad de transporte ante la que nos encontremos <sup>333</sup>. Quizás en base a la experiencia obtenida desde la entrada en vigor del Reglamento 4056/86, y teniendo en cuenta que éste no da solución a todos los supuestos de tráfico marítimo internacional que afectan a la libre competencia, sería conveniente pensar, cuanto menos, en una modificación del mismo.

## **VI. Represión de la práctica de tarifas desleales.**

El Reglamento que a continuación analizamos, **Reglamento 4057/86**, pretende hacer frente a la práctica de tarifas desleales llevadas a cabo por compañías nacionales de países terceros que cubren el servicio de líneas internacionales, perturbando gravemente la estructura del tráfico de una línea que cubra

---

<sup>332</sup> Vid. "Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE", cit. supra.

<sup>333</sup> Vid. supra, donde se puso de manifiesto la confusión creada entorno a la aplicación del artículo 85.2 TCE según se tratase de un supuesto comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento 4056/86 o, por el contrario, de una modalidad de tráfico ajeno al mismo.

puertos de la Comunidad, las cuales causen graves perjuicios, o puedan causarlos, a los armadores comunitarios que operan en la misma línea (art.1). El modo de hacer frente a situaciones de este tipo será a través de la imposición, por parte de la Comunidad, de un derecho corrector.

El art.3 contiene la definición de tarifas desleales entendiendo por tales aquellas “que sean inferiores a las tarifas normales practicadas, durante un período, por lo menos de 6 meses, cuando estas tarifas inferiores sean posibles por beneficiarse el armador de que se trate de ventajas no comerciales que se concedan por un Estado que no sea miembro de la Comunidad”. De esta definición pueden extraerse dos características: por una parte, que la tarifa desleal debe ser inferior a las tarifas normales; por otra, la práctica de este tipo de tarifas debe ser posible gracias al disfrute de ventajas no comerciales.

La primera cuestión que hay que precisar para poder inferir la calificación de desleal es, a su vez, la definición de tarifa de flete normal<sup>334</sup>. El mismo artículo 3 en su letra c) nos da cumplida respuesta ofreciéndonos dos métodos distintos de determinar cuándo una tarifa de flete puede ser calificada de “normal”. El primero método prevé una comparación con las tarifas practicadas por otras compañías navieras (que no gocen de ventajas no comerciales) que realicen el mismo servicio en la misma línea (u otra comparable) en condiciones normales de transporte. El segundo método de determinación se llevará a

---

<sup>334</sup> El propio Reglamento en su sexto considerando nos recuerda que no existen normas internacionales reconocidas que definan en qué consiste un precio desleal en el ámbito de los transportes marítimos.

cabo a través de una tarifa reconstituida, conocidas como *constructed rat*. Este tipo de tarifa se calcula teniendo en cuenta todos los gastos que soporta una compañía naviera en condiciones normales de transporte (también en este caso debe tratarse de una compañía que no goce de las ventajas no comerciales) y añadiendo a estos gastos un margen razonable de beneficio <sup>335</sup>.

En cambio, el Reglamento nada nos ofrece acerca de qué debe entenderse por ventajas no comerciales, a pesar de que es requisito indispensable para poder hablar de tarifa desleal.

La aplicación del derecho corrector pasa no sólo por la necesidad de que se practiquen tarifas desleales, tal como las define el art.3, sino que también se hace necesario que estas tarifas causen o puedan causar “un perjuicio importante a los armadores de la Comunidad”. Este perjuicio, o la situación que posiblemente se convertirá en perjuicio, será objeto de un examen de acuerdo con el artículo 4 y siguiendo el procedimiento previsto en el propio Reglamento.

El primer ejemplo, y hasta ahora único, de aplicación del derecho corrector lo constituye el Reglamento 15/89 <sup>336</sup>, que le

---

<sup>335</sup> Al respecto ha sido señalado por Munari que en el caso de que tarifas “*sopracompetitive*” sean consideradas normales y se aplique un derecho corrector a otras tarifas más bajas teniendo como consecuencia que estas últimas se eleven las consecuencias serían: por una parte, el riesgo de penalizar compañías navieras eficientes frente a otras, comunitarias, menos capaces, así como puede suponer una penalización para los usuarios del servicio. Vid. MUNARI, F., op. ult. cit., p. 168.

<sup>336</sup> Vid. Reglamento (CEE) n° 15/89 del Consejo de 4 de enero de 1989 por el que se introduce un derecho corrector sobre la carga en contenedores transportada en



impuso a la compañía coreana *Hyundai* un derecho corrector como consecuencia de los perjuicios causados a los demandantes (navieras comunitarias que efectúan transportes de línea regular entre la Comunidad y Australia, componentes de las Conferencias Europa/Reino Unido a Australia, además de una compañía belga no miembro de las Conferencias). Dichos perjuicios derivaban de la aplicación, por parte de *Hyundai*, de tarifas muy por debajo de las normales. Para determinar la “tarifa de flete normal” se tomó como modelo las tarifas practicadas por otra compañía naviera similar a *Hyundai* (similitud que venía dada por el hecho de que ambas participaban en el mismo tráfico, transportando cargas similares, en buques similares), que no gozaba de ventajas no comerciales. De la comparación llevada a cabo entre las tarifas practicadas por una y otra se puso de manifiesto que la compañía coreana practicaba tarifas muy por debajo de las normales (una diferencia de un 26%).

La causa que favorecía esta situación obedecía a que la compañía *Hyundai* gozaba de beneficios extracomerciales concedidos por el Gobierno coreano tales como: la reserva de carga en favor de las compañías coreanas (recogida en la Ley coreana de Fomento del Transporte Marítimo, así como en decretos y ordenanzas); el Plan de racionalización de la industria naviera que comprendía beneficios fiscales (exención de los derechos de registro y del impuesto sobre compra de buques y empresas); moratoria para el pago de los préstamos concedidos para la adquisición de buques de fabricación coreana; moratoria para el pago de préstamos en divisa extranjera; refinanciación de los intereses acumulados durante las moratorias. Ciertamente este

---

buques de línea regular entre la Comunidad y Australia por la *Hyundai Merchant Marine Company Ltd* de Seúl, República de Corea. D.O.C.E nº L 4/1 de 6 de enero de 1989.

caso arroja una luz acerca de qué debe entenderse por ventajas no comerciales.

Los perjuicios causados a los demandantes se concretan en: un descenso de los ingresos, consecuencia de lo cual, para mantener la participación en el mercado, se hizo necesario hacer concesiones en las tarifas de fletes; se produjo una disminución de los ingresos prácticamente proporcional a la disminución que tuvo que llevarse a cabo en las tarifas medias; deterioro de la rentabilidad; disminución del rendimiento del capital. Como consecuencia de ello se hacía previsible que no fuese posible llevar a cabo inversiones, así como se corría un considerable riesgo en cuanto al empleo, perjuicios que fueron considerados “causantes de una perturbación importante en la estructura de fletes de esta ruta y de un perjuicio grave para las compañías navieras de la Comunidad...”<sup>337</sup>.

A pesar de que éste haya sido el único caso en el que se ha aplicado el Reglamento 4057/86, la Comisión no ha dudado en manifestar que el Reglamento ha sido un instrumento útil para disuadir la práctica de tarifas desleales<sup>338</sup>. Aún así, la Comisión plantea la posibilidad de que sea revisado para hacer frente a dos problemas: 1. que el Reglamento define al armador comunitario como una empresa establecida en la Comunidad sin exigir ninguna vinculación con ésta, lo que llevaría a que, a través del

---

<sup>337</sup> En cualquier caso, como señala MUNARI, F., op. ult. cit., es necesario tener en cuenta la compatibilidad de las actividades de las compañías navieras comunitarias que se han beneficiado indirectamente de un derecho corrector con la disciplina *antitrust*.

<sup>338</sup> Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, Bruselas 13.03.1996, COM (96) 81 final, p. 27.

Reglamento 4057/87, se protegiese a empresas navieras que no presentan vinculación suficiente con la U.E. y que, por lo tanto, su protección no ofrece interés para la Comunidad. 2. El desfase del Reglamento en relación a los principales tráficos donde el acceso de las navieras al mercado se lleva a cabo a través de técnicas distintas a las contempladas en este Reglamento comunitario<sup>339</sup>.

### **VII. Reacción ante las medidas proteccionistas de terceros Estados.**

Con el **Reglamento 4058/86** se intenta hacer frente a las medidas proteccionistas adoptadas por países terceros, o por operadores de estos países, que afecten negativamente a las navieras comunitarias o a barcos matriculados en un país miembro de acuerdo con la legislación de éste. Para hacer frente a estas medidas será necesario que éstas impidan, o amenacen con impedir, a las navieras comunitarias o a los barcos matriculados en un Estado miembro el acceso al tráfico de línea tanto sujeto al Código UNCTAD como no; a los servicios irregulares; de pasajeros y al tráfico (sea de carga que de pasajeros) con destino o entre instalaciones *off shore*.

El medio a través del cual se pretende hacer frente a las medidas proteccionista es la acción coordinada. Esta acción puede revestir la forma de queja por vía diplomática, o bien puede tratarse de contramedidas dirigidas a los países terceros en cuestión, tales como la “imposición de obtener un permiso de carga”, “aplicación de una contingentación”, “imposición de cánones o derechos” (art.4). En el caso de que estas contramedidas no estuviesen previstas en la legislaciones internas

---

<sup>339</sup> Vid. Documento COM (96) 81 final, cit. nota anterior.

de los Estados miembros éstas podrían ser igualmente aplicadas en base a este Reglamento<sup>340</sup>.

El procedimiento a seguir para llegar a la aplicación de una acción coordinada es el siguiente: un Estado miembro presentará una petición ante la Comisión, ésta, a su vez, la cursará al Consejo quien se pronunciará teniendo en cuenta consideraciones de política exterior, intereses portuarios y consideraciones de política marítima de los Estados miembros (art.3). De no pronunciarse el Consejo en el plazo de dos meses los Estados miembros podrán aplicar medidas nacionales, bien unilateralmente, o bien en grupo, incluso en caso de urgencia

---

<sup>340</sup> Sobre la posible no aplicación por parte de la Administración Pública de los Estados miembros de las contramedidas adoptadas, y partiendo de que tales decisiones son de aplicación directa, hay quienes estiman que no por ello quedarían sin cumplir los objetivos del Reglamento. En este sentido se pronuncian CARBONE, S.M. - MUNARI, F., *Regole e organizzazione dei trasporti* ..., op. cit., pp. 137 y 138, los cuales argumentan que cabría, por una parte la aplicación de los remedios previstos por el Tratado de Roma para el caso de incumplimiento de obligaciones por parte de los Estados miembros, medida a la que se uniría el derecho de los interesados a recurrir a los jueces nacionales, tanto para solicitar que se inste a la Administración Pública para que realice los actos debidos, así como para obtener un "provvedimento giurisdizionale" cuyos efectos prácticos sean equivalentes a los efectos que se hubieran producido si la Administración Pública hubiese actuado; e incluso con la intención de obtener un resarcimiento por los posibles daños causados por la falta de actuación de la Administración, todo ello siempre y cuando una actuación de este tipo sea factible dentro de cada uno de los Estados miembros. Es por lo tanto una solución un tanto compleja que no puede ser adoptada sin antes llevar a cabo un análisis del propio Ordenamiento interno. Para otros, en cambio, el efecto directo de las contramedidas adoptadas recae sobre la Administración Pública y no sobre otros sujetos del ordenamiento de los Estados miembros. En este sentido se pronuncia FORLATI PICCHIO, L., "La difesa dell'armamento marittimo nazionale sul mercato dei noli: profili giuridici", Riv. Dir. Int. Priv. Proc. 1988, pp. 401 - 426.

estas medidas nacionales podrán ser aplicadas dentro de los dos meses que tiene el Consejo para pronunciarse debiendo ser inmediatamente notificadas a la Comisión y a los demás Estados miembros (art.6) de acuerdo con el procedimiento de consulta establecido en la Decisión del Consejo 77/587<sup>341</sup>.

La doctrina ha resaltado el hecho de que la actuación de las Autoridades Comunitarias en vistas a adoptar una acción coordinada pasa por la necesidad de que un Estado miembro haga la petición al Consejo<sup>342</sup>. Por lo tanto, una acción de este tipo no puede ser tomada de oficio por la U.E., quedando la iniciativa en manos de los Estados miembros. Ésto no implica que se esté delegando en los Estados miembros la toma de decisiones en materia de protección de la flota comunitaria, como ha puesto de manifiesto la doctrina anteriormente citada apoyándose en la Decisión del Consejo 77/587<sup>343</sup> y Decisión 83/573<sup>344</sup> y último considerando del Reglamento. Además de ello, consideramos que resultaría acertado interpretar la intención del legislador comunitario como una voluntad por su parte de dejar que sea el propio Estado/s miembro/s los que determinen cuando las

---

<sup>341</sup> Decisión del Consejo 77/587, D.O.C.E. nº L 239/23 de 17 de septiembre de 1977.

<sup>342</sup> Entre otros, vid. CARBONE, S.M., - MUNARI, F., *Regole e organizzazione dei trasporti...*, op. cit., pp. 133 y 134.

<sup>343</sup> Vid. nota 74. Especialmente su artículo 1 donde se establece que las consultas relativas a las relaciones entre Estados miembros y países terceros en el sector de los transportes marítimos, pueden nacer tanto a instancia de los Estados miembros como de la Comisión.

<sup>344</sup> Decisión del Consejo 83/573, D.O.C.E. nº L 332/37 de 28 de noviembre de 1983.

medidas proteccionistas de países terceros limitan o amenazan con limitar su acceso al tráfico, y a partir de ahí solicitar la adopción de una acción coordinada conforme al Reglamento 4058/86, momento a partir del cual la adopción de medidas unilaterales sólo cabe en los supuestos expuestos anteriormente

<sup>345</sup>

En cuanto al tráfico no de línea, hay que tener en cuenta el artículo 5.2 del Reglamento 4055/86 <sup>346</sup> que deja la competencia, a la hora de adoptar contramedidas, totalmente en manos de la U.E.

El procedimiento previsto por el presente Reglamento será de aplicación en el caso de que las medidas proteccionistas de países terceros, o de sus operadores, afecten a algún país miembro de la OCDE, sobre la base de la reciprocidad cuando este país y la U.E. hayan previsto una actuación coordinada ante la restricción en la obtención de carga (art.8). No se ha dudado en interpretar la posibilidad de que la Comunidad mantenga acuerdos con países OCDE como una puesta en práctica de las competencias externas de la Comunidad, lo cual nos lleva a abordar un tema común a todos los Reglamentos analizados,

---

<sup>345</sup> En cualquier caso, también en relación con este Reglamento, la Comisión ha manifestado la necesidad de que sea revisado, sobre todo teniendo en cuenta la “los acontecimientos producidos desde 1986 y la experiencia adquirida”, vid. Documento COM (96) 81 final, cit., p. 25.

<sup>346</sup> Art. 5.2: “Cuando algún país tercero pretenda imponer acuerdos en materia de reparto de cargamentos en el transporte a granel de mercancías líquidas o secas, el Consejo adoptará las medidas oportunas, con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento (CEE) n° 4058/86 sobre acción coordinada con objeto de salvaguardar el libre acceso al tráfico transoceánico”.

como es el ejercicio de las competencias externas de la Comunidad en el ámbito de la política comercial común (art.113 TCE) <sup>347</sup>, ejercicio que se pone de manifiesto en varias ocasiones en los distintos Reglamentos y que a continuación analizamos.

### **VIII. Los Reglamentos de 1986: ¿manifestación de las competencias internas o competencias externas de la Comunidad?**

Los signos de interrogación con los que formulamos este epígrafe obedecen a la polémica doctrinal que se ha planteado entorno a la consideración de los Reglamentos analizados como manifestación de las competencias internas de la Comunidad o, en su caso, como manifestación de las competencias externas.

Ante los acuerdos bilaterales negociados por los Estados miembros con posterioridad al 1 de enero de 1987 (fecha de entrada en vigor del Reglamento 4055/86, que concede una competencia exclusiva a la Comunidad en materia de acuerdos bilaterales sobre reparto de carga, salvo en los supuestos en los que cabe una delegación en favor de los Estados miembros conforme se vio al tratar este Reglamento) la Comisión puso de manifiesto que el art. 113 del Tratado debía ser considerado como “base jurídica para cualquier acción de la Comunidad sobre política comercial relacionada con los servicios” <sup>348</sup>. Conforme a esta interpretación de la Comisión, los Estados miembros no podrían negociar acuerdos sobre transporte marítimo que contuviesen un aspecto comercial, la competencia para negociar

---

<sup>347</sup> Al mismo precepto del TCE ya se hizo referencia al tratar la reacción comunitaria ante el Código UNCTAD materializada en el Reglamento 954/79.

<sup>348</sup> Documento SEC (92) 2183 final.

correspondería a la Comunidad o, en su caso, a los Estados miembros bajo la aprobación de ésta. Como es lógico esta interpretación no ha sido pacíficamente aceptada por los Estados miembros <sup>349</sup>.

Otro caso en el que se pone de manifiesto el ejercicio, por parte de la Comunidad, de la política comercial común, es el artículo 9 del Reglamento 4056/86 sobre “conflictos de derecho internacional”. Así, conforme a este precepto queda exclusivamente en manos de la U.E. la función de conciliación entre los “intereses comerciales y marítimos importantes de la Comunidad” y el Derecho Comunitario, pudiendo abrirse negociaciones con terceros países si así lo autoriza el Consejo <sup>350</sup>.

El Reglamento 4057/86 plantea dos posiciones doctrinales contrapuestas:

---

<sup>349</sup> Han sido negociados con posterioridad al 1 de enero de 1987 acuerdos bilaterales entre Bélgica y países terceros tanto codistas como no, solicitando la Comisión que Bélgica no ratificase tales acuerdos, los cuales contenían cláusulas de reparto de carga. Por su parte Francia había firmado un acuerdo con Mauritania, el cual no contenía cláusulas de reparto de carga, en el se ponía de manifiesto la intención de las partes de fomentar la aplicación del Código UNCTAD, siendo autorizado por la Comisión la ratificación del mismo siempre que Francia, en una declaración unilateral, ponga de manifiesto que por Código de Conducta entiende éste junto con las reservas comunitarias y que sus disposiciones cubren sólo los intercambios que tienen lugar dentro del ámbito conferenciado. Además de éstos, la República Federal de Alemania firmó un acuerdo con la antigua URSS (autorizado por la Comisión), e Italia con Túnez si bien el primero informó a la Comisión su intención de no ratificarlo.

<sup>350</sup> Sobre un análisis detallado del citado artículo vid. infra.



a) La de aquellos que consideran que este Reglamento en su conjunto es una manifestación de las competencias de la Comunidad en materia de política comercial común, ya que es ésta la que se hace cargo de hacer frente a cualquier manifestación de carácter proteccionista proveniente de países terceros. El Consejo debe tener en cuenta, a la hora de decidir acerca de los derechos correctores, “las consideraciones de política de comercio exterior así como los intereses portuarios y las consideraciones de la política marítima de los Estados miembros interesados”.

De esta forma, en manos de los Estados miembros quedaría, únicamente la recaudación de los derechos correctores (art. 13.5). A su vez, esta línea de pensamiento <sup>351</sup> se apoya, además, en la idea de que existen analogías entre la normativa comunitaria en materia de *dumping* de bienes y el Reglamento 4057/86. De tal forma que si el Reglamento CEE nº 2117/84 <sup>352</sup>, regulador de las prácticas de *dumping* en materia de bienes, expresamente remite al art. 113 TCE al decir en sus considerandos que “...visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, y en particular su artículo 113”, el mismo apoyo en este precepto del TCE es válido para la represión de las prácticas de *dumping* en el sector servicios.

---

<sup>351</sup> En este sentido se pronuncian CARBONE, S.M. - MUNARI, F., “La nuova disciplina comunitaria...”, op. cit.

<sup>352</sup> D.O.C.E. nº L 195/84.

b) Por otra parte, se encuentra la posición doctrinal <sup>353</sup> que estima que el Reglamento 4057/86 supone una manifestación de las competencias internas de la Comunidad, y por lo tanto no cabe una reconducción al artículo 113. Sería únicamente una actuación comunitaria en base al artículo 84.2.

En este sentido, queremos destacar que es evidente que la normativa analizada nace como consecuencia de la actuación, por parte del Consejo, de lo previsto en el art. 84.2 del Tratado. En ciertas ocasiones, y dadas las peculiaridades del sector específico que nos ocupa, la Comunidad para poder realizar sus objetivos se ha visto en la necesidad de hacer uso de las competencias externas que le otorga el Tratado. Por lo tanto, se trata de un ejercicio de competencias internas donde en ocasiones, para salvaguardar la libertad de acceso al tráfico marítimo internacional, al mismo tiempo que proteger los intereses comunitarios, se ha hecho necesario alternar esta competencia interna con las externas (en el ámbito de la política comercial) que el Tratado otorga a la Comunidad a través del art.113.

A nuestro entender, una acción conjunta a nivel comunitario se presenta como el medio más adecuado para conseguir el doble objetivo pretendido por la CE: evitar que en el tráfico marítimo internacional, y sobre todo a raíz de la proliferación de las conferencias marítimas, se vulneren principios comunitarios tan importantes como el derecho de establecimiento, la libre prestación de servicios, o la libertad de competencia, sin olvidar, como ya ha sido señalado anteriormente, que el art. 84.2 del TCE instaba al Consejo a dictar dicha normativa. Al mismo tiempo se

---

<sup>353</sup> FORLATI PICCHIO, L., "La difesa dell'armamento marittimo nazionale...", op. cit.

pretende, y entendemos que poco a poco se está consiguiendo, defender la flota comunitaria (que entonces sufría un retroceso) frente a las flotas de países terceros. En especial se busca una protección frente a los países en vías de desarrollo que, a pesar de haber conseguido a través de la UNCTAD hacer valer sus pretensiones en aras a participar en el tráfico en igualdad de condiciones que los países desarrollados, no han dejado su política de férrea defensa de la flota nacional a través de reservas de carga y discriminación en favor de los buques de pabellón nacional.

### **IX. Repercusión de los Reglamentos CEE en los Ordenamientos internos.**

La repercusión de esta normativa en el ámbito de los ordenamientos de los Estados miembros es evidente. Era del todo previsible que así fuese, y de ahí la inicial oposición de los Estados miembros a los proyectos de Reglamentos ya que veían como, en cierta medida, éstos iban a restarles competencia en el sector del tráfico marítimo internacional. Así, podemos ver como a nivel interno ya en 1983, cuando aún el Reglamento 4056/86 era sólo un proyecto, nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia hace mención a este futuro Reglamento en una de sus Resoluciones<sup>354</sup> diciendo que, en relación con el derecho de la competencia, el que entonces era sólo un proyecto de Reglamento contendría “normas materiales sobre competencia en el ámbito del transporte marítimo”.

---

<sup>354</sup> Vid. considerando 11 de la R.T.D.C., caso EUROFLOT S.A. c. YBARRA Y CÍA S.A., de 2 de diciembre de 1983, I.C.E. nº 1918, 5 de enero de 1984, pp. 64 - 70.

Hemos observado cómo el legislador español se ha visto en la necesidad de modificar el R.D. 990/1986 en todo aquello que era incompatible con el Reglamento 4055/86, según indicamos al analizar el contenido de este Reglamento; además, en el artículo 82.2 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante al hablar de las posibles reservas de tráfico como medio de defensa de los intereses españoles, no sólo establece que se harán respetando la normativa comunitaria (y acuerdos internacionales suscritos por España), sino que prevé que las reservas se puedan hacer en favor de buques españoles o comunitarios. Por lo tanto, los Estados miembros podrán seguir aplicando su normativa interna sobre ordenación del tráfico marítimo, e incluso emanar nuevas disposiciones al respecto siempre y cuando, tanto las ya existentes como las de nueva creación, no sea incompatibles con los mandatos comunitarios. Es evidente que las competencias de los Estados miembros en materia de tráfico marítimo se ha visto enormemente reducida en favor de la Comunidad como se desprende del estudio de los Reglamentos de 1986.

Hasta ahora hemos visto el contenido del Código UNCTAD y de los Reglamentos comunitarios encargados de organizar el mercado del transporte marítimo internacional desde una perspectiva de su contenido. Si bien nos hemos detenido en aquellos aspectos que, a nuestro juicio, presentan un mayor interés, este análisis debe ser considerado como un paso previo y necesario para la profundización de las cuestiones que constituyen el principal problema de la ordenación del mercado que nos ocupa: las consecuencias jurídico-privadas de la normativa que hemos analizado.

**CAPÍTULO VIII**  
**EL CÓDIGO UNCTAD Y LOS REGLAMENTOS**  
**COMUNITARIOS COMO NORMAS DE**  
**INTERVENCIÓN: PRINCIPALES**  
**CONSECUENCIAS**  
**JURÍDICO-PRIVADAS.**

## **I. Consideraciones preliminares.**

Hasta ahora hemos expuesto la evolución del mercado del transporte marítimo internacional como fenómeno estrechamente relacionado con la aparición de los avances tecnológicos y, como consecuencia, la llegada de un nuevo tipo de servicios. Concretamente, aparecen los servicios de línea regular y las conferencias marítimas como modelo de organización de las navieras que se dedican al tráfico de línea.

A su vez, dado el indiscutible carácter internacional del nuevo fenómeno, la reglamentación encaminada a dar respuesta a las necesidades que el nuevo mercado del transporte marítimo internacional plantea proviene de foros internacionales. En este orden de cosas hemos abordado el origen y el contenido del Código UNCTAD y los Reglamentos comunitarios encargados de llevar a cabo la integración comunitaria *ad extra*. El recorrido a lo largo de esta normativa ha supuesto la necesidad de abordar la coexistencia entre el Código UNCTAD y la normativa comunitaria, así como, ya dentro del marco estrictamente comunitario, hemos entrado en la aplicación de los principios generales del Tratado al transporte marítimo internacional.

Sin embargo, entendemos que tanto el Código como los Reglamentos comunitarios dan lugar a un segundo tipo de análisis, que será el que se lleve a cabo en esta segunda parte del trabajo. Concretamente, partimos de la consideración de esta normativa como normas de intervención nacidas con la finalidad de estructurar el mercado internacional del transporte marítimo. A su vez, la aplicación de estas normas de intervención dan lugar a unas consecuencias jurídico-privadas que repercuten, sea de forma directa o indirecta, en las relaciones contractuales de los operadores del tráfico.

## **II. Las normas de intervención.**

De todos es sabido que, en el ámbito del comercio actual, tanto en el sector del comercio internacional de los servicios, medio en el que nos movemos, como en el tráfico internacional de bienes y mercancías, es cada vez mayor la injerencia del Estado, y de las organizaciones internacionales, en la actividad de los particulares. En esta línea de intervencionismo el principal instrumento jurídico utilizado por los Estados son las llamadas “normas de intervención” *encargadas de ordenar y proteger las estructuras de un determinado mercado*<sup>355</sup>.

---

<sup>355</sup>En el marco de las normas de intervención se hace una distinción según la función o finalidad de las mismas: por una parte, aquellas normas que pretenden ordenar y proteger un determinado modelo social y económico, también denominadas “normas de dirección” o “normas ordopolíticas”; por otra parte, aquellas normas que pretenden proteger directamente a una de las partes intervinientes en un contrato: normas de protección. Vid. VIRGÓS SORIANO, M., “Obligaciones contractuales”, en GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado ...*, op. cit., pp. 178 - 180; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., “Las consecuencias contractuales de las sanciones económicas comunitarias: un modelo de análisis”, G.J. de la C.E. (D-16), 1992, pp. 221 - 260; id.

Así pues, estamos ante un tipo de normas que nacen con una finalidad clara de intervenir en la estructuración del mercado protegiendo esa estructura que, a su vez, es la manifestación de unos determinados intereses económicos y políticos.

Ahora bien, cuando hablamos de normas de intervención, por lo tanto, de normas de aplicación inmediata, cabe hacer una reflexión acerca de su identificación, equiparación o, en su caso, total distinción de las leyes de policía. Ésta será la primera cuestión a tratar antes de entrar en los aspectos concretos que se plantean en relación a las normas de intervención en el mercado del transporte marítimo internacional.

### **1. Normas de intervención/leyes de policía.**

Cuando hablamos de leyes de policía nos referiremos a un tipo de normas que se subsumen en la categoría de normas de aplicación inmediata o necesaria <sup>356</sup>, donde, indiscutiblemente

---

*Contratación internacional y medidas de coerción económica*, Madrid, 1993, pp. 37 - 38. A su vez, dentro de las primeras se ha llevado a cabo una distinción según las normas vayan encaminadas a proteger “los intereses de determinados grupos afectados por la competencia exterior” influenciando directamente el tráfico de bienes a través de las fronteras (*statuta interventionalia*), frente a las normas, también de Derecho Público, encaminadas a proteger estructuras institucionales (*statuta institutionalia*), vid., GARCÍA LÓPEZ, J., “Los efectos de Derecho privado de las normas de intervención en el comercio internacional: una aproximación”, R.F.D.U.C., 1991/1992, pp. 69 - 86, y bibliografía contenida en este estudio.

<sup>356</sup> Vid. En nuestra doctrina, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. - SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho Internacional...*, op. cit., p. 315, quienes señalan que las normas materiales imperativas, de aplicación inmediata o necesaria revisten un interés relevante para la sociedad estatal de tal manera que es imposible que entren en concurrencia con



también se subsumen las normas de intervención. A partir de aquí la cuestión se centra en determinar si las normas de intervención son leyes de policía, o equiparables, o, por el contrario, son otra categoría dentro de las normas de aplicación inmediata o necesaria.

Ante este planteamiento podemos tomar nuestro Ordenamiento Jurídico como punto de partida. Concretamente, el artículo 8.1 Cc. según el cual las leyes de policía, al igual que las penales y las de seguridad pública, obligan a todos los que se hallen en territorio español. En relación a este precepto GÓNZALEZ CAMPOS <sup>357</sup> señala que, entre otras deficiencias, el art. 8.1 pone de manifiesto únicamente una de las dimensiones del problema que este tipo de normas plantea en relación a su ámbito espacial ya que no contempla la “extraterritorialidad” de las mismas; de esta forma se pone de relieve, únicamente “la territorialidad de ciertas leyes españolas”. Éste ha sido, entre otros, el motivo por el que GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., al hablar de las consecuencias contractuales de las sanciones económicas comunitarias, opta por abandonar la denominación

---

las leyes extranjeras, de esta forma el ámbito de aplicación vendrá determinado por el fin que persiguen. Dentro de esta categoría encuadran a las leyes de policía y seguridad. En la doctrina extranjera, MAYER, P., “Les lois de police étrangères”, J.D.I., 1981, pp. 271 - 345, quien define las leyes de aplicación inmediata o necesaria diciendo que se trata de reglas que serán aplicadas a todas las relaciones jurídicas que presenten conexión con el Estado que las dictó, sin que la competencia para su aplicación provenga de una norma de conflicto, y comprendiendo a las leyes de policía como una subcategoría de las leyes de aplicación inmediata; además, FRANCESKAKIS, Ph., “Quelques précisions sur les lois d’application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois”, R.C.D.I., 1966, pp. 1 - 18; MARQUES DOS SANTOS, A., *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1991.

<sup>357</sup> GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. “Artículo 8.1”, en *Comentario del Código Civil*, T.I, pp. 71 - 74.

“leyes de policía” en favor del término “normas de intervención”<sup>358</sup>. A tenor de lo expuesto podemos pensar que estamos ante un mismo tipo de normas o, cuanto menos, ante normas equiparables, de tal manera que la cuestión se reconduciría únicamente a un aspecto terminológico o de denominación. Es decir, estamos ante una misma categoría normativa, las leyes de policía, a la que hacemos referencia con un término nuevo, “normas de intervención”, que despoja a este tipo de normas de ciertas ideas preconcebidas como consecuencia de la imprecisión de nuestro art. 8.1 Cc.

El propio GARCIMARTÍN ALFÉREZ<sup>359</sup> al comentar la función de advertencia que cumple el art. 8.1, nos dice que “si hay alguna norma de aplicación necesaria o inmediata será la norma penal, de policía o de intervención correspondiente, pero no el artículo 8.1”. Al menos del tenor literal cabe interpretar que “normas de policía” y “normas de intervención” son equiparables. Ahora bien, el mismo autor, y siempre en el mismo trabajo, al hablar de las consecuencias jurídicas de este artículo del Código Civil nos dice que la interpretación extensiva del artículo 8.1, seguida tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, da pie a una prolongación del precepto “a las llamadas normas de intervención” respondiendo a un “principio de actualidad de la cláusula”. Si bien nos mostramos completamente de acuerdo con esta interpretación extensiva, entendemos que aquí el autor habla

---

<sup>358</sup> Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.C., “Las consecuencias contractuales ...”, op. cit., p. 133, nota 34, quien pone de manifiesto que el hecho de que el art. 8.1 “pueda erróneamente conducir a que se entiendan estas normas como “territoriales” explica porque se ha apartado de la denominación “normas de policía” para decantarse por el término “normas de intervención”.

<sup>359</sup> Vid. “Artículo 8, apartado 1” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. I, Vol. 2, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 96 - 110, espec. p. 101.

de “normas de intervención”, al menos desde una interpretación literal, como una categoría normativa distinta a las leyes de policía <sup>360</sup>.

Por el contrario, no entedemos que la cuestión se centre en un aspecto de denominación. Si así fuese, no serían necesarios los esfuerzos jurisprudenciales y doctrinales por alcanzar una interpretación extensiva del artículo 8.1 Cc. con la finalidad de incluir en él las normas de intervención y, en su caso, las de protección, tanto de origen interno como comunitario <sup>361</sup>. Es decir, si el artículo 8.1 Cc. ha de ser objeto de una interpretación extensiva para que en él queden incluidas las normas de intervención, es que éstas no son exactamente equiparables a las leyes de policía, si fuese así no sería necesario una extensión del artículo 8.1 C.c. ya que al recogerse en este precepto las leyes de policía se estaría, automáticamente, recogiendo a las normas de intervención.

Ahora bien, centrándonos en el marco del transporte marítimo internacional, por lo tanto, dentro de una actividad comercial estrechamente ligada a la economía, hay que tener en cuenta que estamos ante un fenómeno de intervencionismo estatal que abarca principalmente intereses estatales de carácter político y económico y que ha dado pie a que, en el ámbito del Derecho Privado, se barajen conceptos como el de “orden público económico” <sup>362</sup>. Así, la doctrina ha señalado que esta nueva

---

<sup>360</sup> Acerca de la interpretación extensiva del art. 8.1, vid. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “Art. 8.1”, op. cit., p. 72.

<sup>361</sup> Vid. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “Art. 8.1”, op. cit., p. 72 y ss.

<sup>362</sup> Acerca del orden público económico vid. DE CASTRO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, A.D.C., 1982, pp. 987 - 1085;

situación ha llevado a que se “difuminen los perfiles entre leyes de policía, normas materiales imperativas y orden público en sentido genérico”<sup>363</sup>.

A su vez, si damos un paso ulterior hemos de tener en consideración el fenómeno de integración económica en el marco de la U.E. que es, precisamente, el ámbito en el que se desarrolla esta investigación. De tal manera que el tipo de normativa que estamos analizando son normas de aplicación inmediata o necesaria de origen comunitario.

Por lo tanto, y a modo de conclusión, el hecho de que las normas de intervención, tanto de origen interno como comunitario, se incluyan en el ámbito del artículo 8.1 Cc. a través de la interpretación extensiva hecha por la jurisprudencia, y aceptada por la doctrina<sup>364</sup>, nos ha llevado a pensar que éstas no son exactamente equiparables a las leyes de policía<sup>365</sup>. Aún así, queremos poner de manifiesto que, tal vez, el problema no radique tanto en determinar si las normas de intervención son o no equiparables a las leyes de policía, sino, por el contrario, en tomar conciencia de la existencia de nuevas situaciones que, como

---

DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, 4ª ed., Madrid, 1993, pp. 42 - 44.

<sup>363</sup> Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. - SÁNCHEZ LORENZO, S., op. ult. cit., p. 316.

<sup>364</sup> Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. - SÁNCHEZ LORENZO, S., op. ult. cit., p. 316; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “Art. 8.1”, op. cit., p. 72.

<sup>365</sup> Si bien, entendemos que es posible otra interpretación: que las normas de intervención sean equiparables a las leyes de policía como consecuencia de la interpretación extensiva del 8.1. Es decir, que el hecho de que se interprete extensivamente este artículo para incluir en él las normas de intervención, y de protección, no es motivo para entender que no son equiparables sino, por el contrario, esta extensión sirve para equipararlas.

hemos venido señalando, entremezclan intereses públicos y privados que han dado pie a un creciente intervencionismo del Estado y de la U.E. Como consecuencia de esta situación nos encontramos con una serie de normas cuyo carácter de aplicación inmediata y necesaria, al margen de remisiones conflictuales, es indiscutible. El hecho de adoptar una u otra denominación, en el caso de que partamos de la idea de que las leyes de policía y normas de intervención son equiparables, no ayuda a resolver los problemas que estas normas provocan en el momento de su aplicación (aplicación a sujetos que se encuentran en el extranjero, aplicación de las normas de intervención del foro por parte de un juz extranjero, etc.). En la misma medida, tampoco ayuda el entender que las normas de intervención, aún cuando no sean equiparables a las leyes de policía, están comprendidas en el artículo 8.1 Cc.<sup>366</sup>. Así, siendo indiscutible, con independencia de que sigamos una u otra línea de pensamiento, que las normas de intervención son normas de aplicación inmediata o necesaria, los esfuerzos deberían encaminarse a la búsqueda de soluciones para los problemas que este tipo de normas causan en cuanto a su aplicación a las relaciones de tráfico jurídico externo.

### **III. Las normas de intervención en el mercado del transporte marítimo internacional.**

Ahora queremos abordar el estudio del Código UNCTAD y los Reglamentos comunitarios como normas de intervención, por lo tanto, de aplicación inmediata, así como analizar la incidencia que las mismas tienen en las relaciones jurídico privadas, sea

---

<sup>366</sup> De hecho, como se señaló anteriormente, la doctrina ha señalado que este precepto es impreciso y, de forma errónea, pone de manifiesto únicamente la dimensión territorial de estas normas.

entre empresas navieras, o entre éstas y los usuarios. Concretamente, queremos centrarnos en sus consecuencias desde la óptica del Derecho privado: incidencia en el ejercicio de la autonomía privada (autonomía material) y su relación con la ley rectora del contrato.

Si la pretensión de los Estados, y en caso que nos interesa la U.E., es la de incrementar su intervención en el ámbito del comercio, y en otros sectores tanto de carácter económico como sociales, etc., sea por intereses de tipo económico, por intereses sociales o, en momentos concretos, por intereses puramente políticos, o por todos ellos a la vez, un sector del comercio de relevante importancia como es el transporte marítimo no podía quedar ajeno a este fenómeno <sup>367</sup>. Así, la trascendencia que tiene este tipo de transportes en la vida comercial de un país, o de la U.E., y las consecuencias económicas que de él se derivan, ha dado lugar a un incrementado de la necesidad de controlar esta actividad, de tal manera que los resultados obtenidos respondan a los objetivos que el Estado, o la Comunidad, se haya prefijado. En

---

<sup>367</sup> Por otra parte, hay que tener en cuenta que frente a esa intención de intervención por parte de los Estados se ha ido desarrollando otro fenómeno: la aparición de la denominada nueva *Lex Mercatoria*. Esta aparición ha dado pie a ciertas objeciones; así se habla de un interés de los comerciantes en eludir los ordenamientos jurídicos estatales con lo que quedaría desprotegida la parte débil frente a la fuerte. Ahora bien, al respecto se ha señalado que en el caso de las relaciones comerciales entre particulares ese interés no parece tan claro ya que, en la propia sociedad de comerciantes, no todas las empresas tienen el mismo potencial con lo que, evidentemente, no tienen una misma concepción de cómo deben ser reguladas ciertas cuestiones, vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. - CALVO CARAVACA, A.L., op. cit. p. 53. Al mismo tiempo, señalan FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. - SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho ...*, op. cit. p. 184 que, al margen de las discusiones sobre la existencia de un *tertium genus*, y sin negar la existencia de un espacio transnacional en el que sus participantes ordenan determinadas conductas, esta auto-ordenación no cobra autonomía ni elude por completo el control estatal e internacional.

el caso concreto que vamos a analizar nos centraremos, principalmente, en los objetivos perseguidos por la U.E. que, de manera global, giran entorno a la consecución de un mercado, sea en el tráfico entre Estados comunitarios que entre éstos y terceros países, basado en la libertad de competencia a través de la represión de los comportamientos colusorios, prácticas de *dumping* y, en general, todas aquellas medidas, sean provenientes de Estados que de los operadores del tráfico, que impidan o dificulten la participación de las navieras comunitarias en el mercado internacional <sup>368</sup>.

Por su parte, el intervencionismo en la organización del mercado del transporte marítimo también se ha llevado a cabo desde un punto de vista social. Desde esta perspectiva se ha pretendido hacer frente a la situación de desventaja que, en principio, caracteriza a los cargadores frente a las empresas navieras.

Si a lo expuesto añadimos que, como se señaló en su momento, la aparición, y posterior evolución del mercado de línea regular se encontró desprovista de una legislación *ad hoc*, sea de origen interno como internacional, que permitiese resolver los nuevos problemas que este tipo de tráfico planteaba, y que ésto dejaba a su suerte, no sólo a los cargadores, sino también a las compañías navieras dedicadas a prestar servicios *tramp*, y a las navieras de línea *outsiders* frente a las conferencias marítimas, la organización del mercado del transporte marítimo requería

---

<sup>368</sup> La presencia de las navieras comunitarias en el mercado internacional tiene unos efectos económicos innegables. La imposibilidad de participación en este mercado implicaría, obviamente, una disminución de ingresos para las navieras y, de consecuencia, se producirían pérdidas de empleo en el sector del transporte, imposibilidad de mejorar la flota con la consiguiente pérdida de competitividad frente a armadores de terceros países, así como una disminución de la flota comunitaria.

una intervención para superar los inconvenientes prácticos derivados de tales circunstancias.

Hasta el momento hemos citado, únicamente, los objetivos comunitarios. Ahora bien, conviene recordar que la estructura del mercado del transporte marítimo pretendida por la U.E. debe coexistir con la estructura del mercado de línea regular que, a nivel mundial, ha sido instaurada con el Código UNCTAD <sup>369</sup>.

Anteriormente se ha aludido a la existencia de dos principios clásicos sobre los que se sustentaba el mercado del transporte marítimo: la libertad del mar y la autonomía contractual. Ahora bien, estos principios empezaron a peligrar quedando mediatizados en su desarrollo por el avance del tráfico marítimo de línea regular y, especialmente, con la aparición de las Conferencias marítimas como sistema de racionalización del tráfico <sup>370</sup>. Sin bien señalamos que la labor de las organizaciones internacionales, en especial la UNCTAD a través del Código, habían llevado a cabo una labor fundamental en la reglamentación del mercado del transporte marítimo, lo cual es indiscutible, no es menos cierto que en esta labor de reglamentación se incidió en los principios enunciados contribuyendo a su merma en tanto que las pretensiones perseguidas no eran otras que, por una parte, intervenir en la organización del transporte marítimo internacional y, por otra,

---

<sup>369</sup> Hemos venido señalando que la normativa comunitaria encargada de organizar el mercado del transporte marítimo no sólo nace como consecuencia de las previsiones contenidas en el TCE y, por lo tanto, establecer un mercado del transporte marítimo acorde con las estructuras comunitarias, sino que también, en buena medida, responde a la necesidad de proteger los principios comunitarios que se veían peligrar ante la normativa procedente de la UNCTAD.

<sup>370</sup> Vid. *supra*, capítulo I.



intervenir en las relaciones contractuales entre navieras y cargadores. Así, para la consecución de estos objetivos instaura una determinada estructura de mercado que, a su vez, se encarga de proteger.

Todo lo expuesto nos lleva a calificar la normativa reguladora del mercado del transporte marítimo internacional, Código UNCTAD y Reglamentos comunitario, como auténticas normas de intervención, en la medida en que se encamina a ordenar el comportamiento de las empresas navieras y de los usuarios con la finalidad de que se respete una estructura de mercado determinada siendo su aplicación independiente de cualquier remisión conflictual.

#### **IV. El papel de la autonomía privada.**

En primer lugar debe analizarse la incidencia de las normas de intervención en la autonomía privada de las partes intervinientes en los contratos celebrados en el ámbito del transporte marítimo.

A modo de introducción queremos señalar que se ha puesto de manifiesto, por parte de la doctrina <sup>371</sup>, la posibilidad de una crisis de la autonomía privada en sus dos manifestaciones, autonomía material y de la voluntad <sup>372</sup>. En especial, un

---

<sup>371</sup> Vid., entre otros, CARBONE, S.M. - LUZZATO, R., *Il contratto...*, op. cit., pp. 8 - 17; RANOUIL, V., *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Paris, 1980, esp. pp. 99 - 124.

<sup>372</sup> Al hablar de autonomía privada es conveniente tener presente la distinción entre autonomía privada en cuanto facultad de las partes intervinientes en el contrato de reglamentar el contenido del mismo dentro del margen ofrecido por las normas dispositivas -*ius cogens*- y la autonomía de la voluntad en cuanto facultad de elección de la ley que ha de regir el contrato. Vid. CASANOVAS Y LA ROSA, O., "La autonomía de la

planteamiento de este tipo se ha mantenido en relación al papel que juega la autonomía de las partes intervinientes en un contrato en el ámbito del comercio internacional. Esta idea obedece, principalmente, al incremento de las normas de intervención, especialmente las de dirección, y en general al incremento de la normativa de carácter imperativo, por lo tanto de aplicación inmediata, tanto si son normas reconducibles a la categoría de normas de dirección como si no lo son. Para ello, partimos distinguiendo dos tipos de relaciones: la primera de ellas, la relación entre las diversas compañías navieras, la segunda, la relación entre éstas y los cargadores.

### **1. Relación entre compañías navieras.**

Como punto de referencia en las relaciones entre compañías navieras tomamos el acuerdo conferencial ya que, como hemos venido señalando, la aparición de este tipo de acuerdos fue el motor de arranque de la normativa que analizamos. De todos es sabido que la Conferencia marítima tiene su base en un acuerdo de naturaleza contractual, o cualquier otra naturaleza lícita, por lo que, en principio, cabe pensar que sean las partes intervinientes en el acuerdo las que determinen las condiciones y demás términos del acuerdo, así como, en su caso, la ley rectora del contrato. Pero si bien ésto es lo que venía ocurriendo desde el nacimiento de este sistema, la inicial libertad de las navieras a la hora de celebrar un contrato o acuerdo de Conferencia se ve mediatizada a raíz del nacimiento del Código UNCTAD, al

---

voluntad en Derecho internacional privado”, A.D.C., 1976, pp. 1003 - 1020; CALVO CARAVACA, A.L. “La ley aplicable a los contratos internacionales (el Convenio de roma de 19 de junio de 1980”, Derecho de los Negocios, 1994, pp. 1 - 18; VIRGÓS SORIANO, M., en GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado ...*, op. cit., pp. 147 y ss.

menos para las navieras que sean nacionales, o gocen de esta condición, de los Estados Parte del Código, así como en las relaciones entre éstas y navieras de países terceros.

En este sentido, las condiciones de ingreso en una Conferencia y la participación en el tráfico de los miembros de la misma, es decir el reparto de cuotas entre las empresas intervinientes, así como la fijación de los fletes e, incluso, los reajustes que deban hacerse como consecuencia de las posibles modificaciones de los tipos de cambio de las monedas, quedan sujetas a lo establecido en el Código y no a las negociaciones que las partes puedan llevar a cabo. Por otra parte, en el caso de las navieras comunitarias el art. 2 del Reglamento 954/79 prevé la negociación comercial tanto para el caso de una conferencia ya existente, como si se trata de una conferencia de nueva creación. Concretamente, se establece que para ingresar en una conferencia marítima la compañía naviera aspirante deberá entablar “negociaciones comerciales” con las navieras de su misma nacionalidad que ya forman parte de la conferencia o, en caso de que sea una conferencia de nueva creación, se entablarán las “negociaciones comerciales” entre todas las aspirantes. Nada nos dice este artículo acerca de qué debe entenderse por “negociaciones comerciales”, o entorno a qué cuestiones deben girar las negociaciones. Ésto nos permite pensar que, sin lugar a dudas, en el acuerdo o contrato de conferencia las navieras harán uso de la autonomía privada, claro está respetando los límites y criterios establecidos en el Código UNCTAD y las reservas del Reglamento. Pero, aún así el citado artículo establece entre qué compañías puede llevarse a cabo la negociación determinándose que, de llevarse a cabo, será entre compañías de la misma nacionalidad, y quedando la solución, ante la falta de un posible acuerdo, en manos de los Estados miembros.

En cambio, la distribución de las cuotas entre las navieras, regulada en el artículo 3 del mismo Reglamento, deberá hacerse conforme a principios comerciales pero estableciendo el Reglamento los criterios que deberán tenerse en cuenta. Por su parte, en relación a la resolución de controversias, en caso de diferencias a la hora de distribuir las cuotas, el recurso de las partes al arbitraje comercial internacional está mediatizado por el hecho de que previamente, y de acuerdo con el artículo 3.3, las partes han de haberse sometido al procedimiento de conciliación contenido en el Anexo II del mismo Reglamento.

En este orden de cosas nos preguntamos en qué lugar queda la autonomía privada de las partes intervinientes en el contrato de conferencia. Sin lugar a dudas, se ve reducida al ejercicio dentro de los límites marcados por la normativa convencional, en el caso del Código, o por la normativa comunitaria, en el caso del Reglamento.

Respecto a los límites impuestos por el Código UNCTAD ha sido señalado por los profesores CARBONE y LUZZATO <sup>373</sup> que esta situación no debe entenderse como una limitación de la autonomía privada de las empresas intervinientes en el contrato o acuerdo de conferencia, sino que, por el contrario, se trata del establecimiento de una serie de criterios que permiten hacer un uso “positivo” de la autonomía privada, realizándose ésta en su máxima potencialidad y evitando, incluso, una posterior intervención normativa de las autoridades, especialmente administrativas, de los Estados. Expresamos nuestra discrepancia en base a las siguientes consideraciones:

---

<sup>373</sup> Vid. *Il contratto...*, op. cit. p. 67.

a) En primer lugar, la normativa del Código, como este sector doctrinal reconoce, nace con la pretensión de alcanzar determinados objetivos y un equilibrio económico prefijado a nivel interestatal. Por lo tanto, entendemos que la intención de la normativa de la UNCTAD no es la de establecer un marco para un “positivo” ejercicio de la autonomía privada de las empresas sino que, por el contrario, establece el marco dentro del cual deben desarrollarse las relaciones entre las navieras, debiendo éstas atenerse a lo en él contenido. El término “positivo” es subjetivo, es decir, si el ejercicio de la autonomía privada se califica de positivo es porque se lleva a cabo dentro de los límites impuestos por el Código y, por lo tanto, respondiendo a las pretensiones y objetivos prefijados. En el momento en el que, por motivos económicos, sociales, etc., el equilibrio económico perseguido a nivel interestatal sea otro el ejercicio de la autonomía privada se encauzará por aquellas vías que respondan a las nuevas pretensiones. En definitiva, lo que se pretende es que el ejercicio de la autonomía privada no entorpezca la consecución de lo que, en un momento económico, social y político concreto, se entiende por equilibrio económico.

b) Lo expuesto implica que la casi totalidad del contenido del contrato de conferencia venga predeterminado por la normativa del Código y, como consecuencia, entendemos que no estamos ante un ejercicio la autonomía privada “en su máxima potencialidad”, sino que, por el contrario, estamos ante un ejercicio de la autonomía privada dirigida hacia la consecución de unos objetivos de índole macroeconómico<sup>374</sup>. Es cierto que con

---

<sup>374</sup> A esto hay que añadir que el ingreso de una compañía naviera a una conferencia marítima, la mayor parte de las veces, pasa más que por la negociación de los términos del acuerdo entre las partes, por una verdadera adhesión de la naviera aspirante a los requisitos de la conferencia ya existente. Así en la Sentencia del Tribunal de Primera

ello se evita una posterior intervención normativa de las autoridades estatales, pero esto es así porque las pretensiones de los Estados, en materia de ordenación del mercado del transporte marítimo, ya se han aunado con las pretensiones de los demás Estados parte del Código y, por lo tanto, es este Convenio el medio para alcanzarlas, siendo innecesaria una posterior intervención estatal a nivel normativo.

En relación con el Reglamento 954/79 entendemos que los objetivos del mismo no van más allá de los inicialmente señalados: responder al Código UNCTAD en tanto que la aplicación de éste podía vulnerar ciertos principios comunitarios. Por lo tanto, aunque en él podamos ver ciertas limitaciones de la autonomía privada no se trata tanto de un intento de intervenir en las relaciones comerciales entre las navieras comunitarias, sino más bien estamos ante un propósito de contrarrestar los efectos negativos que pudieran recaer sobre el mercado comunitario del transporte marítimo, y en especial los efectos que podían sufrir las navieras comunitarias, como consecuencia de la política convencional de la UNCTAD en el sector del transporte que nos ocupa <sup>375</sup>.

## **2. La relación naviera/cargador.**

---

Instancia de 8 de octubre de 1996, cit. infra., la conferencia marítima CEWAL (con secretaría en Amberes) alega que el hecho de las compañías navieras *Grimaldi* y *Cobelfret* no entraran a formar parte de la misma no se debe al hecho de que la conferencia sea cerrada, sino a que estas empresas navieras se “negaron a cumplimentar el formulario de adhesión”.

<sup>375</sup> Conviene aquí recordar que la Comunidad intentó ratificar el Convenio como un Estado Parte más, cosa que no fue posible y dio lugar al sistema de las reservas contenidas en Reglamento. Al respecto vid. supra.

En la relación de las navieras con los cargadores o usuarios, al encuadrarnos dentro del tráfico de línea regular, ya sabemos que los usuarios solamente podrán aceptar o, en su caso, rechazar la oferta de la naviera o conferencia, al menos en lo relativo a la ruta a cubrir, fletes y horarios<sup>376</sup>. En este tipo de tráfico no cabe la contratación típica de los servicios *tramp* en el que las partes llegan a un acuerdo sobre las condiciones del contrato. Por otra parte, como hemos venido señalando, la posición de dominio que ocupaban las conferencias marítimas, y algunos *outsiders*, permitía que se impusiesen a los cargadores acuerdos de fidelidad que en la mayoría de los casos obligaban a los cargadores a contratar siempre, o al menos durante un largo periodo de tiempo, con la misma naviera e, incluso, a realizar prestaciones suplementarias ajenas al objeto del contrato.

Evidentemente una situación de este tipo perjudicaba claramente a un único sector: los cargadores. Con la entrada en vigor del Código UNCTAD la situación cambia, al menos para aquellos cargadores que contraten con conferencias marítimas que cubran rutas que sirvan al tráfico de un Estado Parte ya que, en relación a los fletes y acuerdos de fidelidad, el Código prevé que la fijación de estas cuestiones se llevarán a cabo previa consulta entre las partes, así como se reconocen y garantizan ciertos derechos a los cargadores. De esta forma, y sin pretensiones de hacer una enumeración exhaustiva de los derechos de los cargadores, de acuerdo con el Capítulo III del Código, el usuario tendrá, entre otros, el derecho de recuperar

---

<sup>376</sup> Como señala IRIARTE ANGEL, J. L., "Transporte marítimo internacional de mercancías y normas imperativas de terceros Estados", R.G.L.J., 1989, pp. 7 - 28, en el tráfico de línea, hasta la aparición de una regulación de carácter imperativo, los cargadores prácticamente carecían de capacidad de negociación, teniendo como única posibilidad la adhesión a las condiciones que le ofrecía la naviera.

íntegramente la condición de cliente leal si cumple las condiciones establecidas en el acuerdo de lealtad; a su vez, también goza del derecho a hacer uso de buques disponibles, sin perder su condición de cliente leal, en aquellos casos previstos en el artículo 8.2.<sup>377</sup>

No cabe duda que en el marco de las relaciones contractuales que se desarrollan en el ámbito del transporte internacional de línea regular se ha producido un cambio radical. Ante esta nueva situación cabe plantearse si el Código, no sólo nace con la finalidad de perseguir unos fines económicos acordes con las pretensiones de los Estados Parte, sino que también tiene una segunda intención que sería proteger a un sector desfavorecido en la relación contractual: los cargadores<sup>378</sup>, es decir, si hay una intención de restablecer el equilibrio contractual. Para responder a este interrogante debemos remontarnos a los trabajos preparatorios del Código en los que, como señalamos anteriormente, estuvieron presentes varios intereses a conciliar: por una parte, las pretensiones de los países en vías de desarrollo frente a los países industrializados (intereses de política económica de los Estados Parte); y, por otra parte, los intereses

---

<sup>377</sup> Hay que señalar que los cambios en las relaciones contractuales entre navieras y cargadores no sólo vino dada por la vía que nosotros estamos exponiendo, sino que también en materia de responsabilidad del porteador a través de las normas imperativas se hizo frente a las situaciones abusivas que se creaban con las cláusulas de exoneración introducidas unilateralmente por las navieras en los conocimientos de embarque, al respecto, vid. IRIARTE ANGEL, J.L., op. ult. cit., pp. 9 y ss.

<sup>378</sup> Señala DE CASTRO, F., "Limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad", A.D.C., 1982, pp. 987 - 1085, que el criterio de excluir cualquier limitación a la autonomía de la voluntad fuera de expreso mandato de la Ley, seguido por el liberalismo del siglo pasado e inicios de éste, se pone en duda con el intervencionismo del Estado por dos motivos: la protección de ciertas clases sociales y la reacción frente al uso abusivo de ciertas figuras como el contrato de adhesión, condiciones generales de los negocios, etc.



de los cargadores frente a las empresas navieras. Por lo tanto, en los trabajos preparatorios se tuvo en cuenta la situación de los cargadores o usuarios en las relaciones contractuales con las navieras. De esta forma a la cuestión planteada hemos de responder afirmativamente. Ahora bien, queremos puntualizar que no cabe duda alguna acerca de la situación desfavorable de los cargadores frente a las conferencias marítimas y frente a determinados *outsiders*, pero también es cierto que en ocasiones hay que abandonar la idea del cargador como parte débil del contrato ya que hay grandes empresas que tienen mucho más poder económico que una naviera, o conferencia, y que, de no celebrarse el contrato, saldría más perjudicada la naviera que la empresa que pretende transportar sus mercancías, no sólo por lo que pueda perder por ese viaje en concreto, sino por la posible pérdida de un cliente de cierta envergadura.

Aquí volvemos a discrepar de la opinión de CARBONE y LUZZATO <sup>379</sup>. En efecto, es innegable que, como señalan estos autores, el Código potencia las negociaciones y consultas entre las partes intervinientes en el contrato —navieras y cargadores— para la determinación del contenido del mismo. Ahora bien, tampoco aquí entendemos que la pretensión del Código sea fomentar la autonomía privada en su “máxima potencialidad”, sino que, por el contrario, pretende proteger a la parte que, en principio, se presenta como la más débil del contrato, favoreciendo consultas y negociaciones comerciales dentro de un marco que determina las cuestiones que han de ser sometidas a estas consultas y negociaciones, así como la forma en que éstas han de llevarse a cabo. Por lo tanto, la pretensión no es otra que

---

<sup>379</sup> Vid. *Il contratto...*, op. cit., p. 67.

evitar que la voluntad de una de las partes —empresa naviera— se imponga a la otra parte —cargador—.

Finalmente, el Código deja un espacio a la libre disposición de las partes cuando establece, en su art. 22, que en las relaciones entre empresas, tanto si se trata de un acuerdo de conferencia, como si se trata de un acuerdo de reparto de carga, así como los acuerdos de fidelidad —navieras/cargadores— podrán incluir otras disposiciones que las partes convengan siempre que no sean incompatibles con el Código.

El Reglamento 4056/86, respecto a los acuerdos de fidelidad, se mantiene en la misma línea que el Código UNCTAD, es decir, no sólo se pretende mantener un mercado del transporte marítimo internacional basado en una serie de principios y objetivos sino que, a la vez que se persigue el mantenimiento de un determinado orden de mercado, se pretende la protección de una de las partes intervinientes en el contrato, concretamente, los cargadores. Al respecto, el Reglamento 4056/86 hace especial insistencia en los acuerdos de fidelidad<sup>380</sup>, haciendo hincapié en las consultas entre las partes del contrato. En esta línea, ha sido tomada una Decisión por parte de la Comisión<sup>381</sup> en la que, además del pago por parte de los demandados de una serie de multas por infracción de ciertos artículos del Reglamento 4056/86, se “recomienda” a las empresas miembros de la conferencia marítima CEWAL que adecuen los términos de sus

---

<sup>380</sup> Respecto a las partes intervinientes en el acuerdo, condiciones que han de cumplir, etc., vid. supra en el capítulo dedicado al análisis del contenido del Reglamento.

<sup>381</sup> Vid. Decisión de 23 de diciembre de 1992, cit. supra. Esta decisión fue posteriormente recurrida por las conferencias marítimas sancionadas, recurso que se resuelve con la S.T.J.C.E. de 8 de octubre de 1996, Asuntos acumulados T-24/93, T-25/93, T-26/93 y T-28/96, *Recueil...* Habiendo perdido el recurso, los recurrentes presentaron un recurso de casación con fecha de 10 de diciembre de 1996 ante el T.J.C.E., Asunto C-395/96 P.

contratos de fidelidad de conformidad con el Reglamento 4056/86. En este sentido, nada nos dice la Decisión acerca de cómo deben adecuarse éstos términos, por lo que debemos entender que deberán contener las exigencias del artículo 5.2 a) y b) del citado Reglamento (transposición por referencia).

## **V. Incidencia de las normas de intervención en el régimen jurídico de los contratos de transporte marítimo.**

Nos adentramos ahora en las consecuencias de las normas de intervención en el régimen jurídico de los contratos de transporte marítimo de mercancías. Recordamos, como punto de partida, que la normativa que vamos a analizar es Derecho Comunitario derivado y, como hemos señalado anteriormente, supone una manifestación, no sólo de las competencias internas de la Comunidad, sino también de las competencias externas concedidas por el Tratado en materia de política comercial común <sup>382</sup>.

Cuando entramos en el estudio de las normas de intervención que, en el ámbito de la U.E., están encaminadas a ordenar el mercado del transporte marítimo internacional, observamos que todas ellas se contienen en Reglamentos. Por lo tanto, como primer paso, y antes de entrar en la exégesis de los Reglamentos comunitarios como normas de intervención, creemos conveniente analizar porqué el legislador comunitario ha optado por esta técnica normativa unificadora.

### **1. Pluralidad de técnicas de reglamentación.**

---

<sup>382</sup> Vid. supra.

De todos es sabido que en el ámbito comunitario nos encontramos con una pluralidad de técnicas de reglamentación que, desde una perspectiva internacionalprivatista, deben ser abordadas teniendo en cuenta que hay dos posibles objetivos <sup>383</sup>: por una parte, la armonización en cuyo caso se acude a la vía de las Directivas; por otra, la unificación vía Convenios y/o Reglamentos. Por lo tanto, conviene, como paso previo, exponer las ventajas e inconvenientes de ambos cauces para extraer los motivos que llevaron al legislador comunitario, en materia de transporte marítimo internacional, a optar por la unificación a través de Reglamentos <sup>384</sup>.

#### **A) Armonización vía Directivas.**

---

<sup>383</sup> Vid., entre otros, BATIFFOL, H., "Remarques sur l'opposition des directives aux règles en droit international privé", *Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padova, 1987, pp. 27 - 36; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. - SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho Internacional...*, op. cit, pp. 163 - 167.

<sup>384</sup> Vid. BOUZA VIDAL, N., "Modalidades de unificación y armonización de legislaciones en la Comunidad Económica Europea", en *Iniciación al estudio del Derecho Comunitario Europeo*, C.G.P.J., Madrid, 1984, pp. 156 - 181, pone de manifiesto que, en el seno de la U.E., los términos coordinación, armonización y unificación no tienen por qué hacer necesariamente referencia a un distinto nivel de integración jurídica, sino que, por el contrario, la referencia a cualquiera de estos términos debe entenderse como una referencia a términos sinónimos; de tal manera que, siempre en palabras de la citada autora, el grado de armonización viene determinado por el mecanismo o instrumento previsto en el TCE y no por la terminología utilizada; íd. "Significado y alcance de la armonización de legislaciones en la Comunidad Económica Europea", R.I.E., 1981, nº 2, pp. 397 - 430. A su vez, DESANTES REAL, M., "La incidencia de las fuentes de origen institucional ...", op. cit., p. 105, quien pone de manifiesto que no es del todo correcto asimilar la directiva con la armonización y el reglamento con la uniformación ya que el límite entre armonización y uniformación se presenta impreciso. Al mismo tiempo, el citado autor, señala que, en ocasiones, hay directivas que pueden ser más uniformadoras que un reglamento.

El artículo 100 TCE contempla la adopción de Directivas como el cauce para la “aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias, y administrativas de los Estados miembros” y dar así cumplimiento a las previsiones del artículo 2 TCE por la vía prevista en el artículo 3 h) del mismo Tratado. Ahora bien, la armonización del D.I.Pr. a través de esta técnica de reglamentación no está exenta de críticas. Así, se enjuicia tanto el carácter tardío con el que, en ocasiones, se lleva a cabo la incorporación de las Directivas a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, como la diversidad de interpretaciones a las que están sujetas, a pesar de la ayuda interpretativa que pueda solicitarse al T.J.C.E. por la vía del artículo 177 TCE. La inadaptación por parte de algunos Estados y las limitaciones del artículo 100 TCE *ratione materiae* vienen a completar las principales críticas a la armonización a través de esta técnica de reglamentación.

### **B) Uniformación a través de Convenios.**

La primera opción, la unificación por el cauce de los Convenios, es otra de las posibles vías que, al igual que la armonización a través de Directivas, no está exenta de críticas. Sin ánimo de hacer un elenco exhaustivo de las principales apreciaciones sí queremos señalar, al menos, las más relevantes: así, se pone de manifiesto las dificultades que supone la negociación, firma y ratificación de un Convenio y, como consecuencia, esta lentitud provoca el carácter tardío con el que el Convenio entra en vigor quedando, en algunos aspectos obsoleto. Además, no hay que olvidar las dificultades interpretativas que,

ante la falta de competencia originaria del T.J.C.E.<sup>385</sup>, da pie a multiplicidad de interpretaciones por parte de los Tribunales de los Estados miembros<sup>386</sup>.

Hemos de advertir que el Convenio tiene poca o nula intervención en el tema que a nosotros nos interesa, la organización del mercado del transporte marítimo internacional. El recurso a la vía convencional no encuentra fundamento alguno pues hemos de tener en cuenta que estamos ante una serie de normas adoptadas en el marco de una política común para la que se prevé, en el propio TCE, que las medidas que se establezcan sean adoptadas por el Consejo a propuesta de la Comisión y previa consulta al Comité Económico y Social y a la Asamblea (art. 75.1). Conforme destaca BOUZA VIDAL, en el ámbito comunitario las políticas comunes quedan expresamente sometidas a una regulación por el cauce de los Reglamentos<sup>387</sup>.

---

<sup>385</sup> Vid. DESANTES REAL, M., "La incidencia de las fuentes de origen institucional ...", op. cit. p. 86; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. - SÁNCHEZ LORENZO, S., *Cursos de Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 165.

<sup>386</sup> Ahora bien, esta situación ha encontrado remedio a través de los acuerdos alcanzados entre los propios Estados miembros con los que someten los Convenios suscritos en el marco del art. 220 TCE a la interpretación del T.J.C.E. Así, sólo por citar un caso, se ha llegado al Primer Protocolo relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, hecho en Bruselas, el 19 de diciembre de 1988; y, con la misma fecha, el Segundo Protocolo por el que se le atribuyen al T.J.C.E. determinadas competencias en materia de interpretación del Convenio, D.O.C.E. núm. L 48, de 20 de febrero de 1989 Vid. VIRGÓS SORIANO, M., "La interpretación del Convenio de Roma de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Noticias CEE*, 1990, I, pp. 83 - 94; AGUILAR NAVARRO BENÍTEZ DE LUGO, M., "La cooperación internacional como objetivo del Derecho Internacional Privado", en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz* 1991, Bilbao, 1992, pp. 171 - 225, espec. p. 193; REIG FABADO, I., "El Convenio de Roma de 1980 sobre contratos internacionales: problemática de su interpretación", *R.G.D.*, 1996. núm. 627, pp. 13215 - 13230.

<sup>387</sup> Vid. BOUZA VIDAL, N., "Modalidades de unificación ...", op. cit., p. 162.

### **C) El Reglamento como cauce de unificación en materia de transporte marítimo internacional.**

Si hemos cerrado el apartado anterior diciendo que las políticas comunitarias quedan expresamente sometidas al cauce de los Reglamentos, podemos plantear la cuestión en términos más amplios, es decir, porqué las políticas comunes quedan excluidas de otras técnicas de reglamentación como pueden ser las Directivas.

Los motivos que han llevado a esta opción pueden exponerse del siguiente modo:

1.- La aplicabilidad directa del Reglamento implica la desaparición de los problemas de dilación en la incorporación a los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros que plantean las Directivas. A su vez, se evitan los problemas que supondría la celebración de Convenios (al margen de que no encuentren apoyo en el artículo 220 TCE): por una parte, se elude el inconveniente que supone la búsqueda de un consenso entre todos los Estados miembros. Por otra parte, la adopción de medidas que deben llevar a una política común, en este caso la relativa al transporte, queda en manos de los órganos comunitarios y no en la de los Estados miembros <sup>388</sup>. Por lo tanto,

---

<sup>388</sup> No hay que olvidar que una parte de los Estados miembros abogaba la tesis de que el sector del transporte marítimo y aéreo quedaban fuera, no sólo del Título del TCE dedicado al transporte, sino también de los principios generales del Tratado, pretendiéndose restar competencias a los órganos comunitarios sobre estas dos modalidades de transporte, al respecto vid. supra Capítulo... Una vez más el factor económico juega un papel relevante por lo que era presumible que los Estados miembros con mayor potencial marítimo no quisiesen perder competencias en la materia en favor de los órganos comunitarios. Si se hubiese dejado el transporte marítimo y aéreo fuera

el Reglamento se presenta como el camino más rápido, eficaz, y, sobre todo, adecuado.

2.- Por otra parte, el Reglamento da pie a la aparición de un Derecho que ha sido calificado de “ex novo” único para todos los Estados miembros con el que se consigue una eliminación de las discrepancias entre las legislaciones de los Estados comunitarios ya que, este Derecho de nueva creación sustituye o, cuanto menos, se yuxtapone a las legislaciones internas<sup>389</sup>.

De esta forma, resulta del todo lógico que el TCE prevea el cauce del Reglamento para las políticas comunes. Es más, aún cuando esta previsión no se hubiese contenido en el Tratado, y centrándonos en el sector del transporte marítimo, si lo que pretende la U.E. es actuar como un todo unitario, de forma rápida y eficaz, ante las medidas adoptadas no sólo por terceros Estados, sino también por los particulares que operan en el tráfico, la vía adecuada no podía ser otra que el Reglamento. A través de esta técnica de reglamentación, se consigue una uniformidad de normas materiales relativas a la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en el marco del transporte marítimo interno, intracomunitario e internacional, remitiéndose a las legislaciones internas de los Estados miembros únicamente para determinar los requisitos exigibles en materia

---

del Título IV TCE y, por lo tanto, presentándose la posibilidad de que, a la hora de adoptar medidas, el protagonismo hubiese recaído sobre los Estados miembros, la búsqueda de un consenso hubiese sido casi imposible. De hecho, en relación a la vía convencional, *ex art. 220 TCEE*, se ha puesto de manifiesto la falta de funciones de los órganos comunitarios en favor de los Estados miembros. Al respecto, DESANTES REAL, M., “La incidencia de las fuentes de origen institucional ...”, *op. cit.*, p. 86.

<sup>389</sup> Vid. BOUZA VIDAL, N., “Modalidades de unificación ...”, *op. cit.*, pp. 162 - 163.



de registro de buques <sup>390</sup>. A su vez, aunque en menor medida, se alcanza la uniformidad de normas de conflicto <sup>391</sup>.

En materia de defensa de la competencia, el legislador comunitario ha seguido la vía de los Reglamentos para el desarrollo los artículos 85 y 86 del TCE y concretar sus modalidades de aplicación a los distintos sectores del comercio, a pesar de que el TCE no prevé expresamente la técnica a utilizar (art. 87). Por lo tanto, en el marco del transporte marítimo se ha seguido la línea ya abierta para otros campos del comercio dejando escaso resquicio a la aplicación de las legislaciones internas sobre competencia. De tal forma que se pretende alcanzar un Derecho comunitario de la competencia único para los quince Estados quedando las respectivas legislaciones internas en un segundo plano <sup>392</sup>.

El hecho de que se haya escogido el cauce de los Reglamentos y el resultado del desarrollo de los artículos 85 y 86 del TCE haya dado lugar a un margen muy reducido para la aplicación de las legislaciones internas sobre defensa de la competencia no es de extrañar, tanto si nos movemos en el sector del transporte marítimo, como si lo hacemos en el resto de las actividades comerciales. El motivo tiene tanto connotaciones económicas como jurídicas. Desde la primera perspectiva, la económica, hay que tener en cuenta que, a pesar de que formamos parte de un Mercado Único, la idea de mercado concebida en razón de los

---

<sup>390</sup> Vid. artículo 1.2 del Reglamento 4055/86 y artículo 3 d) del Reglamento 4057/86, cit. supra.

<sup>391</sup> Vid. Artículo 3 del Reglamento 3577/92, cit. supra.

<sup>392</sup> En relación a la relación entre legislaciones internas sobre competencia y Derecho comunitario de la competencia, *vid. infra* Capítulo IX.

límites geográficos nacionales aún no ha sido abandonada. A su vez, a pesar de que las legislaciones de los Estados miembros en materia de competencia obedecen a la misma idea de libertad de mercado e igualdad de condiciones entre los competidores, responden a la necesidad de proteger a un mercado determinado y responder a las necesidades concretas del mismo que, por otra parte, no tienen porqué coincidir entre los distintos Estados miembros. Por lo tanto, no podemos hablar de defensa de la competencia sin tener en cuenta los intereses económicos estatales y particulares.

Con la aplicación de una ley interna sobre competencia se puede proteger los intereses de las navieras que operan en el tráfico marítimo intracomunitario o internacional de ese Estado pero se dejaría desprotegido al resto de operadores marítimos de los demás Estados miembros. Por el contrario, con el Reglamento 4056/86 se ofrece una cobertura de protección mucho más amplia con la que se pretende evitar desviaciones del tráfico <sup>393</sup>. Desde un punto de vista jurídico, nunca hay que olvidar que el transporte marítimo goza de unas especificidades que, necesariamente, han de ser contempladas por la normativa reguladora de este sector del comercio, tanto si se trata de legislación sobre competencia como si se trata de la normativa que debe regular otros aspectos que puedan recaer sobre esta actividad. Además, con los Reglamentos, y en particular con el 4056/86, se evitan los

---

<sup>393</sup> Así, si se aplicasen las legislaciones internas sobre competencia nos encontraríamos con supuestos de tráfico marítimo internacional (entre un puerto comunitario y un puerto de un tercer Estado) en el que los operadores del sector podrían desviar el lugar de carga o, en su caso, descarga hacia aquellos puertos comunitarios cuyas legislaciones sobre competencia sean más flexible. Por el contrario, el Reglamento 4056/86 se aplicará siempre que el lugar de carga o descarga se localice en un puerto comunitario evitando así las desviaciones del tráfico.

conflictos de leyes entre las legislaciones sobre competencia de los distintos Estados facilitándose, al menos en parte, una mayor seguridad jurídica tanto para los usuarios como para las empresas navieras <sup>394</sup>.

Por lo tanto, en el marco del transporte marítimo, interno, intracomunitario e internacional, la técnica normativa utilizada ha sido el Reglamento consiguiéndose, de esta forma, un Derecho comunitario del transporte que se superpone a las legislaciones internas. Con esta técnica se ha dado regulación a la aplicación de principios comunitarios como la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios, y la aplicación del Derecho de la competencia al sector del transporte y, a su vez, se ha alcanzado una posición común de los Estados miembros frente a terceros. Ahora bien, este conjunto de Reglamentos tienen como base la necesidad comunitaria de intervenir un sector del comercio para encaminarlo a la consecución de unos fines económicos que serían inalcanzables si no se contase con una determinada regulación jurídica. Como consecuencia, el siguiente paso será analizar los Reglamentos, relativos al transporte marítimo, como normas de intervención.

## **2. Caracterización de los Reglamentos CEE como normas de intervención.**

---

<sup>394</sup> Vid. DESANTES REAL, M. “La incidencia de las fuentes de origen institucional...”, op. cit., p. 104, quien pone de manifiesto que, con la uniformación en materia de competencia, desaparecen los conflictos entre legislaciones internas y se aplica la legislación comunitaria como *lex fori* del conjunto de la U.E. Señala también este autor que los verdaderos conflictos se plantean, a nivel vertical, entre las legislaciones internas y el Derecho comunitario y, a nivel horizontal, entre la legislación comunitaria y la de los terceros Estados. En relación a este último nivel de conflictos vid. infra. el Capítulo dedicado a la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia.

Desde un punto de vista espacial son normas unilaterales y, como tales, delimitan su propio ámbito de aplicación. La aplicación de estos Reglamentos tendrá lugar desde el momento en el que se produzca un efecto negativo sobre el mercado comunitario del transporte marítimo, ya se trate de un efecto directo, indirecto o, incluso, potencial, ocasionado por el contrato, acuerdo o práctica. Así, en el caso del Derecho de la competencia —art. 85 y 86 TCE y Reglamento 4056/86 que establece las modalidades de aplicación al transporte marítimo— el efecto, para ser sancionable debe provocar una “afectación del comercio entre los Estados miembros”; por su parte, en el caso del Reglamento 4057/86 el efecto deberá consistir en la perturbación grave de la estructura del tráfico con perjuicio para los armadores comunitarios; y, por último, en el caso del Reglamento 4058/86, el efecto será la limitación a la libertad de acceso al tráfico. Son, por tanto, reacciones comunitarias ante medidas proteccionistas de terceros Estados, o de sus nacionales, que afectan la estructura del mercado del transporte marítimo comunitario. A su vez, las medidas que adopta la Comunidad frente a estos efectos, sean efectos originados por un contrato, una práctica, o por las medidas adoptadas por un tercer Estado, provocan consecuencias, tanto jurídico-públicas como jurídico-privadas, debiendo estas últimas, ser precisadas por la ley rectora del contrato.

En ninguno de los Reglamentos que estamos analizando, exceptuando el dedicado a las modalidades de aplicación del Derecho de la competencia al transporte marítimo internacional, se hace referencia, en momento alguno a los contratos de transporte, ni a aquéllos existentes, ni a los que pudieran celebrarse en un futuro. Por lo tanto, no prohíben la celebración de determinados contratos, no somete la celebración de los mismos a ningún requisito de tipo administrativo, ni nos señalan qué ocurre con los contratos ya existentes cuando se aplica alguno

de estos Reglamentos. Por otra parte, adoptando la distinción que, a la hora de tratar las medidas de coerción económicas, hace GARCIMARTÍN ALFÉREZ<sup>395</sup> entre “función como enunciado prescriptivo” y función como *datum*”, podemos decir que sólo, en el mercado que estamos analizando, el Derecho de la competencia cumple la primera función, por el contrario, los restantes Reglamentos cumplirían la segunda función, como *datum* o supuesto de hecho<sup>396</sup>.

Por lo tanto, es necesario hacer dos precisiones: a) Los Reglamentos 4057/86 y 4058/86 se presentan exclusivamente con una función de supuesto de hecho. b) El Derecho de la competencia —arts. 85 y 86 TCCE y Reglamento 4056/86— pueden ostentar una doble función: por una parte, se pueden

---

<sup>395</sup> Vid. *Contratación internacional...*, op. cit. pp. 60 - 61, donde el citado autor señala que las M.C.E. realizan una función como enunciado prescriptivo o regla de decisión cuando se aplica al supuesto litigioso, mientras que, en su función como *datum*, las M.C.E. no se aplica como Derecho al supuesto litigioso pero sí crea un situación que pasa a formar parte del supuesto de hecho.

<sup>396</sup> Esta dos funciones que pueden desempeñar las normas de intervención han dado pié a la distinción entre toma en consideración y aplicación del Derecho extranjero. Son varias las aportaciones doctrinales al respecto, en la doctrina española, sólo por citar algunos autores: MIAJA DE LA MUELA, A. “El Derecho Público extranjero en el tráfico privado internacional”, Homenaje al Profesor Don José de Yanguas Messia, R.E.D.I., 1979, pp. 247 - 288, quien plantea dos supuestos de toma en consideración: cuando la norma extranjera, sea de naturaleza pública o privada, constituye el hecho previsto en la norma aplicable por el tribunal, o cuando la supuesto de hecho del litigio sea consecuencia del cumplimiento de una ley extranjera, normalmente de carácter público; sobre la misma cuestión, PÉREZ BEVIÁ, J.A., *La aplicación del Derecho público extranjero*, Madrid, 1989, pp. 71 - 79. En la doctrina extranjera entre otros, MEYER, P., “Les lois de police étrangères”, J.D.I., 1981 pp. 277 -345, para quien la toma en consideración de una ley extranjera se produce cuando ésta entra en el presupuesto de la regla sustantiva aplicable, mientras que en un sentido más amplio habla de tomar en consideración en aquellos casos en los que la regla sustantiva aplicable recoge en su presupuesto un acontecimiento definido de manera general y la ley extranjera viene a constituir el acontecimiento en cuestión.

presentar como Derecho aplicable al litigio y, por otra parte, como supuesto de hecho.

a) La afirmación de que los Reglamentos, 4057/85 y 4058/86 sólo pueden cumplir una función de supuesto de hecho obedece a unos motivos, muy concretos, que pasamos a exponer. Estamos ante una normativa que reacciona, frente los efectos procedentes de terceros Estados o de sus nacionales, mediante de la imposición de una serie de medidas de carácter administrativo: en el caso del Reglamento 4057/86 procediendo a la imposición de un derecho corrector y, en el caso del Reglamento 4058/86 imponiendo contramedidas que, como se señaló en su momento, pueden consistir en la obligación de obtener un permiso de carga, descarga o de transporte, en la aplicación de una contingentación o en la imposición de cánones o derechos<sup>397</sup>. En ambos casos la competencia exclusiva para imponer el derecho corrector, o la contramedida, le corresponde al Consejo que resolverá por mayoría cualificada; la recaudación de los mismos corresponderá a los Estados miembros (normalmente la recaudación se delega a las autoridades aduaneras). Ante lo expuesto es del todo imposible plantearse la posibilidad de que una autoridad de un país tercero imponga contingentaciones o derechos correctores en pro de la salvaguardia de los intereses comerciales, especialmente marítimos, comunitarios y, mucho menos, pensar que sean las autoridades de países terceros quienes los recauden en aplicación de un Reglamento comunitario.

---

<sup>397</sup> La adopción de contramedidas deberán ir precedidas de quejas por vía diplomática dirigidas a los Estados terceros de los que procedan las medidas a convativir (art. 4.2).

Por otra parte, tampoco cabe pensar en la posibilidad de que la jurisdicción ordinaria, aún cuando sea de un Estado miembro, imponga derechos correctores o medidas de salvaguardia en base a los dos Reglamentos que estamos tratando, ya que la competencia para imponerlos es exclusiva de la Comunidad.

En el caso de que se estén llevando a cabo prácticas de tarifas desleales, el Reglamento 4057/86 prevé que sea el Estado miembro afectado, de propia iniciativa o a petición de las personas físicas o jurídicas interesadas, el que presente una queja ante la Comisión. En caso de que, tras las consultas e investigaciones oportunas, se considere necesario imponer un derecho corrector será el Consejo, a petición de la Comisión, y por mayoría cualificada, quien se pronuncia acerca de esta imposición. En el supuesto de adopción de contramedidas (contingentación, cánones o derechos) la competencia, en base al Reglamento 4058/86, recae sobre el Consejo quien, a propuesta de la Comisión, deberá decidir siguiendo las modalidades de votación previstas en el artículo 84.2 TCE.

Lo que sí cabe pensar es que la jurisdicción ordinaria, sea de un Estado miembro, sea de un país tercero, entre a conocer de un asunto relativo a un contrato de transporte marítimo en el que una de las partes solicite la rescisión del mismo o su modificación alegando las variaciones que las circunstancias iniciales del contrato hayan podido sufrir como consecuencia de alguna de las medidas enunciadas. En este caso, que es el único que cabe plantearse respecto a la normativa que analizamos, el juez competente para conocer del litigio se encontrará con una norma de intervención —Reglamento CEE— que forma parte de supuesto de hecho del asunto en cuestión.

b) En cambio, sí podemos hablar de una doble función en el caso del Derecho de la competencia. En efecto, caben dos posibilidades:

Por una parte, un juez de un país tercero puede entrar a conocer de un asunto en el que el Derecho de la competencia comunitario forme parte del supuesto de hecho. Por ejemplo, un contrato de transporte en el que la compañía naviera haya sido condenada al pago de una multa, o no le haya sido concedida una excención individual, por abuso de posición de dominio en el mercado (art. 86 TCE), como consecuencia de lo cual la naviera pretende una modificación del contrato a lo que se opone el cargador. Es evidente que en un supuesto de este tipo el Derecho comunitario de la competencia ha sido aplicado por la propia Comunidad. El órgano jurisdiccional del país tercero que entra a conocer de un litigio, promovido por una de las partes, en el que se plantea si es posible una modificación del contrato motivada por el cambio sufrido en las circunstancias iniciales se encuentra con una norma comunitaria integrada en el supuesto de hecho.

Por otra parte, como veremos en las siguientes páginas <sup>398</sup>, el Derecho de la competencia tiene una naturaleza que abarca tres dimensiones, una de ellas es la dimensión civil. Anticipando lo que será el análisis de la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia, cabe señalar que, en principio, no hay ningún problema para que el juez de un país tercero aplique esta dimensión civil. Por lo tanto, en este supuesto el Derecho de la competencia sería aplicado como Derecho a un supuesto litigioso.

---

<sup>398</sup> Vid. infra, capítulo dedicado a la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia.



### **3. Consecuencias jurídico-privadas derivadas de la aplicación de los Reglamentos 4057/86 y 4058/86.**

Nos encontramos ante dos Reglamentos que tienen por objeto que el mercado del transporte marítimo internacional se construya en base a una estructura abierta. Para su consecución se propugna la represión de las prácticas de tarifas desleales y la igualdad de posibilidades de acceso al tráfico. La alteración de esta estructura da pie a la adopción de derechos correctores en un caso y contramedidas en otro. Veremos como ambas respuestas inciden en las relaciones contractuales entre navieras y cargadores.

#### **A) Consecuencias jurídico-privadas derivadas de la imposición de un derecho corrector.**

Empezaremos analizando las distintas consecuencias que se pueden derivar de la aplicación de un derecho corrector conforme a la aplicación del Reglamento 4057/86. Este Reglamento ha sido equiparado en numerosas ocasiones al Reglamento CEE regulador de las medidas *antidumping* en materia de bienes<sup>399</sup>, norma de intervención comercial, dadas las analogías entre ambos Reglamentos. Es más, se ha puesto de manifiesto que el Reglamento 4057/86 “plantea la cuestión de extender al comercio internacional de los servicios nociones y conceptos pensados para el comercio internacional de

---

<sup>399</sup> Reglamento (CE) n° 384/96 del Consejo de 22 de diciembre de 1995 relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de *dumping* por parte de países no miembros de la Comunidad Europea, D.O.C.E., n° L 56 de 6 de marzo de 1996, modificado por el Reglamento 2331/96, D.O.C.E. n° L 31 7.

mercancías”<sup>400</sup>. A los efectos que aquí nos interesan se trata de una norma de Derecho público encaminada a proteger los intereses de los armadores comunitarios y los intereses de las líneas de tráfico que cubren puertos de la Comunidad frente a la práctica de tarifas desleales de los armadores nacionales de terceros Estados.

Para llevar a cabo este análisis contamos con el único caso que se ha dado hasta ahora en relación a la aplicación del Reglamento 4057/86 -caso *Hyundai*-<sup>401</sup>. A la citada compañía coreana se le impuso un derecho corrector<sup>402</sup>, a través de Reglamento<sup>403</sup>, sobre la carga en contenedores efectuada en puertos comunitarios, y con destino a Australia, siendo indiferente que los buques fueran explotados directamente o indirectamente por *Hyundai*. Junto al derecho corrector se impuso también una autorización de carga, es decir, para que la naviera coreana pueda cargar en los puertos comunitarios deberá constituirse una fianza igual al importe del derecho. Cuando se inició el procedimiento que dio pie a la adopción del Reglamento por el que se impuso a *Hyundai* las medidas apenas expuestas, la Comisión informó oficialmente a los cargadores interesados dándoles la oportunidad de exponer sus puntos de vista. Es evidente que los interesados no son únicamente las navieras comunitarias perjudicadas, sino que también existe un

---

<sup>400</sup> Vid. BLANCO-MORALES LIMONES, P., “Los fundamentos ...”, op. cit., p. 121.

<sup>401</sup> Vid. supra.

<sup>402</sup> El importe del derecho corrector se fijó en 450 ecus por contenedor de 20 pies y de 900 ecus por contenedor de 40 pies y a prorrata para contenedores de otras dimensiones.

<sup>403</sup> Reglamento 15/89, cit. supra.

interés por parte de los cargadores o usuarios, especialmente aquéllos que han contratado con la naviera.

Por lo tanto, como consecuencia de la imposición de un derecho corrector se puede originar un conflicto de intereses <sup>404</sup> entre la naviera y el cargador. Para explicar el porqué de este juego de intereses exponemos las distintas situaciones que se pueden producir una vez impuesto el derecho corrector y de la autorización de carga:

a) La primera posibilidad sería que la compañía naviera sobre la que recaiga la imposición salga de las rutas de tráfico que cubran puertos de la Comunidad mientras dure la vigencia del Reglamento por el que se le impone el derecho corrector y la autorización de carga <sup>405</sup>. En este caso la posibilidad con la que se encuentran los cargadores que tienen contratado con la naviera el transporte de mercancías en las rutas afectadas no sería otra que la de acudir a los órganos jurisdiccionales que resulten competentes para conocer del litigio y que sean éstos los que, conforme a la ley aplicable al contrato, resuelvan el supuesto caso de incumplimiento.

Claro está que también cabe pensar en la hipótesis de que las partes, dadas las nuevas circunstancias, acuerden que las mercancías se carguen en un puerto no comunitario. Una situación de este tipo sería posible si al cargador, aún teniendo

---

<sup>404</sup> Acerca del conflicto de intereses entre las partes intervinientes en un contrato tras la aplicación de una norma de intervención vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Contratación internacional...*, op. cit., pp. 70 - 75.

<sup>405</sup> La vigencia, en el caso del derecho corrector impuesto a *Hyundai*, fue de cinco años contados a partir del momento en el que las medidas entraron en vigor.

que desplazar las mercancías hacia otro puerto distinto al inicialmente previsto, le siguen resultando rentables las tarifas practicadas por la naviera. Con ello se produciría una desviación del tráfico hacia países terceros en detrimento de los intereses comunitarios y la norma de intervención comunitaria no tendría el efecto deseado. Es evidente que la Comunidad preveía que, medidas del tipo que estamos analizando, provocasen desviaciones del tráfico. Ahora bien, en las manos de la Comunidad sólo estaba la posibilidad de evitar desviaciones internas, es decir, de unos puertos comunitarios hacia otros, y lo hace imponiendo los derechos correctores por la vía del Reglamento, por lo tanto, directamente aplicable en todos los Estados miembros. Esto da lugar a que, en caso de que naviera y cargador llegasen a un acuerdo de cargar en otro puerto, tuviesen que hacerlo en un puerto no comunitario, cosa que, por otro lado, difícilmente puede resultar beneficioso para el cargador. La posibilidad de que la Comunidad pudiese evitar el desvío del tráfico hacia países terceros pasaría por la necesidad de una cooperación a nivel internacional que permitiese la posibilidad de que sanciones de este tipo se ejecutasen en países terceros, cosa que, por otra parte, puede considerarse inviable.

Ahora bien, si es posible que la naviera sancionada desaparezca de la ruta de tráfico que cubre puertos de la Comunidad, dejando en manos de los cargadores las posibles vías legales que se puedan emprender ante la jurisdicción ordinaria que resulte competente, quiere esto decir que las pretensiones de la norma de intervención quedan sin cumplirse. Por una parte, se pretende mantener una determinada estructura de mercado basado en la libre competencia sancionando a quienes alteran esta estructura. El hecho de que las navieras sancionadas abandonen la ruta implica que la sanción se haya establecido, a través de Reglamento, pero que no se ejecute. A su vez, la naviera, pasado el período de vigencia de la sanción puede, nuevamente,

incorporarse al tráfico en cuestión, incluso, sin necesidad de reaparecer con una nueva denominación social. Por otro lado, la parte que, en principio, se presenta como la más débil del contrato, queda totalmente desprotegida ante hechos de este tipo<sup>406</sup>, teniendo como única salida la posibilidad de emprender acciones legales contra la naviera.

b) Una segunda posibilidad sería que una de las partes intervinientes en el contrato pretendiese la resolución o, en su caso, la modificación del contrato al haber cambiado las circunstancias iniciales. Probablemente la parte interesada en una solución de este tipo sería la compañía naviera que, ante el pago de un derecho corrector y el depósito de una fianza, se encontraría con que manteniendo las tarifas establecidas la realización de la prestación podría convertirse en excesivamente onerosa. Evidentemente, la respuesta a este supuesto debe venir dada por la ley rectora del contrato<sup>407</sup>. En este caso si el ordenamiento jurídico competente resulta ser el de un Estado miembro, la norma de intervención será considerada como

---

<sup>406</sup> La Comunidad es consciente de las deficiencias de los Reglamentos de 1986, especialmente del Reglamento 4057/86, es por ello que se ha planteado una posible modificación de los mismos, o, en su caso, una aplicación más rigurosa de los mismos. Al respecto, vid. el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la "Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones - Hacia una nueva estrategia marítima" (97/C56/ 04), D.O.C.E., N° C 56.

<sup>407</sup> Al respecto, y en relación con al medidas *antidumping* en materia de bienes, señala GARCÍA LÓPEZ, J., op. cit., pp. 84 - 85, que la consideración de la regla *antidumping* como hecho que supone una modificación radical de las circunstancias, no imputable a ninguna de las partes intervinientes en el contrato, dependerá del ordenamiento jurídico competente, que, en el caso propuesto por este autor, será el Derecho privado de las obligaciones de algún Estado miembro ya que parte del supuesto de que la norma de intervención forma parte del ordenamiento jurídico del foro al margen de la peculiaridad que supone la total delegación de las competencias normativas de los Estados miembros a las instituciones comunitarias en materia de *dumping*.

norma de intervención del foro, mientras que si resulta competente un ordenamiento jurídico de un país tercero la norma de intervención que ha dado lugar al cambio de las circunstancias iniciales bajo las que se celebró el contrato tendrá la consideración de norma de intervención extranjera. En cualquiera de los dos supuestos la posibilidad de modificar o, en su caso, rescindir el contrato dependerá de que el ordenamiento competente consagre la teoría de la imprevisión <sup>408</sup>, siendo la norma de intervención parte del presupuesto de hecho del litigio.

Si las partes no han elegido ley aplicable al contrato deberán estar a lo que determine la ley que resulte aplicable según la norma de conflicto del foro. Ahora bien, si las partes eligen la ley aplicable pueden prever la posibilidad de que en algún momento

---

<sup>408</sup> Como señala DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, I, Introducción Teoría del contrato*, 4ª ed., Madrid, 1993, pp., 46 - 48, la base del sistema económico es el intercambio (bienes y servicios), a su vez, el intercambio se desenvuelve sobre dos líneas: la primera de ellas supone que el enriquecimiento y la atribución patrimonial, para su validez, debe apoyarse en una razón o causa que el ordenamiento jurídico considerase suficiente; la segunda línea es el equilibrio en las prestaciones. Es, precisamente, esta segunda línea la que vendría a romperse en el caso de que la aplicación de un derecho corrector supusiese una excesiva onerosidad sobrevenida para la parte que debe afrontarlo. Las posibles rupturas del equilibrio en la prestación ha dado pie al nacimiento de la teoría de la imprevisión, que tiene su origen en la doctrina francesa, y conforme a la cual, la alteración de las circunstancias iniciales por causas imprevisibles, y que dan pie a que la prestación se convierta en excesivamente onerosa para quien debe llevarla a cabo, es motivo para una posible revisión del contrato o, en su caso, para una resolución del mismo. El origen de esta teoría se encuentra en la conocida cláusula *rebus sic stantibus*. En el ámbito del comercio internacional este tipo de cláusula se conoce como cláusula *hard ship*, de uso cada vez más frecuente. Al respecto, vid. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, V. II, 4ª de., Madrid, 1986, pp. 334 - 337; DRAETTA, U., *Il Diritto dei contratti internazionali. La patologia dei contratti*, Padova, 1988, pp. 79 128; DELVOLVÉ, J-L., "L'imprévision dans les contrats internationaux", *Trav. Com. Fr. D.I.Pr.*, 1989 - 1990, pp. 147 - 170; JACQUET, J.M., *Le contrat international*, Paris, 1992, pp. 110 - 112.

entre en juego una norma de intervención, cosa, por otra parte, bastante frecuente en el mercado del transporte marítimo, y hacer recaer la elección sobre un ordenamiento jurídico que contemple la teoría de la imprevisión. A este respecto, consideramos necesario formular dos puntualizaciones:

En primer lugar, la elección de ley aplicable al contrato en momento alguno exime a la naviera del cumplimiento del derecho corrector impuesto por la norma de intervención. Es una puntualización del todo obvia ya que las normas de intervención son normas de aplicación inmediata. Lo que se conseguiría con ello sería la posibilidad de que la imposición de un derecho corrector pudiese ser considerada como una circunstancia subsumible en la teoría de la imprevisión y, por lo tanto, se pudiese modificar o, en su caso, resolver el contrato.

En segundo lugar, una elección de ley aplicable al contrato, al hilo de lo expuesto, puede no interesar a una de las partes contratantes, concretamente entendemos que puede no beneficiar al cargador. Esta afirmación la hacemos en base al siguiente razonamiento: si la empresa naviera pretende la elección de una determinada ley porque en este ordenamiento jurídico se consagra la teoría de la imprevisión de tal manera que, al cambiar las circunstancias iniciales, entre otros motivos por ejecución de una norma de intervención, y, por lo tanto, se pueda solicitar una modificación del contrato, puede no interesar al cargador cuando, como es probable que ocurra, la empresa naviera pretenda un aumento del flete inicialmente estipulado de tal manera que el pago del derecho corrector, más la fianza para la autorización de carga, no le resulte excesivamente oneroso. Si se admite que la imposición de un derecho corrector es una situación subsumible en la teoría de la imprevisión, y se admite la posibilidad de un aumento de los fletes, la situación pasaría a ser desfavorable para el cargador. A éste le interesaría que la elección

de ley aplicable no recayese sobre un ordenamiento jurídico que consagrara la teoría de la imprevisión en la medida en que, al menos por la vía legal, no cabría una modificación del contrato, quedándose con la posibilidad, en caso de que la naviera abandone la línea de tráfico y no cargue las mercancías según lo estipulado, de emprender las acciones legales correspondientes.

c) La tercera alternativa que se presenta sería la renegociación del contrato por la vía extrajudicial. Habíamos señalado la posibilidad de que las partes acordasen que la carga de las mercancías se llevase a cabo en un puerto no comunitario para evitar el pago del derecho corrector y la fianza para la autorización de carga, señalando que esta solución sería factible si aún así al cargador le resultaban ventajosas las tarifas practicadas por la naviera. Otra solución sería que las partes renegociasen la tarifa a pagar buscando un equilibrio entre los intereses de ambos. Una solución de este tipo podría venir dada si las partes llegasen a un acuerdo sobre el aumento de la tarifa de flete. Un ajuste en este sentido sería factible si la naviera, aún teniendo que pagar un derecho corrector y depositar una fianza, considerase beneficioso mantenerse en la ruta de tráfico en la que ha sido sancionada y, por su parte, los cargadores, aún teniendo que pagar una tarifa más elevada que la inicialmente estipulada, encontraran más ventajosa una solución de este tipo, sobre todo teniendo en cuenta que no llegar a un acuerdo de este tipo, no sólo supondría emprender acciones legales, sino también seguir costeando el mantenimiento de las mercancías en el puerto, así como la posible pérdida de alguna de ellas dependiendo de su perennidad.

**B) Consecuencias jurídico-privadas derivadas de la imposición de una contramedida.**



Recordamos que el Reglamento 4058/86 se encarga de la salvaguardia del libre acceso al tráfico transoceánico de las compañías navieras comunitarias, o de los barcos matriculados en un Estado miembro, frente a las medidas tomadas por un tercer país o sus agentes. Para llevar a cabo esta protección el Reglamento prevé una acción coordinada consistente en la adopción de contramedidas: imposición de una obligación de obtener permiso de carga, transporte o descarga, aplicación de una contingentación, imposición de cánones o derechos (antes de adoptar alguna de estas contramedidas se debe haber efectuado una queja por vía diplomática dirigida al tercer país en cuestión). Todas estas contramedidas tendrán un período de validez determinado.

El tipo de medidas a las que se pretende hacer frente son aquellas que suponen una reserva de cuotas de tráfico, siempre y cuando la cuotas no se hayan repartido conforme al Código UNCTAD. Por lo tanto, es probable que el tráfico en el que se llevan a cabo las reservas de carga sea un tráfico no comunitario, sino un tráfico entre puertos de países terceros. Esta posibilidad nos lleva a distinguir dos situaciones: que las contramedidas se adopten para ser ejecutadas en un tráfico ajeno a la Comunidad, es decir, con salida y destino en puertos de países terceros, o que, por el contrario, éstas se adopten para ser ejecutadas en un tráfico con salida o destino en un puerto comunitario. Esta distinción tiene una indiscutible importancia en la medida en que, dependiendo de qué tráfico se trate, las consecuencias serán distintas ya que si el tráfico no es comunitario da pie a encontrarnos ante una aplicación extraterritorial del Derecho comunitario, concretamente de una norma de intervención. Pasamos a analizar ambas situaciones:

a) El primer supuesto es la adopción de contramedidas en el caso de reservas de carga que afecten al tráfico comunitario. En

un situación de este tipo nos encontramos con un tráfico que toca uno o varios puertos comunitarios, bien sea para la carga, bien sea para la descarga. Por otra parte, nos encontramos con un país tercero que, con casi toda seguridad, será el otro país extremo del tráfico <sup>409</sup> que adopta, bien el propio Estado, bien sus agentes una serie de medidas de reserva de carga. En este caso las consecuencias jurídico-privadas derivadas de la adopción de contramedidas no distan en nada de las consecuencias, vistas anteriormente, de la adopción de derechos correctores. Es decir, la imposición de una contramedida hace que la prestación se convierta en más onerosa para la parte que ha de hacer frente a la misma, en este caso la naviera que debe solicitar el permiso de carga, transporte o descarga (permiso que puede estar sujeto a condiciones u obligaciones), o, en su caso, el pago de un contingente, derecho o canon. Ésto, como en el caso anteriormente visto, puede dar pie a que la naviera plantee la modificación o resolución del contrato o que, lo más probable, plantee, a la otra parte, llegar a un acuerdo por la vía extrajudicial para adecuar el contrato a las nuevas circunstancias <sup>410</sup>.

b) La segunda posibilidad se presenta en el supuesto de que las reservas de carga se hayan adoptado en un relación a un

---

<sup>409</sup> Cabe pensar en un posibilidad que, si bien es factible, en la práctica puede no ser tan frecuente. Sería el caso de una tráfico que cubra la ruta entre un puerto comunitario (A) y el puerto de un país tercero (B), siendo las navieras de un país cuyos puertos no está incluidos en el tráfico (C) las que adopten medidas consistentes en reservas de carga. No es difícil pensar en una posibilidad de este tipo en aquellos casos en los que el país tercero (B) no cuente con suficientes navieras para hacer frente al tráfico internacional y buena parte del tráfico en el que participa se vea cubierto por navieras de otro país (C).

<sup>410</sup> Vendría a ser una solución similar a la planteada en el caso del Reglamento 4057/86, al respecto vid. supra.

tráfico que no afecta a ningún puerto comunitario, pero en el que las navieras comunitarias, o los buques matriculados en un Estado miembro, tengan intención de participar. Ante una circunstancia de este tipo la cuestión principal no serían las consecuencias jurídico-privadas de la adopción de contramedidas, sino que el principal escollo con el que nos encontramos es que si se adoptan contramedidas según lo dispuesto en el Reglamento 4058/86 hay un obstáculo claro: la ejecución de las mismas. Es evidente que las contramedidas adoptadas en base al Reglamento que analizamos son ejecutables en puertos comunitarios. Por lo tanto, si las navieras comunitarias, o aquellas que usen buques que enarboles pabellón de un Estado miembro, se ven imposibilitadas para acceder a un tráfico entre puertos de países terceros poca ayuda van a poder obtener puesto que en un supuesto de este tipo poca eficacia puede tener el Reglamento 4058/86 <sup>411</sup>.

Pero aún cuando la ejecución de las contramedidas se lleven a cabo en territorio de la U.E. cabe cuestionarse si estas compañías navieras podrían recurrir a teorías como la *foreign sovereign compulsion* <sup>412</sup>.

Cabe pensar que las navieras sobre las que recaen las contramedidas recurran a la teoría citada, ya que el comportamiento de las mismas puede que no obedezca a una medida o acuerdo adoptado por los agentes intervinientes en el

---

<sup>411</sup> Vid. MUNARI, F., op. ult. cit., p. 47, quien señala que son escasos los problemas de extraterritorialidad que plantean las contramedidas adoptadas en base al Reglamento 4058/86, en tanto que las mismas, dado su carácter serán ejecutables en territorio comunitario

<sup>412</sup> Vid. infra el Capítulo dedicado a la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia.

tráfico, sino que, por el contrario, obedezca al cumplimiento de una normativa estatal, o, en su caso, a un acuerdo bilateral adoptado por los Estados extremos del tráfico. La respuesta a esta hipótesis no puede ser sino negativa ya que el Reglamento nace en previsión de que las conductas que pueden impedir el acceso de las compañías navieras comunitarias a determinados tráfico tengan su origen en las medidas tomadas por terceros Estados. Admitir que las navieras alegaran la teoría de la *foreign sovereign compulsion* supondría restar al Reglamento parte de su efecto útil. Lo único que podría ocurrir ante una contramedida en el sentido de lo expuesto sería que se enrarecieran las relaciones comerciales entre la Comunidad y los terceros Estados, pero no que las compañías navieras extranjeras encontraran un apoyo para no hacer frente a las citadas contramedidas.

### **C) Consecuencias jurídico-privadas derivadas de la aplicación del Derecho de la competencia al transporte marítimo internacional.**

En el análisis dedicado al contenido del Reglamento 4056/86 pusimos de manifiesto la situación en la que se encuentra la aplicación del Derecho comunitario de la competencia, por parte de la jurisdicción ordinaria, al sector del transporte marítimo <sup>413</sup>. Al respecto, y a modo de recordatorio, señalamos que, de acuerdo con las Decisiones de la Comisión y la Jurisprudencia del T.J.C.E., la aplicación de este tipo de normativa recae sobre la Comisión y las autoridades nacionales competentes las cuales deberán emitir una declaración de ilicitud en los términos del artículo 85.1 TCE. A partir de ese momento la aplicación del artículo 85.2 TCE, es decir, la declaración de nulidad del contrato o, en su caso, de

---

<sup>413</sup> Vid. supra.

determinadas cláusulas del mismo y las consecuencias de esta declaración, queda en manos de la jurisdicción ordinaria que resulte competente la cual, sin lugar a dudas, actuará conforme a la ley rectora del contrato.

Una vez aplicada la dimensión administrativo-penal de la legislación *antitrust* por parte de la autoridad competente, hay que tener en cuenta varias posibilidades:

1. Que la jurisdicción ordinaria que resulte competente para conocer los litigios derivados de un determinado contrato sea la jurisdicción de un Estado miembro, en cuyo caso no deberían plantearse problemas.

2. Que, si bien el mercado afectado es el comunitario, y una de las partes ha iniciado un procedimiento ante la Comisión (por ejemplo, en el caso del transporte marítimo si la ruta cubre un puerto comunitario), una vez obtenida la declaración de la Comisión, el juez competente para conocer los litigios derivados del contrato sea el de un tercer Estado. En este supuesto el juez del país tercero se encuentra con una norma de intervención que no pertenece al ordenamiento jurídico del foro y que forma parte del supuesto de hecho del litigio. La respuesta a una situación de este tipo en nada varía respecto a lo ya señalado en los casos de los Reglamentos 4057/86 y 4058/86.

Hasta aquí hemos partido de situaciones en las que el mercado afectado era el mercado comunitario, y los interesados se han dirigido a la Comisión iniciando un procedimiento según los términos establecidos por el Derecho comunitario derivado o, en su caso, *ex art. 88 y 89 TCE*, y una vez obtenida una declaración, bien de la Comisión, bien de la autoridad nacional competente, en el sentido indicado por el art. 85.1 TCE, y, por lo tanto, siendo nulas determinadas cláusulas del contrato, la

jurisdicción ordinaria competente ha procedido a determinar las consecuencias civiles de la nulidad. Ante supuestos de este tipo los problemas que pueden plantearse no van más allá de la falta de celeridad en la resolución de los conflictos derivados de la vulneración de la competencia, así como la curiosidad que despierta el hecho de que el sector del transporte marítimo quede fuera de los intentos, sobre todo de la Comisión, de ampliar el papel de la jurisdicción ordinaria en la aplicación del Derecho de la competencia.

Las dificultades son mayores cuando nos encontramos ante dos posibles circunstancias: 1. que el contrato o práctica que vulnera el mercado, en el caso que nos interesa el del transporte marítimo, se lleve a cabo por sujetos que se encuentran fuera de la Comunidad pero los efectos se provocan en el interior de ésta. 2. que el mercado afectado no sea el del juez que conoce del asunto.

En este orden de cosas hay que señalar que el Derecho de la competencia, y especialmente en el sector del transporte marítimo, se presta a un análisis desde distintas perspectivas. Si tenemos en cuenta que la aplicación de la normativa *antitrust* puede dar lugar, como hemos venido señalando, a consecuencias administrativas y/o penales, y, a su vez, también puede dar pie a consecuencias civiles <sup>414</sup> nos podemos plantear: en primer lugar, la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia, es decir, la aplicación de esta normativa a sujetos o prácticas que se encuentran o tienen lugar fuera del territorio comunitario. En segundo lugar, la posibilidad de que el Derecho de la

---

<sup>414</sup> Señala GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Contratación internacional...*, op. cit., p. 51, que la distinción entre uno y otro tipo de consecuencias resulta fundamenta para resolver determinadas cuestiones relativas a la aplicación extraterritorial de las normas de intervención estatales y su conformidad con el Derecho Internacional Público

competencia pueda ser aplicado por una autoridad judicial de un país tercero. Estas dos cuestiones serán el objeto de estudio de los siguientes capítulos.

**CAPÍTULO IX**  
**APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE**  
**LA NORMATIVA REGULADORA DEL**  
**DERECHO DE LA COMPETENCIA**



## **I. Introducción.**

El transporte marítimo, especialmente el de línea regular, ha estado siempre en estrecha conexión con el Derecho de la competencia. En este sentido, es suficiente recordar que uno de los principales problemas surgidos con la aparición del tráfico de línea regular y, posteriormente, la organización de éste a través de conferencias marítimas, fue la vulneración de la libre competencia. A su vez, es ineludible abordar la extraterritorialidad del Derecho de la competencia si tenemos en cuenta que estamos ante el mercado del transporte marítimo internacional.

Antes de iniciar el análisis de los problemas concretos que se plantean como consecuencia de la aplicación extraterritorial de la normativa reguladora del Derecho de la competencia, parece obvio hacer alguna referencia al marco general donde se insertan los aspectos concretos que luego serán objeto de un estudio detallado.

Como punto de partida hay que tener presente la existencia de una estructura compuesta por tres sistemas normativos: interno, comunitario e internacional. En el primer sistema nos encontramos con las legislaciones internas sobre competencia que, en el caso concreto de los Estados miembros, siguen en vigor a pesar de que contamos con un Derecho comunitario de la competencia. En el segundo sistema, aparece el Derecho comunitario de la competencia, tanto el Derecho originario contenido en el TCE como el Derecho derivado en el que se recogen las modalidades de aplicación de los preceptos del Tratado a los distintos sectores del comercio. A su vez, el tercer sistema está compuesto por marco normativo mucho más amplio: las legislaciones sobre competencia de los terceros Estados.

De los tres sistemas normativos enumerados puede decirse que todos ellos persiguen una misma finalidad que no es otra que el mantenimiento del orden concurrencial en un determinado mercado. Ahora bien, lo que se entenderá por orden

concurrencial en cada uno de ellos dependerá de una pluralidad de factores, especialmente de índole económico, que hará que cada una de estas normas no sólo protega su propio mercado sino que, a su vez, lo hagan en base a unos principios inspiradores que no tienen porqué ser coincidentes. De esta forma, conviene ver cómo se relacionan estos subsistemas normativos. Por una parte, la relación entre las legislaciones internas de los Estados miembros y el Derecho comunitario de la competencia; por otra parte, la relación entre el subsistema comunitario y el subsistema internacional.

En cuanto a la primera relación, legislaciones internas y Derecho comunitario de la competencia, hay que señalar que la coexistencia entre ambas puede, en líneas generales, considerarse como pacífica. La “afectación del comercio entre Estados miembros” viene a establecer la línea que demarca la competencia de la normativa comunitaria frente a las legislaciones internas. Así, aquellos supuestos de vulneración de la libre competencia que afectan únicamente al mercado de un Estado miembro y no provoca alteraciones en el intercambio comercial, sea de bienes que de servicios, entre Estados miembros quedarán sometidas a la legislación *antitrust* del Estado afectado. Sin embargo, desde el momento en que la vulneración de la competencia produzca la alteración del comercio intracomunitario será de aplicación la normativa comunitaria. Por lo tanto, el criterio de la afectación del comercio intracomunitario viene a determinar la aplicación de la legislación *antitrust* de la U.E.<sup>415</sup>.

---

<sup>415</sup>Acerca de la afectación del comercio en el sector del transporte marítimo vid. supra. el análisis del Reglamento 4056/86 donde se puso de manifiesto que la principal manifestación de la afectación en este sector viene dada por la desviación del tráfico, es decir, la variación de los focos de atracción.

Aún así, hay que tener en consideración la posibilidad, del todo real, de que además de la afectación del comercio intracomunitario se produzca, paralelamente, una afectación del comercio interno del Estado/s miembros involucrados. Ahora bien, en caso de un posible conflicto entre ambas legislaciones la supremacía del Derecho comunitario sobre las legislaciones internas y la aplicabilidad directa de algunos preceptos del Tratado viene a solucionar la posible concurrencia de normas<sup>416</sup>. Si bien, también ha sido necesaria la intervención del T.J.C.E. que, al respecto, ha abierto una línea jurisprudencial conforme a la que se persigue una aplicación paralela de ambos órdenes normativos siempre bajo el respeto a la regla *non bis in idem* y a los principios de aplicación uniforme del Derecho comunitario<sup>417</sup>. Ahora bien, si el acuerdo que vulnera la competencia no está prohibido por las legislaciones internas sobre competencia y sí lo está por el Derecho comunitario no cabe la admisibilidad de este acuerdo en base a una legislación interna<sup>418</sup>.

---

<sup>416</sup> Acerca de la primacía del Derecho comunitario en materia de defensa de la competencia, vid. GOLDMAN, LYON-CAEN, VOGEL, *Droit Commercial* ..., op. cit. p. 748.

<sup>417</sup> S.T.J.C.E. de 13 febrero de 1969, asunto 14-68, *Walt Wilhelm et autres c. Bundeskartellamt*, *Recueil*, 1969-1, pp. 1-30; S.T.J.C.E. de 14 de diciembre de 1972, asunto 7-72, *Boehringer Mannheim GmbH c. Comisión de las Comunidades Europeas*, *Recueil* 1972-8, pp. 1281 - 1307.

<sup>418</sup> S.T.J.C.E. de 30 de enero de 1985, asunto 123/83, *Bureau national interprofessionnel du cognac c. Guy Clair*, *Recueil*, 1985-1, pp. 391 y ss. Desde el ámbito doctrinal se ha intentado aportar soluciones a través de la formulación de dos teorías: teoría de la barrera única y teoría de la barrera doble. Conforme a la primera, todos aquellos acuerdos que entran dentro del marco del artículo 85 TCE quedarían del todo exentos de la aplicación de las legislaciones internas sobre competencia. La segunda, teoría de la doble barrera, los ententes deben superar dos barreras u obstáculos, es decir, en primer lugar, deben estar admitidos por el Derecho comunitario. Superada esta barrera deberían superar la segunda que vendría dada por las legislaciones internas. De

Sin embargo, mayores dificultades plantea la relación entre el Derecho comunitario de la competencia y el subsistema internacional. Es necesario tener presente que estamos ante unas normas, las protectoras de la competencia, que si bien nacen con la intención de proteger a un determinado mercado se encuentran con la necesidad de perseguir conductas que, sea desde un punto de vista personal que material, tienen su origen o desarrollo más allá de las fronteras del mercado que se protege. Ésto conduce, inevitablemente, a la aplicación extraterritorial de la legislación encargada de proteger el mercado cuyo orden concurrencial se ha visto vulnerado. Por otra parte, el innegable carácter internacional de las actividades comerciales, sea intercambio de bienes que de servicios, hace que sea cada vez más frecuente la pluralidad de mercados involucrados en una situación de infracción de la competencia. De esta forma, nos encontramos con el sistema comunitario de protección de la competencia y con todas aquellas legislaciones ajenas al marco comunitario encaminadas a proteger sus propios mercados y que, dado el carácter internacional de las actividades comerciales, tienden a concurrir ante una misma situación de vulneración de la competencia.

En D.I.Pr. se plantea la relación entre tres subsistemas o estructuras normativas, el D.I.Pr. de las relaciones internas, de las relaciones comunitarias y de las relaciones internacionales de carácter general. En el marco de esta relación, se plantea la vía convencional como posible alternativa para facilitar la

---

esta forma se aplicarían cumulativamente ambos ordenes normativos. Al respecto, vid. FDEZ. DE LA GÁNDARA, L. - CALVO-CARAVACA, L.A., *Derecho Mercantil ...*, op. cit. p. 320; GOLDMAN, LYON-CAEN, VOGEL, *Droit Commercial ...*, op. cit. pp. 744 - 747.

coexistencia entre las reglas de origen convencional y el D.I.Pr. estatal <sup>419</sup>. Ahora bien, las posibles soluciones que puedan aportarse con carácter general, deben ser detenidamente analizadas cuando nos encontramos ante el Derecho de la competencia. Hemos venido señalando que estamos ante una normativa de mercado carácter económico que persigue el establecimiento de una determinada política de mercado, en la que, además, se entremezclan los intereses públicos con los privados. En este sentido, se ha hablado de la ausencia de reciprocidad entre los Estados en todas aquellas materias que se encuadran dentro del Derecho del comercio y de los negocios lo que viene a dificultar la búsqueda de soluciones por la vía convencional, cosa que no ocurre en otros sectores del Derecho

<sup>420</sup>

Es evidente que como consecuencia de las características de la normativa que analizamos se dificulta la búsqueda de soluciones a los problemas de coexistencia entre las distintas estructuras normativas en presencia. De esta forma, en cierta medida cabe la posibilidad de hablar de la hipótesis de acudir a la vía convencional para la búsqueda de soluciones ante ciertos problemas, concretamente en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones que supongan la imposición de una sanción como consecuencia de la vulneración de la legislación *antitrust*, intercambio de información, notificaciones, etc. Por el contrario, más difícil se plantea la situación que se provoca

---

<sup>419</sup> Vid. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., "Efforts concertés d'unification et coexistence des règles de droit international privé dans le système étatique", en *Liber amicorum Georges A.L. Droz*, The Hague y otras, pp. 105 - 120.

<sup>420</sup> Vid. *Conférence de la Haya de droit international privé. Actes et documents de la Quatorzième session*, pp. 200 - 201. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., "Efforts concertés d'unification ...", op. cit., pp. 108 -109.

cuando nos encontramos con una pluralidad de mercados afectados y, en consecuencia, con una pluralidad de leyes en presencia que, en principio, tienen vocación de ser aplicadas. A su vez, a esta situación cabe añadir la existencia de la ley rectora del contrato cuando éste es el causante de la vulneración del orden concurrencial.

Nos encontramos ante una situación de coexistencia de estructuras normativas con un problema añadido: las características propias del sector del ordenamiento jurídico que nos ocupa.

Una vez expuesto el marco general en el que se desarrollan los problemas de la aplicación de las legislaciones sobre competencia en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales, nos adentramos en el estudio de las distintas cuestiones que se plantean. A pesar de que la literatura jurídica existente es abundante <sup>421</sup>, no en vano la aplicación extraterritorial de la normativa reguladora del Derecho de la competencia adquiere una especial importancia debido a que, si

---

<sup>421</sup> Vid. LEEN, A.Th.S., "Extraterritorial Application of the EEC - competition Law", *Neth. Yearb. Inter. Law.*, 1984, pp. 139 - 166. JACQUET, J.M., "La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international", *J.D.I.*, 1985, pp. 327 - 405. MARESCA, M., "Riflessioni sull'ambito di applicazione dell'ordinamento comunitario in materia di concorrenza", *Riv. Dir. Int. Pri. Proc.*, 1989, pp. 821 - 836. IDOT, L., "Les conflicts de lois en droit de la concurrence" *J.D.I.*, 1995, pp. 321 - 341. PICONE, P., "La applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza e il diritto internazionale" en *Il fenomeno delle concentrazioni di imprese nel diritto interno e internazionale* (Atti e documenti del Convegno di Napoli del 29 aprile 1989), Padova, 1989, pp. 81 - 206. Acerca de la legislación *antitrust* en el sector del tráfico marítimo vid. MUNARI, F., *Il diritto comunitario antitrust...*, op. cit.

bien se trata de un problema ya conocido y sobre el que se han intentado aportar soluciones, sean desde la doctrina que desde la jurisprudencia, todavía hoy no ha encontrado la solución satisfactoria que ponga fin a las innumerables discusiones que el tema suscita.

## **II. Una aproximación a las discusiones terminológicas o de denominación.**

Podemos iniciar el estudio con la referencia a un debate doctrinal que se ha creado entorno a la aplicación extraterritorial de la normativa reguladora de la competencia: la conveniencia o no de utilizar expresiones como “eficacia extraterritorial” o “aplicación extraterritorial” del Derecho de la competencia. Los detractores de la utilización de estas expresiones parten de una base: estas normas nacen para regular y proteger un mercado tan concreto como es el mercado nacional (en el caso de la normativa reguladora del Derecho de la competencia en el marco de la U.E., el mercado comunitario). El legislador, conforme a su competencia normativa, puede considerar que ciertos comportamientos atentan contra la libertad de competencia en su mercado y, por lo tanto, calificarlos de ilícitos aún cuando éstos, o sus autores, se sitúen en otro Estado pero, o bien se concluyen en el Estado que los califica de ilícitos, o bien despliega en éste sus efectos. Por lo tanto, según esta corriente doctrinal, no cabría hablar de aplicación extraterritorial <sup>422</sup>. Frente a esta posición

---

<sup>422</sup> En este sentido se pronuncian: GOLDMAN, B.-LYON CAEN, A.-VOGEL, L., *Droit commercial européen*, 5ª ed., París, 1994, quienes, al hablar del Derecho comunitario de la competencia, manifiestan que el elemento de conexión que determina la competencia de este Derecho está localizado en el territorio del mercado común, y, por lo tanto, el Derecho comunitario de la competencia es de aplicación territorial; en la misma

también hay que tener en cuenta que, si bien el comportamiento anticoncurrencial se concluye en el mercado que el legislador está facultado para legislar, o en él despliega sus efectos, la aplicación de la normativa reguladora de la libertad de competencia va a recaer sobre sujetos, personas físicas o jurídicas, que se encuentran, o tienen su sede, fuera del territorio del mercado que el legislador está facultado para proteger.

Sin entrar en la polémica teórica de una cuestión tan compleja por razones de carácter práctico seguiremos usando la controvertida expresión “aplicación extraterritorial”.

### **III. Problemas planteados por la eficacia extraterritorial del Derecho de la competencia.**

Una vez puesto de manifiesto el debate doctrinal acerca de la expresión correcta a utilizar tomamos como punto de partida dos cuestiones distintas: 1) hasta qué punto un Estado puede regular comportamientos contrarios a la libertad de competencia cuando éstos tienen lugar en territorio extranjero, ya sean sus autores nacionales, ya sean empresas o sujetos que ostenten una nacionalidad extranjera. Es decir, hasta qué punto puede dotar a su propia normativa reguladora de la competencia de un ámbito de aplicación con el que se pretenda obtener una eficacia extraterritorial. 2) Por otra parte, cómo asegurarse la actuación de esta normativa. En la línea de los problemas planteados también hay que preguntarse si existen en Derecho Internacional

---

línea se manifiestan FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y CALVO CARAVACA, A., op. cit. p. 309; GUARDANS CAMBÓ, I., *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero. De la jurisprudencia comparada al Convenio de Roma de 19-6-1980*, Pamplona, 1992, pp. 261 y 264.



reglas encaminadas a determinar los límites hasta los que puede llegar un Estado a la hora de dotar de extraterritorialidad su normativa reguladora del Derecho de la competencia, así como a la hora de ejecutar su contenido irrogando sanciones en caso de incumplimiento.

En este orden de cosas, hay que señalar que, tradicionalmente, se ha venido siguiendo la distinción creada por la doctrina anglosajona entre: la *prescriptive jurisdiction* (o *jurisdiction to prescribe*) y la *enforcement jurisdiction* (o *jurisdiction to enforce*). La primera hace referencia a la competencia de un Estado para emanar normas, o, en su caso, decisiones individuales a través de sus órganos competentes, ya sean legislativos, ejecutivos o jurisdiccionales; la segunda, se refiere a la competencia del mismo para ejecutar dichas normas o decisiones individuales imponiendo sanciones en caso de incumplimiento. Esta tradicional clasificación se ha visto ampliada por una tercera categoría introducida por la doctrina americana: *jurisdiction to adjudicate*, es decir, la competencia de un Estado para someter a las personas a los procedimientos judiciales o administrativos que tienen lugar en su interior <sup>423</sup>. Es evidente que el término

---

<sup>423</sup> Concretamente, esta tercera categoría aparece recogida en el § 401. del *Restatement of the Law Third. The Foreign Relations Law of the United States* (aprobado el 14 de mayo de 1986, corriendo su publicación a cargo del *AMERICAN LAW INSTITUTE*) donde se establece: “Under international law, a state is subject to limitations on its authority to exercise (1) “jurisdiction to prescribe”, i.e., to make its law applicable to the activities, relations, or status of persons, or the interests of persons in things, whether by legislation, by executive act or order, by administrative rule or regulation, or by determination of a court; (2) “jurisdiction to adjudicate”, i.e., to subject persons or things to the process of its courts or administrative tribunals, whether in civil or in criminal proceedings, and whether or not the state is a party to the proceedings; (3) “jurisdiction to enforce”, i.e. to induce or compel compliance or to punish noncompliance with its laws

*jurisdiction*, tal y como viene utilizado en el seno de la doctrina anglosajona, se presenta como un término amplio en el que caben aspectos que en nuestro ámbito quedan fuera de lo que entendemos por jurisdicción <sup>424</sup>. A pesar de ello, ha alcanzado una amplia difusión, incluso en el ámbito de la doctrina continental, siendo un término de uso común al abordar el tema de la extraterritorialidad <sup>425</sup>. Por este motivo nos parecía

---

or regulations, whether through the courts or by use of executive, administrative, police, or other nonjudicial actio". Vid. *Il fenomeno delle concentrazioni di imprese nel diritto interno e internazionale*, Padova, 1989, apéndice, pp. 529 - 534.

<sup>424</sup> Al respecto nos remitimos a la doctrina procesalista, entre otros: ALMAGRO NOSETE, J., GIMENO SENDRA V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal, Tomo I (Vol.I) Parte General, Proceso civil*, 6ª ed., Valencia, 1992, p.47, quienes acerca de las acepciones de "jurisdicción" nos dicen que "de modo específico, ..., lo jurisdiccional es asimilable a lo judicial; así que, función jurisdiccional y función judicial vienen a representar una misma cosa: actividad del Estado ejercida por medio de sus órganos propios (órganos jurisdiccionales o jueces) para resolver, con carácter definitivo, los conflictos jurídicos, entre ciudadanos, mediante la eficaz aplicación de las normas jurídicas". Así mismo, nos definen la jurisdicción como función estatal diciendo que "en este sentido, consiste en la actividad desplegada por el Estado para hacer valer la eficacia del ordenamiento jurídico en los casos concretos controvertidos mediante la aplicación judicial del Derecho", p. 49. En el mismo sentido vid. DE LA OLIVA, A., FERNÁNDEZ, M.A., *Derecho Procesal Civil I*, 3ª ed., Madrid, 1992.

<sup>425</sup> Al respecto, señala BENEDETTELLI, M., "Sull'applicazione extraterritoriale delle misure di embargo degli Stati Uniti relative al gasdotto siberiano", *Riv. Dir. Int.*, 1984, pp. 529 - 574, esp. nota 7, que el término "*jurisdiction*" viene utilizado en tema de extraterritorialidad con un significado particular basado en el concepto anglosajón el cual viene a indicar a un mismo tiempo "l'ambito dei poteri complessivamente esercitati dallo Stato relativamente alla attuazione del proprio ordinamento interno, e la situazione giuridica soggettiva ad esso attribuita con riguardo alla tutela ed ai limiti dei poteri medesimi dall'ordinamento internazionale".

adecuado hacer al menos una breve referencia a esta clasificación anglosajona sin perjuicio de hacer nuevas alusiones a ella a lo largo del presente estudio.

Retomando la primera cuestión planteada, es decir, cuándo un Estado tiene competencia legislativa para dotar de extraterritorialidad su normativa reguladora del Derecho de la competencia, hemos de resaltar que la pretensión de un Estado en este sentido obedece a la necesidad de regular todos aquellos comportamientos que afectan al orden concurrencial de su mercado. Para ello, deberá buscar un criterio de conexión que le permita incidir sobre conductas que se proyectan más allá de los límites de su territorio. El criterio al que actualmente recurren la mayoría de los legisladores estatales es el criterio o “principio de los efectos”<sup>426</sup>; junto a él conviene recordar otros dos criterios de conexión: la territorialidad (objetiva y subjetiva) y la nacionalidad<sup>427</sup>, esta última prácticamente en desuso. Nos vamos a centrar en el

---

<sup>426</sup> El legislador español acoge este principio tanto en la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 (LDC), como en la Ley de Competencia Desleal de 1991 (LCD). Conviene tener en cuenta que en la LDC el legislador español recoge el criterio de los efectos dando igualdad de trato a aquellos comportamientos que atentan contra la libertad de competencia tanto si se da o no la intencionalidad en ellos e incluso prohíbe los comportamientos en los que tanto si hay intencionalidad o no el efecto no se ha producido aún sino que puede producirse, así en su art. 1 prohíbe todo acuerdo, práctica, etc. que tenga “por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia...”, al respecto vid. GUARDANS CAMBÓ, I., op. cit., p. 276. Respecto a la L.C.D. vid. VIRGÓS SORIANO, M., *El Comercio Internacional en el nuevo Derecho Español de la Competencia Desleal (Un análisis del art. 4 de la Ley española de Competencia Desleal de 1991)*, Madrid, 1993, especialmente pp. 45 - 58.

<sup>427</sup> El criterio de la territorialidad “reconoce jurisdicción a un Estado desde el momento en que la persona o el bien de que se trate estén situados dentro de su

análisis del criterio de los efectos, no sólo porque a él recurren la mayoría de los legisladores, sino también porque en el marco comunitario la Comisión se presenta como una defensora de este criterio de conexión habiendo recurrido a él con una cierta frecuencia, incluso en el ámbito de los transportes <sup>428</sup>.

### **1. El criterio de los efectos.**

Con arreglo a este criterio se determina el ámbito de aplicación del Derecho de la competencia teniendo en cuenta el lugar donde el comportamiento colusorio despliega sus efectos (o es susceptible de producirlos) con independencia de dónde se haya generado y ejecutado dicho comportamiento <sup>429</sup>.

---

territorio o cuando el acontecimiento de que se trata se ha producido dentro del mismo”. Por territorialidad subjetiva se entiende aquella que “permite a un Estado atraer los actos que se hayan originado en su territorio, aún cuando se hayan perfeccionado en el extranjero”, mientras que la territorialidad objetiva “permite, por el contrario, conocer aquellos actos cuya ejecución comenzó en el extranjero, pero que se perfeccionaron, al menos parcialmente, en su propio territorio”. Estas definiciones son las ofrecidas por el abogado general Sr. M., Darmon en las conclusiones presentadas en el conocido caso *Pasta de madera*. Vid. S.T.J.C.E. de 27 de septiembre de 1988, *Recueil*, 1988, esp. p. 5217. Por su parte, el criterio de la nacionalidad atribuye competencia al Estado sobre todos sus ciudadanos, ya sean personas físicas o jurídicas, no teniendo en consideración el lugar en el que éstas han actuado.

<sup>428</sup> En concreto, acerca del sector del transporte marítimo, ha sido señalado por BLANCO-MORALES LIMONES, P., “Los fundamentos de un mercado ...” op. cit., p. 2218, que en él “pueden encontrarse elementos para el desarrollo de la *doctrina de los efectos* formulada por el TJCE”.

<sup>429</sup> Con esta definición mostramos nuestra adhesión a la doctrina que considera inoportuno equiparar el criterio de los efectos al lugar de ejecución a pesar de la relativa semejanza entre ambos, ya que el lugar (o lugares) de ejecución está determinado

Ha sido en la práctica judicial norteamericana donde por primera vez, en materia de legislación *antitrust*, se puso en práctica el criterio de los efectos. Concretamente en el famoso caso Alcoa <sup>430</sup>. A éste le siguieron otros casos, no menos conocidos que el anterior, donde también los Tribunales americanos hicieron uso del criterio que analizamos: asunto *United States v. Imperial Chemical Industries Ltd., du Pont de Nemours Inc., et al.* <sup>431</sup>; asunto *United States v. Watchmaders of Switzerland Information Cente, Inc.* <sup>432</sup>.

Como señalamos anteriormente el criterio de los efectos es utilizado por un buen número de legisladores nacionales. También a él recurrió el legislador comunitario en los artículos

---

mientras que el lugar o lugares donde se despliegan los efectos pueden ser inciertos. Al respecto, vid. GUARDÁNS CAMBÓ, I., op. cit. pp. 277 - 278.

<sup>430</sup> *United States c. Aluminium Co. of America, Court of Appeal for the 2d Circuit, 1945*. En este conocido caso una sociedad estadounidense, Alcoa, creó una filial, *Aluminium Limited*, de nacionalidad canadiense para que se hiciese cargo de sus bienes fuera de los EEUU. Dicha filial participó, junto a otras sociedades europeas, en la creación de una sociedad suiza, sociedad que tenía por finalidad la limitación de la producción mundial de aluminio. Se estimó que la limitación de la producción de aluminio fuera de los EEUU ponía de manifiesto una intención de afectar a las importaciones del producto hacia los EEUU. El Juez Hand condenó a la empresa norteamericana argumentado que el Estado puede imponer obligaciones a personas que no están bajo su jurisdicción aún cuando los actos por éstas realizados se hayan cumplido más allá de sus fronteras pero hayan tenido consecuencias en el interior de éstas.

<sup>431</sup> New York S.D. 30-7-1952.

<sup>432</sup> New York, S.D., 1962.

85 y 86 del Tratado <sup>433</sup>, aspecto que nos interesa no sólo porque permite apreciar la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia en el marco comunitario desde una visión global, sino también porque estos artículos son de aplicación al tráfico marítimo, bien sea según las modalidades previstas en el Reglamento 4056/86, bien sea por la vía del régimen transitorio previsto en los artículos 88 y 89 TCE.

Ahora bien, a pesar de que en la letra de los citados preceptos del Tratado se hace referencia al criterio del efecto, su uso en la práctica jurisprudencial comunitaria no ha sido excesivamente abundante a pesar de los intentos y alegaciones de la Comisión en favor de su aplicación <sup>434</sup>. Puede decirse que hasta ahora el TJCE

---

<sup>433</sup> Art. 85.1: "...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...". Art. 86.1: "... quedarán prohibidas, en la medida en que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros...". Vemos como el legislador comunitario, en su art.85, al igual que vimos en el caso de nuestra L.D.C., contempla tanto los supuestos que tienen por "objeto" impedir, restringir o falsear la libre competencia como aquellos que sin tener tal objetivo, y por lo tanto sin intencionalidad, produzcan o puedan llegar a producir tal efecto.

<sup>434</sup> Vid. STJCE de 6 de marzo de 1974, *Commercial Solvents*, cit. p. 230, donde la Comisión defiende la aplicación del criterio de los efectos en el caso de que se produzcan, en el territorio del Mercado Común "efectos directos e inmediatos, razonablemente previsibles y sustanciales". En relación con la necesidad de que los efectos sean directos, es decir, que no se de el concurso de una serie de hechos intermedios entre la toma del acuerdo o práctica colusoria y el resultado de la misma, hay que decir que es una exigencia que no ha sido ni admitida ni rechazada por la jurisprudencia comunitaria. Al respecto, vid. GOLDMAN, B. y LYON-CAEN, A., *Derecho Comercial Europeo*, Madrid, 199..., p. 567.

ha hecho alusiones al citado criterio pero no ha llegado a acogerlo de una manera clara, prefiriendo resolver la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia comunitario con arreglo a otros criterios, especialmente el de la territorialidad objetiva, comúnmente aceptados en Derecho Internacional y que, por lo tanto, no están sujetos a los debates y discusiones que, por el contrario, acompañan al criterio de los efectos.

Al hilo de lo expuesto, cabe señalar que con toda probabilidad el conocido caso *Pasta de madera*<sup>435</sup> haya sido la ocasión más clara que ha tenido el TJCE para aplicar el criterio de los efectos<sup>436</sup>. Aún así, hizo mención al mismo pero

---

<sup>435</sup> Vid. Sent. cit. nota 7, pp. 5243 - 5247. En este asunto cuarenta y una empresas productoras de pasta de madera, y dos asociaciones de las mismas, todas ellas domiciliadas fuera de la Comunidad, recurren una Decisión de la Comisión (D.O.C.E. 1985, L 85, p. 1) a través de la cual habían sido multadas. Estas empresas se constituyen como las principales proveedoras de pasta de madera de los más importantes fabricantes comunitarios de papel, algunas de ellas actuaban directamente en la Comunidad y otras lo hacían a través de filiales, sucursales, agentes y otros establecimientos. El motivo por el cual la Comisión llegó, a través de la citada Decisión, a multarlas fue el acuerdo que dichas empresas adoptaron sobre los precios, acuerdos que afectaban tanto a los precios que se anunciaban a los clientes como a los precios que se practicaban en las ventas y que, por lo tanto, fueron considerados contrarios al Derecho comunitario de la competencia. Algunas de las recurrentes se basaron en la falta de competencia de la Comunidad para aplicar su Derecho de la competencia argumentando errores en la interpretación del Tratado, especialmente en la interpretación del ámbito de aplicación de su art. 85, mientras que otras recurrieron a la vulneración del principio de no ingerencia reconocido en Derecho Internacional.

<sup>436</sup> Como ha sido señalado, entre otros, por PICONE, op. cit., p. 127, el criterio de los efectos no ha sido aplicado en su forma más pura ya que en los acuerdos prohibidos por el Derecho comunitario de la competencia participaban también empresas cuya sede

finalmente resolvió recurriendo al criterio de la territorialidad objetiva que, como pone de manifiesto el propio Tribunal, es un principio “que está reconocido universalmente en Derecho internacional”. En esta Sentencia el Tribunal hace hincapié en el hecho de que el acuerdo adoptado entre las empresas recurrentes se ejecuta en el interior de la Comunidad, sin que tenga importancia el hecho de que hayan o no actuado a través de filiales, agentes, subagentes o sucursales establecidas en la Comunidad. Que duda cabe, como señala la propia Sentencia, que si sólo tuviéramos en cuenta el lugar en el que se adopta el acuerdo contrario a la libertad de competencia estaríamos dejando una puerta abierta para que las empresas pudieran sustraerse de las prohibiciones recogidas en el Derecho de la competencia. Pero en el mismo sentido hemos de tener en cuenta que tomar en consideración solamente el lugar en el que el acuerdo se ejecuta también puede llevarnos a situaciones similares. Es decir, hay ocasiones en las que el acuerdo o práctica no sólo se adopta fuera del territorio comunitario, sino que también se ejecuta fuera de él produciendo sus efectos en el interior de la Comunidad. Un clásico ejemplo, que además es frecuente en el campo del tráfico marítimo, serían aquellos acuerdos tomados y ejecutados fuera de la Comunidad consecuencia de los cuales las empresas comunitarias se ven impedidas en su intento de acceder a aquellos mercados en los que los acuerdos se han puesto en práctica.

La utilización que el TJCE ha venido haciendo del criterio de los efectos se reduce a constantes referencias al mismo, sin llegar expresamente a adoptarlo. Concretamente, en relación con el

---

se encontraba en el interior de la Comunidad. En cambio, en esta ocasión todas las empresas implicadas tenían su sede fuera de la Comunidad.



citado caso *Pasta de madera*, esta actuación ha dado lugar a diversas opiniones doctrinales: por una parte, aquéllos que consideran que su utilización por el Tribunal obedece a una intención de reafirmar el criterio de la territorialidad <sup>437</sup>. Por otra, los que entienden que el TJCE abandona, en ocasiones indebidamente, el principio de los efectos en favor de criterios de conexión típicos del Derecho Internacional Privado como es el lugar de ejecución de las obligaciones <sup>438</sup>.

Como señalan FDEZ. DE LA GÁNDARA Y CALVO CARAVACA <sup>439</sup> el interés del TJCE acerca de la razón de ser de uno u otro principio (territorialidad objetiva y criterio de los efectos) está inspirado en una preocupación de eficacia. Ahora bien, pensamos que también cabe hablar de otra posible preocupación reconocida por el propio Tribunal en el caso *Pasta de Madera*: que la utilización del criterio de los efectos de manera expresa, y sin vincularlo al criterio de la territorialidad objetiva, pueda ser contestado al no gozar del indiscutible reconocimiento del que goza la territorialidad objetiva en Derecho Internacional. Por ello, en la mayoría de las ocasiones, el TJCE ha barajado otros posibles criterios, como veremos a continuación, que le han permitido resolver en favor de la extraterritorialidad de su normativa reguladora de la competencia. Habrá que estar a la espera de una ocasión en la que una aplicación conforme al criterio de la territorialidad objetiva no resulte factible, es decir, que no permita proteger el mercado comunitario frente a las

---

<sup>437</sup> Vid., entre otros, SANTA MARIA, A., *Diritto Commerciale Comunitario*, Milano, 1990, p. 354.

<sup>438</sup> Vid. MARESCA, M., op. cit., pp. 834 - 835.

<sup>439</sup> Op. cit., p. 178.

vulneraciones de la competencia y ver, entonces, la reacción comunitaria.

Al hilo de lo expuesto, conviene observar un primer intento comunitario encaminado a superar esta reticencia a resolver de forma definitiva en base al criterio de los efectos. Así, en la Sentencia de 8 de octubre de 1996<sup>440</sup> el Tribunal de Primera Instancia debe resolver el recurso de nulidad presentado por una serie de empresas navieras contra la Decisión de la Comisión de 23 de diciembre de 1992<sup>441</sup> a través de la cual las recurrentes habían sido multadas en aplicación del Derecho comunitario de la competencia por la vía del Reglamento 4056/86. Dos de las compañías navieras recurrentes, concretamente la *Compagnie Maritime Belge S.A.* (CMB) domiciliada en Amberes y la naviera *Drafa-Lines A/S* con domicilio social en Copenhague, alegan contra la Decisión de la Comisión que los mercados afectados por las prácticas controvertidas no forman parte del mercado común<sup>442</sup>. Estas empresas navieras entienden que la Comisión con su Decisión aplicó el Derecho comunitario de la competencia a mercados de exportación y, como consecuencia, entienden que la Decisión es contraria a la jurisprudencia del T.J.C.E. y a la línea seguida por la propia Comisión en Decisiones anteriores. Estas navieras, además, refuerzan sus alegaciones haciendo mención al

---

<sup>440</sup>Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, 8 de octubre de 1996, asuntos acumulados T-24/93, T-25/93, T-26/93, T-28/93, *Compagnie Maritime Belga, S.A.* y otros c. Comisión de las Comunidades Europeas, *Recueil*, 1996-II, pp. 1207 - 1282.

<sup>441</sup>Decisión cit. supra.

<sup>442</sup>Las dos compañías naviera pertenecen a la conferencia marítima CEWAL la cual, al momento de adoptarse la Decisión por parte del Consejo prestaban servicios de línea regular entre los puertos de Angola y Zaire y, por otra parte, entre éstos y puertos de la costa occidental francesa.

caso *Pasta de madera*. Concretamente recuerdan que en este asunto el T.J.C.E. puso de manifiesto, como ya hemos visto, que “sólo es determinante el lugar en que se ejecuta una práctica colusoria contraria a las normas sobre competencia”.

Vemos aquí como la solución dada por el T.J.C.E. en el caso *Pasta de madera* ha sido utilizada por las empresas recurrentes como argumento para evitar la aplicación de la legislación comunitaria *antitrust* lo que, por otra parte, viene a corroborar la idea de que tener en cuenta únicamente el lugar en el que se ejecutan los acuerdos deja una puerta abierta para que las empresas eludan el Derecho de la competencia. Ante estos argumentos, el Tribunal de Primera Instancia responde con las siguientes apreciaciones: en primer lugar, pone de manifiesto que el mercado afectado no es el de las exportaciones sino los servicios de tráfico marítimo regular; en segundo lugar, resalta que los acuerdos y prácticas llevadas a cabo por estas empresas navieras tienen por objeto “restringir la competencia” de otras empresas navieras “establecidas en la Comunidad” con independencia de que estén conferenciadas o sean independientes.

Por lo tanto, si tenemos en cuenta que a lo largo de las apreciaciones del Tribunal de Primera Instancia, recogidas en la Sentencia, se hacen reiteradas alusiones al criterio de los efectos, ya sean directos, indirectos o potenciales, como criterio suficiente para sancionar una práctica o acuerdo colusorio y que, a su vez, desestima las alegaciones de las empresas navieras recurrentes basadas en el lugar de ejecución del acuerdo podemos decir que puede vislumbrarse un intento de superar las constantes remisiones al criterio de la territorialidad objetiva en favor del criterio de los efectos. Aún así, teniendo en cuenta que estamos ante la resolución de un recurso de anulación, en el que de forma subsidiaria se solicita la revisión de la cuantía de las multas

impuestas a través de la Decisión de la Comisión, sería del todo apresurado entender que con la Sentencia que resuelve el recurso se abre una nueva línea jurisprudencial, pero sí que podemos interpretarlo como un avance encaminado a evitar las vulneraciones del orden concurrencial a través de la ejecución de acuerdos fuera de la U.E.

## **2. Criterio de la unidad de grupo de empresa (*economic entity doctrine*).**

Conforme a esta construcción, puesta en práctica por el TJCE, se sancionan los comportamientos prohibidos por los arts. 85 y 86 del TCE en el caso de que éstos hayan sido llevados a cabo por empresas que operan en territorio Comunitario pero sean subordinadas o dependientes de otra (casa madre) cuya sede se encuentra fuera de territorio de la U.E. Es decir, la competencia de la Comunidad para aplicar su Derecho de la competencia a empresas con sede fuera de su territorio se apoya en el hecho de que estas empresas tengan otras dependientes (filiales, sucursales, etc.) con sede en la Comunidad, de tal manera que la actuación de las subordinadas se imputa a la casa madre.

En relación con este criterio se presentan diversas variantes:

1. aquellos supuestos en los que el comportamiento contrario a la libertad de competencia puesto en práctica por la empresa subordinada en territorio comunitario se deba simplemente a un intromisión indirecta de la casa madre sobre el comportamiento de la primera.
2. Que se presuma, salvo prueba en contrario, que los comportamientos de la empresa subordinada obedecen a las instrucciones directas, mandatos u órdenes, de la casa madre.

El criterio de la unidad de grupo de empresas viene considerado como una variante del criterio de los efectos <sup>443</sup>. Al respecto, se ha dicho que con este criterio se permitiría adaptar el criterio de los efectos a los supuestos en los que el comportamiento que quiera ser imputado a la casa madre haya sido puesto en práctica, en territorio comunitario, por una de sus empresas vinculadas. O bien, que la unidad de grupo de empresas puede considerarse como un “método complementario” que vendría a afirmar la competencia de la normativa comunitaria en base a la localización del efecto en el mercado comunitario <sup>444</sup>. En cualquier caso hay que reparar siempre en una misma cuestión: en la práctica el TJCE hace uso de este criterio cuando la puesta en práctica del mismo permite resolver la cuestión con los mismos resultados que se hubiesen obtenido de haber aplicado la teoría de los efectos en sentido puro con la intención de evitar las posibles objeciones y discusiones que, como ya señalamos, todavía genera el criterio de los efectos.

Cabe también hablar de otra posibilidad consistente en un supuesto completamente inverso al expuesto en la doctrina sobre la unidad de empresa. Es decir, sancionar a la casa matriz, cuando

---

<sup>443</sup> Vid. PICONE, P., op. cit. pp. 129 - 130.

<sup>444</sup> Vid. GOLDMAN, B. y LYON-CAEN, A., op. cit., pp. 569 - 570. Partiendo de que no siempre el comportamiento contrario a la libertad de competencia y el efecto coinciden, y resultando más cómodo localizar los comportamientos que los efectos, estructuran su razonamiento en dos etapas: la primera de ellas se fija en los comportamientos puestos en práctica por las empresas y la segunda etapa supondría que el Tribunal imputa el comportamiento a la sociedad matriz. Es la línea que defiende la Comisión en el Décimoprimer Informe sobre Política de competencia (1981) en cuyo punto 36 califica la unidad de grupo como “*complément de la théorie de l'effet*”.

ésta se encuentra ubicada en la U.E., por el comportamiento de sus filiales en terceros mercados siempre que éstos afecten al mercado comunitario. Este planteamiento se ve de forma clara en el recurso <sup>445</sup> que, junto a otras empresas navieras, presenta la compañía *Deutsche Afrika-Line GmbH & Co.* (DAL), sociedad alemana con domicilio en Hamburgo, contra la Decisión de la Comisión de 23 de diciembre de 1992 <sup>446</sup>. Esta empresa naviera alemana era la única accionista de otra empresa, su filial, denominada *Woermann-Line Afrikanische Schiffahrts-Gesellschaft mbH*, que operaba en África Occidental y Central lugar en el que se llevaban a cabo las prácticas consideradas por la Comisión como contrarias al Derecho comunitario de la competencia. La empresa demandante (DAL) alega contra la Decisión de la Comisión dos argumentos: en primer lugar, que ella no fue la destinataria del pliego de cargos enviado por la Comisión, el 14 de agosto de 1990, antes de adoptar la Decisión, ya que este pliego iba dirigido a la filial que, por otra parte en la citada fecha había sido cesida a la *Compagnie Maritime Belge S.A.* En segundo lugar, DAL alega que su nombre no consta en el Anexo de la Decisión de la Comisión en el que se recogen las empresas miembros de conferencias marítimas que resultan sancionadas, sino que, por el contrario aparece el nombre de una empresa, *Deutsche Afrika Linien-Woermann Line* que, según la demandante, es inexistente.

Ante estas alegaciones la Comisión responde de forma clara diciendo que DAL sí debe considerarse destinataria del pliego de cargos enviados ya que siendo la accionista única de la empresa que operaba en África Central y Occidental, su filial, la Decisión

---

<sup>445</sup> Sentencia cit. supra.

<sup>446</sup> Vid. Decisión cit. supra.

se refería a su “responsabilidad” en el comportamiento de esta filial.

Ante todo lo expuesto el Tribunal desestima las pretensiones de DAL ya que entiende que el hecho de que en el Anexo de la Decisión conste una denominación que no pertenece a una sociedad jurídicamente existente se debe únicamente a que la Comisión unió los nombres de la casa matriz y de la filial, y entendiendo que la multa iba destinada a la casa matriz por su responsabilidad en el comportamiento de su filial en el mercado del Norte de África, siendo, por otra parte, irrelevante el hecho de que la filial con posterioridad fuese cedida a una compañía belga ya que los hechos que se consideran contrarios a la legislación *antitrust* comunitaria, y sancionados en la Decisión, se llevaron a cabo con anterioridad a la cesión.

En síntesis, nos encontramos con un comportamiento considerado contrario a la libertad de competencia en el marco comunitario provocado por unos comportamientos colusorios que se venían produciendo en varias rutas marítimas, de las cuales algunas no tocaban puertos comunitarios (tráfico Zaire/Angola cubierto por la conferencia CEWAL de la que formaba parte la demandante) y ante las que se responsabiliza a la casa matriz, empresa comunitaria, por el comportamiento de su filial en sus operaciones fuera de la U.E.

### **3. *Jurisdiction e Imperium.***

Hemos visto los distintos criterios que se barajan a la hora de intentar dotar a la normativa sobre Derecho de la competencia, sea nacional o comunitaria, de efectos extraterritoriales. Es decir, la *jurisdiction* del Estado, o, en su caso, del legislador comunitario, para dotar a su normativa de un ámbito de aplicación extraterritorial. Cuestión distinta es hasta qué punto las medidas

adoptadas en base a una aplicación extraterritorial pueden convertirse en efectivas, es decir, como planteábamos al inicio de este apartado, cómo asegurarse la actuación de esta normativa. Este segundo aspecto es reconducible a una cuestión de *imperium*, es decir, el poder de coerción para ejecutar las resoluciones adoptadas <sup>447</sup>.

Son varias las etapas procesales a recorrer a la hora de aplicar el Derecho de la competencia: emplazamientos, citaciones, requerimientos, notificaciones, la obtención y práctica de las pruebas. Estas etapas, en tanto que no se traten de un acto de coerción, no deberían ofrecer excesivas dificultades, si bien es verdad que, en la práctica, aún cuando no se trate de un acto coercitivo la mayoría de las empresas tienden a hacer caso omiso de las distintas notificaciones, avisos y, en definitiva, de todos aquellos pasos previos a la adopción de una medida. Así, en el ámbito comunitario han sido varias las ocasiones en las que la Comisión se ha encontrado con dificultades para poder llevar a cabo la obtención de pruebas en el caso de empresas situadas fuera de territorio comunitario. Pero, si bien, ante ello siempre cabe la posibilidad de recurrir al Reglamento n° 17 <sup>448</sup>, y hacer uso de los poderes que el mismo le concede en relación con las filiales y sucursales establecidas en la Comunidad, hay que tener presente que no siempre las empresas de terceros Estados cuentan con algún tipo de establecimiento secundario en el territorio de la U.E.

---

<sup>447</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. - CALVO CARAVACA, A.L., op. cit., p. 314.

<sup>448</sup> Cit. supra.



Por el contrario, otra cuestión, sin lugar a dudas más compleja, es que se considere el comportamiento de la empresa/s contrario a la libertad de competencia y, aplicando extraterritorialmente la *lex fori* sobre Derecho de la competencia, se les imponga a ésta/s una sanción. Esta sanción puede consistir simplemente en un mandato de que cese el acuerdo o práctica colusoria que provoca los efectos contrarios a la libertad de competencia o, en su caso, puede significar, además de ello, el pago de una sanción pecuniaria <sup>449</sup>.

En cualquier caso, una empresa extranjera condenada a pagar una multa debe valorar si le conviene hacer caso omiso y, como consecuencia, de ello perder las relaciones comerciales con un mercado extenso como el comunitario <sup>450</sup>. A nuestro entender este criterio no ha de entenderse con carácter absoluto ya que, en ocasiones, las empresas desaparecen de un mercado en el que,

---

<sup>449</sup> Al respecto, y en relación con la aplicación de los artículos 85 y 86 TCE por parte de la Comisión, señalan GOLDMAN, B., - LYON-CAEN, A. - VOGEL, L., op. cit., pp. 729 - 730, que el imponer una sanción carece de limitación territorial pero la ejecución de dicha sanción supone una manifestación de un poder de coerción que sí estaría limitada al territorio. En este sentido consideran que en el caso de que la sanción consista en el pago de una multa, desde el momento en el que las empresas multadas cuentan con filiales establecidas en el territorio comunitario el cobro de dicha multa resulta una cuestión sencilla en tanto que se lleva a cabo dentro de la Comunidad. En el caso de que la sanción consista en imponer a las empresas que cesen en su acuerdo o práctica anticompetitiva estamos ante un supuesto de mando y no de imposición. Por otra parte, ha sido señalado GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *Contratación internacional ...*, op. cit. p. 88, que en supuestos de este tipo la impugnación no sería material, capacidad sancionatoria del Estado, sino formal, es decir, sobre la capacitación del Estado para articular esa capacidad.

<sup>450</sup> Vid. FDEZ. DE LA GÁNDARA Y CALVO CARAVACA, op. cit. p. 179.

por un motivo u otro, han sido sancionadas, y reaparecen en el mismo bajo una nueva denominación recuperando así el mercado teóricamente perdido.

Es opinión generalizada que la vía más adecuada para solucionar este tipo de problemas pasa por la celebración de convenios internacionales sobre cooperación entre las autoridades encargadas de la defensa de la libre competencia. Esta idea es la que se plasma en el Informe del Grupo de Expertos de la U.E.<sup>451</sup>. Concretamente, en el Informe se proponen tres fases a través de las cuales se debería alcanzar la cooperación entre autoridades: 1. Asegurarse la existencia, y eficaz aplicación, de normas reguladoras de la competencia en todos los países o agrupaciones regionales de países. 2. Potenciar los acuerdos bilaterales de cooperación entre las autoridades de defensa de la competencia. 3. Propiciar un marco plurilateral, con pretensiones de abarcar, progresivamente, un amplio marco geográfico, que cuente con los elementos incorporados en los acuerdos bilaterales, normas mínimas de competencia, un instrumento vinculante de “cortesía positiva”<sup>452</sup> y un mecanismo de resolución de conflictos.

---

<sup>451</sup> La política de competencia en el nuevo orden comercial: fortalecimiento de la cooperación y las normas internacionales (Informe del Grupo de Expertos), Bruselas 12.07.1995, COM (95) 359 final.

<sup>452</sup> La “cortesía positiva” ya aparece recogida en el Acuerdo de cooperación entre la U.E y EEUU (D.O.C.E. L 95 de 27.4.1995) y conforme a la misma una Parte del Acuerdo puede solicitar a la otra que investigue, dentro de sus facultades, aquellas actividades que pueden afectar negativamente a intereses de la Parte solicitante. La Parte que recibe la solicitud es libre de adoptar o no medidas, de hacerlo estaría obligada a informar de los resultados a la Parte solicitante.

### **A) Propuesta de la Comisión para la cooperación internacional.**

Después del Informe del Grupo de Expertos la Comisión elaboró un Informe<sup>453</sup> en el que insiste en la necesidad de potenciar un marco internacional de normas de competencia y, en esta ocasión, hace referencia a varios aspectos que merecen ser comentados. En este Informe la Comisión reconoce algo evidente: la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia provoca conflictos de leyes y jurisdiccionales y, de consecuencia, se producen no sólo litigios comerciales sino, también, incertidumbre y falta de seguridad jurídica en las empresas que operan en distintas jurisdicciones. Por otra parte, la Comisión es consciente de los problemas con los que se encuentran las autoridades cuando pretenden aplicar su propia legislación sobre competencia extraterritorialmente y que no son otros que los que ya hemos apuntado: “obstáculos jurídicos y prácticos a la búsqueda de información fuera de la propia jurisdicción”. Ahora bien, lo que propone la Comisión no es buscar un remedio a la aplicación extraterritorial de la legislación *antitrust*, es decir, buscar soluciones a los problemas que se plantean, por ejemplo, a la hora de ejecutar una sanción cuando la empresa no cuenta con filial o sucursal en territorio comunitario, sino que, por el contrario, lo que pretende es evitar que esta aplicación extraterritorial se produzca. Así, según frases textuales de la Comisión es necesario reducir la necesidad de las autoridades encargadas de aplicar el Derecho de la competencia de “recurrir a la actuación extraterritorial”.

---

<sup>453</sup> Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo. Hacia un marco internacional de competencia. COM(96) Bruselas, 18.06.1996.

Ahora bien, cuáles son los medios propuestos por la Comisión para alcanzar estas pretensiones. En cierta medida reitera alguno de los puntos contenidos en el Informe de Expertos. Concretamente, coinciden en señalar la necesidad de que los Estados cuenten con estructuras nacionales de competencia. A esta necesidad la Comisión añade tres más: la adopción de normas comunes, es decir, que los Estados partan de planteamientos comunes <sup>454</sup>; la creación de un instrumento común de cooperación entre las autoridades de competencia; y el establecimiento de un sistema de solución de controversias.

Detengámonos brevemente en las dos propuestas señaladas en último lugar:

La creación de un instrumento de cooperación entre las autoridades encargadas de aplicar las legislaciones *antitrust*, de acuerdo con lo que propone la Comisión, vendría a suponer la búsqueda de transparencia en los procedimientos. Ésto se conseguiría a través de la formulación de disposiciones en materia de notificación, intercambio de información y finjando como pueden llevarse a cabo investigaciones paralelas. Todo ello

---

<sup>454</sup>Al hablar de normas o principios comunes la Comisión hace referencia a la necesidad de que, en el marco internacional, se parta de planteamientos comunes acerca de los efectos negativos que pueden recaer sobre el orden concurrencial como consecuencia de las restricciones horizontales, restricciones verticales, abuso de posición de dominio y fusiones. Incluso, acerca de las fusiones la Comisión ve con agrado la posibilidad de que se establezcan normas sustantivas internacionales en este sector, si bien, reconoce el carácter prematuro de una solución de este tipo. Ahora bien, ve factible la armonización del procedimiento, es decir la armonización de los formularios y notificaciones que las empresas que se fusionan deben presentar ante las autoridades encargadas de aplicar el Derecho de la competencia que, en la actualidad, dado el marcado carácter internacional de este tipo de operaciones supone la necesidad de presentar los formularios y notificaciones ante varias autoridades de distintos Estados. Esta armonización vendría a evitar la adopción de decisiones contradictorias.

debería acompañarse de los principios de cortesía positiva y negativa. Por lo tanto, la Comisión pretende que en un marco internacional se elaboren normas que regulen todas aquellas etapas del procedimiento en las que la autoridad encargada de la aplicación de la normativa de la competencia pueda encontrar problemas debido a que las empresas investigadas se encuentran fuera del territorio del foro. En momento alguno la Comisión hace referencia al instrumento en el que deben recogerse esas normas, si bien en un cierto momento habla de la necesidad de su carácter vinculante.

Por lo tanto, resulta evidente que si lo que se pretende es la eficacia de las soluciones adoptadas el instrumento más adecuado sería el Convenio internacional ya que otro tipo de instrumento sin fuerza jurídica vinculante, como pueden ser las recomendaciones, de poco serviría. Aún así, hay que ser conscientes de que no es fácil conseguir un acuerdo entre Estados en una materia de marcado carácter económico sin olvidar la presión que las grandes empresas, principalmente las que operan en el mercado internacional, ejercerían sobre sus gobiernos. Probablemente, la Comisión, consciente de estas dificultades no propone, en un primer momento, la vía convencional y, simplemente habla de normas desde un punto de vista genérico.

Por otra parte, en cuanto a la creación de un sistema de solución de controversias la Comisión se remite al sistema de conciliación previsto por la OMC. Éste mecanismo establecido por la OMC cuenta con la existencia de un órgano encargado de resolver las diferencias surgidas entre los Estados Parte derivados de la infracción de las normas convencionales de la propia OMC. Lo que propone la Comisión no es otra cosa que adaptar este sistema a las características propias de la competencia y propone que el sistema de solución de controversias podría llevarse a cabo a través de un “grupo especial internacional”.

Las propuestas de la Comisión para evitar la aplicación extraterritorial de las legislaciones *antitrust* y los problemas que ésta plantea nos hace pensar en la elaboración de un Convenio internacional de cooperación entre autoridades, encargando a un órgano o “grupo especial” la supervisión del cumplimiento del hipotético convenio, al mismo tiempo que solucionaría las diferencias que pudiesen surgir como consecuencia del incumplimiento por parte de los Estados <sup>455</sup>.

La propuesta de la Comisión es, sin lugar a dudas, ambiciosa. En el caso de que un proyecto de este tipo llegase a convertirse en una realidad son muchas las probabilidades de que se eviten los problemas propios de la aplicación extraterritorial de una normativa como la reguladora de la competencia, o incluso de normas como las represivas de las prácticas de *dumping*. Ahora bien, quizás esta propuesta de cooperación debería también contemplar las relaciones entre las autoridades encargadas de aplicar la legislación *antitrust*. Es decir, se propone la creación de un “grupo especial internacional” encargado de supervisar el cumplimiento, por parte de los Estados, de los compromisos adquiridos.

---

<sup>455</sup>Hasta ahora las únicas experiencias de cooperación entre autoridades en las que intervienen la U.E. se reducen a acuerdos bilaterales con terceros Estados. Entre otros cabe destacar el celebrado con E.E.U.U. en 1991, si bien fue objeto de un recurso de anulación interpuesto por Francia contra la Comisión alegando la incompetencia de ésta para celebrar acuerdos con internacionales con terceros Estados. Si bien el T.J.C.E. estimó la falta de competencia de la Comisión posteriormente el Consejo decidió concluir el acuerdo, con algunas variaciones, a través del canje de notas. Vid. Decisión del Consejo y de la Comisión de 10 de abril de 1995, D.O.C.E. n° L 95 de 27 de abril de 1995, pp. 45 - 52, donde se contiene el texto del acuerdo aprobado y el Canje de notas. Posteriormente se publicó una rectificación al Canje de notas, vid. D.O.C.E. n° L 131 de 15 de junio de 1995, pp. 38 - 39.

Por el contrario, nada se dice acerca de a quién debe dirigirse la autoridad competente para la aplicación del Derecho de la competencia a la hora de solicitar la práctica de pruebas, envío de notificaciones, intercambio de información, etc. En la mayoría de los Estados la aplicación de este tipo de normativa corre a cargo de una autoridad designada a tal fin, en el caso de la U.E. esta tarea se ha encomendado a la Comisión. A su vez, hay algunos países donde no se cuenta con autoridades específicas y la aplicación de la legislación *antitrust* corre a cargo de la jurisdicción ordinaria. En cualquier de los tres casos, sea la autoridad designada *ad hoc*, sea la Comisión, o la jurisdicción ordinaria deberían dirigirse a una autoridad concreta del Estado del que se requiere la información, práctica de pruebas, etc., que, a efectos de celeridad, debería ser una autoridad designada a propósito por el Estado requerido. Una solución de este tipo vendría a ser una aplicación analógica del sistema de la autoridad central utilizado en los Convenios de la Haya <sup>456</sup>.

Por lo tanto, sería necesario distinguir dos niveles: por una parte, un control a ejercer sobre los Estados Parte del Convenio con la finalidad de velar por el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Por otra parte, la cooperación entre las autoridades encargadas de aplicar el Derecho de la competencia en la línea propuesta por la Comisión — formulando disposiciones sobre notificaciones, intercambio de información, etc. —, con el complemento de un sistema que permita canalizar a través de un órgano la cooperación entre autoridades.

#### **4. Límites impuestos por el Derecho internacional.**

---

<sup>456</sup>Acerca de la "autoridad central" vid. BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "El papel de la autoridad central: los Convenios de la Haya y España", R.E.D.I., 1993 - 1, pp. 63 - 79.

Como ya ha sido señalado por la doctrina, los criterios que hemos analizado (nacionalidad, territorialidad, efectos y unidad de grupo de empresa como complemento del anterior) no tienen una naturaleza reconducible a normas de Derecho internacional pero sí pueden considerarse como normas internas de cada ordenamiento, encaminadas a actuar como criterios de conexión que permitan determinar los supuestos en los que una determinada legislación *antitrust* resulta aplicable<sup>457</sup>. Por ello, en el ámbito del Derecho internacional se intenta encontrar normas, reglas, o principios encaminados a limitar el ejercicio de la *jurisdicción* del Estado<sup>458</sup>.

En la línea de lo expuesto, y de manera breve, vamos a hacer un recorrido por las distintas teorías existentes acerca de los posibles límites impuestos por el Derecho Internacional a la aplicación extraterritorial de la legislación *antitrust* por parte de los Estados, es decir, los límites al ejercicio de la *jurisdiction*. Al

---

<sup>457</sup> Vid. MUNARI, F., *Il diritto comunitario antitrust...* op. cit., p. 195. En este sentido, y en relación con el criterio de los efectos, ha sido señalado por LEEN, A. Th. S., op. cit., pp. 151 - 152 que la opinión de aquellos que consideran que la aceptación general de la que goza el criterio de los efectos en la mayoría de los países industrializados puede considerarse como una práctica de la que deriva una regla consuetudinaria de Derecho internacional es, en palabras del citado autor, una opinión prematura ya que la existencia de una regla consuetudinaria de Derecho internacional sólo puede asumirse si "(i) a generally accepted practice exists and (ii) it can be established that this practice is accepted as law (*opinio juris sive necessitatis*)".

<sup>458</sup> Es decir, el criterio de los efectos, o en su caso, el criterio de la territorialidad, sería el fundamento que sirve al legislador para dotar su normativa de extraterritorialidad, otra cosa sería el ejercicio de la *jurisdiction* del Estado. Vid. PICONE, P. "Tutela della concorrenza" en *Diritto Internazionale dell'Economia* (PICONE, P. - SACERDOTI, G.), Milano, 1982, pp. 865 - 914.



respecto, se ha hablado de la existencia de una norma en vías de formación que prohibiría a los Estados ejercer su *jurisdiction* cuando ello implicase una injerencia en el núcleo de intereses esenciales de otro Estado. Resulta evidente que estamos ante un tema de soberanía de los Estados en el que, dentro del marco del Derecho internacional, se pretende encontrar los límites al ejercicio de la *jurisdiction*. Concretamente, estos límites vendrían dados por un principio de igualdad entre Estados soberanos, de tal manera que la aplicación extraterritorial de la normativa, en este caso *antitrust*, vendría limitada si los intereses del Estado que pretende tal aplicación se viesan superados por los intereses de otro Estado. Por lo tanto, sería necesario sopesar los intereses de los Estados implicados, así como una renuncia al ejercicio de la *jurisdiction* por parte del Estado cuyos intereses resulten menos intensos.

La teoría expuesta tiene una variante en aquéllos que sostienen que deberían ser los propios jueces y tribunales los que sopesaran los intereses estatales en presencia para, en su caso, renunciar a la aplicación extraterritorial de la *lex fori* cuando los intereses de otros ordenamientos prevalecen sobre las propias pretensiones.

Por último, junto a planteamientos estrictamente de Derecho internacional general aparecen tendencias a encontrar límites a la *jurisdiction* del Estado en las propias normas internas de D.I.Pr., acompañadas de un principio de no irracionalidad.

Pasemos, ahora, a ver, de forma más detallada, como en la mayor parte de los casos han sido utilizadas, sea por la doctrina que la jurisprudencia, con distintas variantes.

#### **A) *Interest balancing approach.***

Esta teoría, formulada por la doctrina anglosajona, aparece recogida en el *Restatement (Third)*. Hacemos especial referencia a ella dado que ha sido una teoría vinculada al D.I.Pr., si bien esta relación, como veremos, haya sido puesta en tela de juicio. Su origen hay que buscarlo en el caso *Timberlane*<sup>459</sup>, aunque en el citado *Restatement* se recoge con variaciones. Conforme a la misma es necesario sopesar los intereses en presencia, ya sean públicos que privados, tanto en relación con la *jurisdiction to prescribe* como en relación con la *jurisdiction to enforce* llegándose a crear una verdadera obligación jurídica de tener en cuenta los intereses extranjeros<sup>460</sup>. Por lo tanto, los criterios conforme a los cuales un

---

<sup>459</sup> Asunto *Timberlane Co. v. Bank of America*, C.A. 9th Circuit, 27-12-1976. En este asunto la aplicación extraterritorial de la legislación *antitrust* estadounidense se vio condicionada por un análisis comparativo entre el interés de los EEUU en aplicar dicha legislación y el interés de los demás Estados afectados por el mismo asunto barajándose para ello una serie de factores como: la nacionalidad de las partes o, en su caso, el domicilio o el lugar del establecimiento principal de las sociedades; el grado de oposición con el Derecho o política de los demás Estados; tener en cuenta la importancia de los efectos en los EEUU en comparación con los que produce en otros lugares debiendo tenerse en consideración la necesidad de que exista intención expresa de perjudicar el comercio estadounidense y la prevedibilidad de tal efecto; así como la importancia relativa de la conducta infractora en los Estados Unidos en relación con la conducta en los demás países.

<sup>460</sup> El § 403 del *Restatement (Third)* establece los límites a la *jurisdiction to prescribe*, es decir, los factores que han de ser tenidos en cuenta para poder hablar de juicio de racionalidad en cada caso concreto: "(a) The link of the activity to the territory of the regulating state, i.e., the extent to which the activity takes place within the territory, or has substantial, direct, and foreseeable effect upon or in the territory; (b) the connections, such as nationality, residence, or economic activity, between the regulating state and the person principally responsible for the activity to be regulated, or between that state and those whom the regulation is designed to protect; (c) the character of the

Estado puede gozar de *jurisdiction* en materia de defensa de la competencia, incluido el criterio de los efectos, estarían sujetos a la exigencia de que, en cada caso concreto, se den una serie de factores. Esta regla de *reasonableness* está también presente en el § 421 relativo a la *jurisdicción to adjudicate* aunque si bien en este caso los criterios o factores a tener en cuenta varían respecto a los anteriores. Según los autores del *Restatement (Third)* esta teoría no sería otra cosa que la codificación de un principio de Derecho Internacional general ya existente.

Las críticas al *interest balancing approach* han venido tanto por la vía doctrinal como jurisprudencial. Así, desde el punto de vista doctrinal se critica que sean los jueces los encargados de llevar a cabo este análisis comparativo antes de aplicar la normativa del foro en materia de Derecho de la competencia, ya que se entiende que estos órganos, de carácter interno, no estarían en condiciones de sopesar una serie de intereses que tienen sobre todo un carácter político o, en su caso, diplomático.

Por otra parte, se ha considerado que es más que discutible que la citada teoría sea un principio ya existente en Derecho Internacional. En este sentido, siguiendo la crítica del profesor

---

activity to be regulated, the importance of regulation to the regulating state, the extent to which other states regulate such activities, and the degree to which the desirability of such regulation is generally accepted; (d) the existence of justified expectations that might be protected or hurt by the regulation; (e) the importance of the regulation to the international political, legal, or economic system; (f) the extent to which the regulation is consistent with the traditions of the international system; (g) the extent to which another state may have an interest in regulating the activity and; (h) the likelihood of conflict with regulation by another state”.

PICONE <sup>461</sup>, se ha puesto de manifiesto que a pesar de que la citada regla haya sido acogida por la práctica estadounidense, sin que resulte claro si pertenece al D.I.P, al D.I.Pr., o se trate simplemente de una consideración de cortesía internacional, resulta en cambio contestada en la aplicación de otras legislaciones sobre Derecho de la competencia <sup>462</sup>. Además, se duda acerca de que esta regla pueda ser aceptada pacíficamente por los Estados ya que trata de limitar las pretensiones de un Estado teniendo en cuenta la tutela de intereses que, en la mayoría de los casos, son intereses de particulares y que, por lo tanto, tienen un carácter internacionalprivatista. Es, por lo tanto, una crítica a la confusión entre D.I.Pr. (que tendría sólo en cuenta los intereses de los particulares) y el D.I.P. (que se preocuparía de los conflictos entre intereses soberanos de los Estados).

Desde la jurisprudencia las principales críticas nos vienen dadas, entre otros, por el caso *Laker* en el que la Corte de Apelación del Distrito de Columbia pone de manifiesto que un tribunal interno no está en condiciones de llevar a cabo ponderaciones de esta magnitud.

### **B) Otras teorías de origen anglosajón.**

También a la doctrina anglosajona debemos la construcción de otras dos teorías: el *act of state* y la doctrina de la *foreign sovereign compulsion defence*. Conforme a la primera no cabría la posibilidad de revisar aquellos actos y decisiones adoptados por un Estado

---

<sup>461</sup> Vid. PICONE, P., op. cit. pp. 158 - 159.

<sup>462</sup> Vid. las conclusiones del Abogado General Sr. Darmon en el citado caso de *Pasta de madera*.

extranjero en el ejercicio de sus poderes soberanos, dentro de su territorio, presumiéndose la legalidad de los mismos. Por su parte, la segunda de las teorías supone la exclusión de la legislación *antitrust* del foro en aquellos supuestos en los que la actuación de los privados se debe a imposiciones de un ordenamiento jurídico extranjero, es decir, los sujetos privados no serán responsables de una posible violación de la *lex fori* sobre competencia cuando su comportamiento sea debido a la imposición de otro ordenamiento jurídico. Estas teorías, si bien son de origen anglosajón, han sido acogidas, con ciertas variantes, en otros ámbitos incluido el comunitario <sup>463</sup>.

Son varias las interpretaciones que se proponen respecto a la teoría de la *foreign sovereign compulsion*. Por una parte, una interpretación amplia de la misma que permitiría acudir a ella incluso en los casos en los que los comportamientos contrarios a la libertad de competencia, por parte de una empresa, no obedezcan al cumplimiento de una obligación impuesta por un ordenamiento jurídico extranjero, sino que bastaría simplemente con que dicho ordenamiento “anime” a llevarlo a cabo. Frente a esta interpretación amplia se propone otra, de carácter más restringido, que admite acudir a la teoría que analizamos sólo cuando existe una verdadera obligación proveniente de otro ordenamiento jurídico <sup>464</sup> y siempre que esta obligación no nazca

---

<sup>463</sup> En relación con las dos teorías indicadas ha sido puesto de relieve por el profesor PICONE, P., op. cit. pp. 182 - 183, que son teorías que se pueden encuadrar en una perspectiva internacionalprivatista en sentido lato ya que en ambos casos el comportamiento de los particulares viene tomado en consideración en cuanto que es consecuencia, directa o indirecta, de la actividad soberana de un Estado.

<sup>464</sup> En el caso Pasta de madera las empresas americanas miembros de la KEA y dicha asociación pusieron de manifiesto que la misma había sido creada al amparo de la *Webb*

de una solicitud de las empresas al Estado para que éste admita cierto tipo de comportamientos.

La posición comunitaria se decanta hacia una interpretación restrictiva de la teoría que analizamos. Han sido varias las ocasiones en las que así se ha manifestado, concretamente en relación con asuntos relativos al tráfico marítimo internacional hay que tener en cuenta la Decisión de la Comisión de 1 de abril de 1992 <sup>465</sup>. En este caso la Asociación de armadores daneses y su Gobierno presentaron reclamaciones, en base al art. 10 del Reglamento 4056/86, para poner de manifiesto ciertas infracciones a las normas de la competencia llevadas a cabo por compañías marítimas que sirven al tráfico entre Francia y Estados de África central y occidental bajo el marco de unos acuerdos conocidos como comités de armadores (del que forman parte navieras francesas). Los miembros de los comités de armadores habían intentado eludir la aplicación del Derecho comunitario sobre competencia disimulando sus prácticas, favoreciendo la adopción de normas acordes con sus intereses e incitando a países terceros a adoptar medidas que sirviesen para obstaculizar el procedimiento iniciado por la Comisión. Por otra parte, a pesar de que los miembros franceses de los comités de armadores habían puesto de manifiesto una inseguridad jurídica provocada por el hecho de que se encontraban entre dos normativas divergentes a ambos extremos de las rutas en las que operaban, la Comisión puso de manifiesto que en estos casos “corresponde a

---

*Pomerene Act* la cual permite que las empresas americanas se asocien para promover en común sus exportaciones. Al respecto el TJCE consideró que la citada Ley americana “se limita a exceptuar de la aplicación de las leyes en materia de prácticas colusorias americanas la celebración de acuerdos colusorios sobre exportación, sin imponer la obligación de celebrar tales acuerdos”.

<sup>465</sup> Decisión cit., vid. supra.

las empresas interesadas adoptar una actitud neutral y reservada, cumpliendo únicamente con las obligaciones que se deriven estrictamente de las legislaciones o reglamentaciones existentes en ambos países”.

Por otra parte, este no es el único caso en el que, en materia de defensa de la competencia, y concretamente en el sector del transporte marítimo internacional, se plantea una situación relacionada con las dos teorías expuestas. Así, el 22 de diciembre de 1992, la Comisión adoptó una Decisión <sup>466</sup> conforme a la cual, y en aplicación del Reglamento 4056/86, sancionó a las empresas miembros de una conferencia marítima, parte de las cuales son comunitarias. Las empresas navieras sancionadas recurrieron esta Decisión, resolviendo el Tribunal de Primera Instancia a través de la Sentencia de 8 de octubre de 1996 <sup>467</sup>. En relación al tema que en este momento nos interesa hay que señalar que las empresas navieras demandantes sostienen su pretensión de nulidad de la Decisión de la Comisión, entre otros motivos, en base a que su comportamiento en el mercado (ruta Zaire-Norte de Europa) era consecuencia directa del acuerdo bilateral celebrado entre el Zaire y Bélgica en 1981, de tal manera que consideran “sorprendente” que la Comisión oponga el artículo 86 TCE a un acuerdo que supone un compromiso internacional. Para fundamentar esta alegación las demandantes se apoyan expresamente en la jurisprudencia norteamericana y, de forma particular, en las doctrinas del “acto de soberanía” y la denominada *Noerr-Pennington* <sup>468</sup>, es más, concluyen sus

---

<sup>466</sup> Decisión cit. supra.

<sup>467</sup> Sentencia cit. supra.

<sup>468</sup> En las alegaciones presentadas por las empresas navieras demandantes se define la citada doctrina como aquella “según la cual no está comprendida dentro del ámbito de

alegaciones respecto a este particular apoyándose en la cortesía internacional conforme a la que los Tribunales de un Estado “deberían de abstenerse de juzgar actos de otro Estado llevados a cabo en su propio territorio”. Frente a esta posición el Tribunal aprecia dos cuestiones de especial importancia: por una parte, que del contenido del acuerdo bilateral alegado se deduce la posibilidad de que la estructura de éste fueses modificada por la voluntad de las partes con el fin de hacerla compatible con una competencia efectiva. De esta forma el Tribunal pone nuevamente de manifiesto que, aún ante un acto de un tercer Estado, cuya naturaleza pueda ser calificada de administrativa, la voluntad de las partes, en este caso de las empresas, juega un papel relevante quedando en sus manos el mantenimiento de orden concurrencial acorde con las exigencias de la legislación comunitaria *antitrust*.

Por otra parte, en un momento posterior, el Tribunal aborda el tema de la determinación del importe de las multas recaídas sobre las compañías navieras demandantes y, en relación con este asunto, entiende que la existencia de normas de un tercer Estado no es en modo alguno justificación para el comportamiento colusorio de las empresas navieras, al margen de que éstas hayan podido probar o no la existencia de estas normas.

Como señala GUARDANS CAMBÓ <sup>469</sup> hay que distinguir dos situaciones diferentes que dan lugar a que la necesidad de probar

---

aplicación de la legislación *antitrust* la comunicación de información a autoridades gubernativas, con objeto de influenciar en su comportamiento”, citando en apoyo a esta doctrina varias sentencias del Tribunal Supremo de los EEUU dictadas en este sentido. Vid. Sentencia cit. supra, p. 1237.

<sup>469</sup> Op. cit. p. 283.



la imperatividad de la ley extranjera: 1. que se trate de una empresa que opera principalmente en el mercado nacional y pretenda ampararse bajo una ley extranjera; 2. que se trate de una empresa que opere, principalmente, en otro Estado de acuerdo con las leyes de éste pero infringiendo las leyes del foro (aún cuando tenga la nacionalidad del foro).

Hasta ahora hemos venido hablando de teorías de origen anglosajón, especialmente provenientes de los E.E.U.U., que de una manera u otra han intentado dar solución a los problemas de la limitación de la *jurisdiction* de un Estado a la hora de dotar de extraterritorialidad sus normas sobre Derecho de la competencia, límites que se han buscado en el ámbito del Derecho Internacional. También hemos visto teorías, una vez más de origen anglosajón que, con variantes e interpretaciones más o menos estrictas, han tenido influencia en otros ámbitos como es el comunitario y que, como es el caso de las dos últimas teorías que hemos analizado brevemente, tratan de evitar que los particulares se encuentren ante obligaciones contradictorias impuestas por distintos ordenamientos jurídicos lo cual, en ocasiones, ha llevado al juez de foro a dejar de aplicar su propia ley sobre competencia, si bien, a priori, no gozan de la aceptación del T.J.C.E. Pero no queremos adentrarnos en el estudio que constituye nuestro objeto principal, es decir, la aplicación extraterritorial del Reglamento 4056/86 y de los artículos 85 y 86 TCE, por la vía de los artículos 88 y 89 del mismo Tratado, al tráfico marítimo, sin antes hacer mención a una cuestión, que si bien es poco frecuente en la práctica, se presenta como un aspecto de gran interés por su complejidad. Concretamente, queremos referirnos a la posible aplicación por parte del juez del foro de una ley extranjera sobre competencia que, a diferencia de las cuestiones que hasta ahora han sido planteadas, se presenta como un tema en el que se ven de manera más claras las connotaciones internacionalprivatistas

que se plantean entorno al Derecho de la competencia en el marco de las relaciones comerciales internacionales.

### **III. El juez del foro ante la normativa reguladora de la competencia de un tercer Estado.**

Hemos señalado que de las normas de intervención sólo las relativas a la defensa de la competencia podrían cumplir una función de “enunciado prescriptivo”. Al respecto de las mismas también habíamos indicado que es necesario tener siempre en cuenta que estamos ante una normativa que tiene la consideración de norma, por lo tanto, de aplicación necesaria, encuadrable dentro de la categoría de normas de “dirección” u “ordopolíticas”. Por otra parte, se trata de un tipo de legislación cuya naturaleza conjuga el carácter público y privado <sup>470</sup>. Si partimos de que el juez del foro puede aplicar el Derecho de la competencia extranjero podemos dar un paso más y plantearnos si existe o no un verdadero conflicto de leyes en materia de competencia.

#### **1. El juez del foro ante el Derecho público de un tercer Estado.**

Aceptar que el juez del foro aplique el Derecho de la competencia extranjero pasa por la necesidad de admitir,

---

<sup>470</sup> Ha sido GOLDMAN, B., op., cit., quien de manera más certera ha abordado el tema de la naturaleza de las normas reguladoras de la competencia. Distingue en ellas una triple dimensión: civil, penal y administrativa. Si bien la posición doctrinal mantenida por este autor es la que cuenta con mayores apoyos, no ha faltado quien haya abogado por un carácter puramente penal de las normas reguladoras de la competencia, en este sentido vid. JENNINGS, R. Y. “Extraterritorial Jurisdiction and the United States Antitrust Law”, B.Y.I.L., 1957, p. 147.

previamente, la posibilidad de que el juez del foro aplique el Derecho público extranjero y, dadas las características de la normativa reguladora de la competencia, que igualmente se admita la posibilidad de que éste aplique las normas imperativas de un Ordenamiento extranjero catalogables como normas de dirección. La primera cuestión, la aplicación del Derecho público extranjero por parte del juez del foro, después de haber sido objeto de numerosos debates doctrinales encuentra hoy, salvo escasísimas excepciones, el apoyo mayoritario de la doctrina <sup>471</sup>. La segunda cuestión, la aplicación de las normas de dirección extranjeras, es algo más compleja, sobre todo porque se trata de normas que protegen intereses estatales <sup>472</sup>. Dentro de este segundo punto hay, a su vez, dos posibilidades: que la norma imperativa, de dirección, pertenezca al ordenamiento jurídico de la *lex contractus*; o bien, que ésta pertenezca al ordenamiento jurídico de un tercer Estado.

A raíz del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales se han ido planteando distintas

---

<sup>471</sup> Sólo por citar algunos autores destacamos a LALIVE, P. "Tendances et méthodes en Droit International Privé (Cours Général)", *R. des C.*, 1977 - II, t. 155; en nuestra doctrina, MIAJA DE LA MUELA, A. "El Derecho Público extranjero en el tráfico privado internacional", *R.E.D.I.*, vol. XXV, 1972, pp. 247 - 288; CARRILLO SALCEDO, J.A., *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., 1985, esp. pp. 29 y ss. Acerca de la distinción entre aplicación y toma en consideración del Derecho público extranjero, vid. supra, Capítulo VII.

<sup>472</sup> La aplicación por parte del juez del foro de las normas imperativas del ordenamiento jurídico al que pertenece la *lex contractus* cuando éstas recaen directamente sobre la relación privada "normas de protección" está fuera de toda discusión, de todos es sabido que la remisión de la norma de conflicto a un determinado ordenamiento jurídico recae sobre todas aquellas normas del mismo, dispositivas o imperativas, que regulen directamente la relación contractual.

alternativas encaminadas a buscar justificación a la aplicación de las normas de dirección extranjeras por parte del juez del foro:

a) Por una parte, y al margen de las distintas interpretaciones del artículo 7 e, incluso, de las discusiones sobre la oportunidad del mismo, la aplicación de las normas de dirección de un tercer Estado encuentra apoyo en el régimen establecido por el art. 7.1 del Convenio <sup>473</sup>.

b) Por otra parte, ante el silencio que el artículo 7 del Convenio guarda acerca de las normas imperativas pertenecientes al ordenamiento jurídico de la *lex contractus*, la interpretación mayoritaria opta por entender que éstas son de aplicación por el hecho de pertenecer al ordenamiento jurídico de la ley que rige el contrato <sup>474</sup>. Así, serían aplicables, por el juez del foro, partiendo de que la remisión al ordenamiento jurídico competente engloba la totalidad de las normas que puedan afectar al contrato, incluidas las de dirección, salvo que sean contrarias al orden público del foro. Serían, por lo tanto, de aplicación por la vía de la conexión general.

---

<sup>473</sup> VIRGÓS SORIANO, M., "El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, T. III, pp. 753 - 825; CALVO CARAVACA, A.L., "La ley aplicable a los contratos...", op. cit. pp. 10 a 12; TREVES, T., "Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980", *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1983, pp. 25 - 41; MENGOZZI, P., "La Convenzione CEE sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, il notaio e le norme di applicazione necessaria", *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1984, pp. 165 - 181; PAU, G., "Le norme imperative nella Convenzione C.E.E. sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali", *Riv.Dir.Int.*, 1982, pp. 867 - 872; Informe GIULIANO-LAGARDE, D.O.C.E. N° C 282 de 31 de octubre de 1980.

<sup>474</sup> Vid. VIRGÓS SORIANO, M., "Obligaciones....", op. cit., p. 182; TREVES, T., "Norme imperative...", op. cit. p. 32.

Ahora bien, no es ésta la única vía planteada para fundamentar la aplicación de las normas de intervención pertenecientes al ordenamiento jurídico de la *lex contractus* ante el silencio del artículo 7 del Convenio. Así, ha sido propuesta la aplicación de estas normas sobre la base de una interpretación extensiva del artículo 7.1 del Convenio<sup>475</sup>.

Con todo, ambas posiciones buscan justificación a la aplicación, por parte del juez del foro, de las normas de dirección extranjeras. Siguiendo una u otra línea de pensamiento encontraremos justificación a un mismo fin: tomar en consideración, o, en su caso, aplicar la dimensión civil de la legislación *antitrust* extranjera.

## **2. Corrientes doctrinales que no admiten el conflicto de leyes en materia de competencia.**

Una vez admitido que el juez del foro tome en consideración la legislación *antitrust* de un tercer Estado, o aplique la dimensión civil, pasamos a la segunda cuestión planteada: la existencia de un verdadero conflicto de leyes.

Lo primero que cabe señalar al respecto es que estamos ante una cuestión que, si bien ha sido objeto de múltiples debates

---

<sup>475</sup> Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Contratación internacional...* op. cit., pp. 122 y ss, quien pone de manifiesto que las normas “ordopolíticas” obedecen a intereses estatales (quedan, por lo tanto, excluidas de los artículos 3 y 4 del Convenio) y teniendo en cuenta que el art. 7 hace únicamente referencia a las normas imperativas de terceros Estados -art. 7.1- y del foro -7.2- nos encontraríamos con una laguna que, siempre según el citado autor, vendría a colmarse reconduciendo la aplicación de las normas “ordopolíticas” pertenecientes a la *lex contractus* al art. 7.1, es decir, a través de una aplicación analógica del citado artículo.

doctrinales <sup>476</sup>, sigue dando pie a posturas contrapuestas. Exponemos brevemente las principales posiciones doctrinales al respecto como paso previo a una toma de posición.

Para esta primera corriente de pensamiento que traemos a colación, la imposibilidad de hablar de conflicto de leyes en el tema que nos ocupa obedece, principalmente, a que reconducen la cuestión a un conflicto de soberanías. Es decir, al tratarse de leyes de policía, y ser su aplicación inmediata o necesaria, no dan pie a hablar de conflicto de leyes sino de conflicto de soberanías entre los Estados cuyas legislaciones concurren <sup>477</sup>. Esta doctrina parte del innegable carácter intervencionista de este tipo de leyes, de esta forma al ir encaminadas a la dirección de un determinado mercado o estructura no cabe la posibilidad de que concurren con las leyes de terceros Estados sin que ello se convierta en un conflicto de soberanías.

Esta corriente doctrinal ha sido objeto de críticas. Entre nuestro autores destacamos a GUARDANS CAMBÓ <sup>478</sup> quien considera que, tanto en materia de Derecho monetario como en materia de Derecho de la competencia, no hay que confundir la legitimidad de un Estado para hacer valer una norma jurídica

---

<sup>476</sup> Vid., entre otros, PICONE, P., op. cit.; IDOT, L., op. cit.; JACQUET, J.M., op. cit.

<sup>477</sup> Vid. JACQUET, J.M., op. cit., pp. 342 y ss. y, en relación al Derecho de la competencia en concreto, pp. 389 - 395 donde pone de manifiesto que "... Chaque Etat est directement et seul compétent pour régler son propre marché. Ce qui signifie qu'il n'y a pas de place ici pour un conflit de lois au sens selon lequel un conflit de lois suppose une concurrence potentielle des lois en présence"; AUDIT, B., op. cit., pp. 417 y ss.

<sup>478</sup> Op. cit., §§ 18, 59 y 144.

más allá de su territorio con una cuestión bien distinta como es la posibilidad real de que concurren normas de distintos Estados que, como son el caso de las normas sobre competencia y las de control de cambios, por su naturaleza y efectos requieren procedimientos distintos a la hora de enfocar el conflicto de leyes. Entre los autores extranjeros citamos la crítica de PICONE<sup>479</sup> quien pone de manifiesto que las normas de aplicación necesaria regulan tanto relaciones interindividuales como, en su caso, intereses unilaterales de los Estados. Sólo en el segundo caso, siempre en palabras del citado autor, puede nacer un conflicto de soberanías. Estima que la distinción no viene dada formalmente por la naturaleza de la norma sino por los intereses que ésta tutela.

Por lo tanto, una cuestión es el posible conflicto de soberanías provocado por la ingerencia de un Estado en el mercado de un tercero como consecuencia de la aplicación extraterritorial de sus leyes de policía<sup>480</sup> y otra es la posibilidad de una pluralidad de leyes en presencia.

### **3. Posiciones doctrinales que aceptan la existencia de un conflicto de leyes *antitrust* en base a una aplicación parcial del Derecho de la competencia extranjero por parte del juez del foro.**

---

<sup>479</sup> Op. cit., pp. 176 - 177.

<sup>480</sup> Si bien RIGAUX, "Droit Economique et conflits...", op. cit., p. 127, plantea otra posible situación que desembocaría en un conflicto de soberanías. Concretamente, señala este autor la posibilidad de que un Estado, seguidor de una determinada política, se dirija hacia empresas localizadas en otro Estado, de política contrapuesta, y que éste último adopte las contramedidas que estime apropiadas. En este caso el conflicto de leyes de aplicación inmediata se convertiría en conflicto de soberanías.

Nos encontramos con una serie de autores <sup>481</sup> que admiten la existencia de un verdadero conflicto de leyes aún cuando la legislación *antitrust* extranjera sólo puede ser aplicada, por el juez del foro, en su dimensión civil. Es decir, entienden que sí cabe hablar de un verdadero conflicto de leyes entre la legislación *antitrust*, en su dimensión civil, y la ley rectora del contrato cuando esta última no coincide con la primera.

Tampoco la posición adoptada por estos autores está exenta de críticas. Así, PICONE <sup>482</sup> reconduce sus observaciones a tres puntos concretos: En primer lugar, entiende que esta corriente doctrinal se apoya en los precedentes sentados por los conflictos de leyes en materia de competencia desleal. Así, y siempre en palabras del citado autor, este apoyo no sería correcto en tanto que la legislación *antitrust* responde a un fenómeno macroeconómico y la legislación sobre competencia desleal, por el contrario, responde a un fenómeno microeconómico. En segundo lugar, critica el hecho de que se somete a una conexión internacionalprivatista en sentido estricto únicamente las normas que inciden directamente sobre el comportamiento de los particulares, lo que puede suponer que la proyección internacionalprivatista se limite a aspectos marginales, al mismo tiempo que se puede desvirtuar la función de las normas que han sido separadas del resto de la legislación *antitrust*. En tercer lugar, dirige sus críticas hacia la utilización de una técnica bilateralista

---

<sup>481</sup> En nuestra doctrina cabe señalar, entre otros, GUARDANS CAMBÓ, op. cit., p. 278, quien señala que la aplicación de una ley imperativa extranjera por parte del juez del foro debe reducirse a su dimensión civil ya que ésta es la única que puede llegar a ser objeto de una efectiva aplicación. Salvo que un Tratado expresamente lo contemple no cabe la aplicación en el foro de una sanción de carácter penal o administrativo extranjera.

<sup>482</sup> Op. cit., pp. 196 - 199.



argumentada sobre la base de que las normas reguladoras de la competencia son sustancialmente homogéneas. Considera este autor que las normas sobre competencia son unilaterales en sentido estricto e inintercambiables.

Vistas las dos corrientes doctrinales es oportuno adoptar una posición al respecto.

Partimos de la distinción que hace GUARDANS CAMBÓ entre conflicto de soberanías y conflicto de leyes y con él afirmamos la posibilidad de que éste último pueda darse en materia de competencia. Ahora bien, aún cuando compartimos la posibilidad de que el juez del foro pueda aplicar única y exclusivamente la dimensión civil de la legislación *antitrust*, no podemos quitar razón al argumento esgrimido por PICONE cuando nos dice que una posibilidad de este tipo supone desvirtuar la legislación *antitrust* y reconducir la posición internacionalprivatista a aspectos marginales. Si a esto unimos los problemas que podemos encontrarnos en la práctica, es decir, que el juez del foro sea reacio a aplicar la norma extranjera sobre competencia por las dificultades prácticas que ello podría suponerle o, en su caso, por la posible falta de interés, sin olvidar que en ciertas legislaciones la dimensión civil solamente puede ser aplicada tras una previa declaración administrativa de ilicitud, no queda más que esperar una posible cooperación internacional en materia de competencia por la vía del convenio internacional.

Sin embargo, hasta ahora hemos planteado dos supuestos: por una parte, el conflicto de soberanías que puede provocar la aplicación extraterritorial de la legislación *antitrust*; por otra parte, el conflicto de leyes que puede presentarse entre el Derecho de la competencia encargado de proteger un determinado mercado y la ley rectora del contrato que provoca los efectos colusorios en ese mercado. Ahora bien, entendemos

que cabe un tercer planteamiento en el que pueden presentarse una pluralidad de legislaciones, al margen de la *lex contractus*, y que, en principio, todas ellas cuentan con presupuestos para ser aplicadas: es el caso de la pluralidad de mercados afectados. Se plantea, por lo tanto, un supuesto en que una pluralidad de Estados ven afectados sus mercados por lo que las pretensiones de aplicar su propio Derecho de la competencia no puede interpretarse, *a priori*, como una ingerencia en el mercado de un tercer Estado sino como un intento de protección del suyo propio, como consecuencia, a nuestro juicio, se descarta la posibilidad de plantear un posible conflicto de soberanías en la medida en que todos los Estados tienen un interés legítimo (proteger su mercado); en todo caso, este conflicto puede plantearse en el supuesto de que la situación se resolviese aplicando una de las leyes en defecto de las restantes. Por otra parte, tampoco estamos ante un conflicto entre una ley protectora de un determinado mercado y la ley rectora del contrato, sino ante una concurrencia de leyes de intervención provocada por la pluralidad de mercados afectados. A su vez, todas ellas concurren con la ley rectora del contrato que vulnera la libre competencia de todos y cada uno de los mercados afectados. Es este supuesto el que nos proponemos analizar en el siguiente epígrafe.

#### **4. Pluralidad de situaciones.**

Analizando la cuestión según los posibles supuestos que pueden presentarse en la práctica, hay que partir de que el juez del foro puede encontrarse con dos situaciones: a) por una parte, aquellos casos en los que, al verse afectados varios mercados, entre ellos el del foro, concurren varias leyes *antitrust*, las correspondientes a todos y cada uno de los mercados afectados. b) Por otra parte, que el mercado o mercados afectados sean solamente extranjeros.

En estos supuestos nos encontramos en presencia la *lex fori*, correspondiente al ordenamiento jurídico de la autoridad judicial que resulte competente, la *lex causae*, rectora del contrato, y la ley imperativa extranjera reguladora de la competencia del Estado/s afectado/s.

En el terreno doctrinal se ha impuesto la teoría de que el criterio de los efectos adquiera una relevancia autónoma y que, por lo tanto, no se haga depender la aplicación de la legislación *antitrust* del Estado afectado del hecho de que ésta coincida con la *lex causae*<sup>483</sup>, es decir, el hecho de que el contrato causante de los efectos esté regido por una ley, elegida comúnmente por las partes, o en su caso por las vías que ofrece el D.I.Pr., no debe ser óbice para que el juez tome en consideración una ley sobre competencia del Estado afectado cuando ésta no coincida con la anterior<sup>484</sup>.

---

<sup>483</sup> Vid. PICONE, P., op. cit., pp. 194 - 195. En el mismo sentido CARBONE, S.M., y LUZZATTO, R., *Il contratto internazionale*, Torino, 1995, pp. 104 y ss. señalan que las normas de Derecho público de la economía, dentro de las cuales se encuentran las relativas al Derecho de la competencia, operan de una manera autónoma de tal forma que deberán ser aplicadas en aquellos supuestos en los que se dan las circunstancias previstas en las mismas con independencia de que la *lex fori* discipline la relación en cuestión o que la *lex causae* reenvíe a ellas.

<sup>484</sup> Vid. SEGRE, T., "Il Diritto comunitario della concorrenza come legge di applicazione necessaria", Riv. Dir. Int. Priv. Proc., 1979, pp. 75 y ss., esp. p. 77. Analiza un caso en el que las partes (un comerciante italiano y una empresa suiza) pretenden celebrar un contrato de suministro por el cual el comerciante italiano sería el vendedor exclusivo en Italia de los productos fabricados por la empresa suiza. La empresa suiza propone incluir en el contrato una cláusula conforme a la cual el comerciante italiano no puede vender dichos productos fuera del territorio italiano. El comerciante se opone en tanto que una cláusula de este tipo no está permitida por el artículo 85.1 TCE dando

a) El primer supuesto, que los efectos anticoncurrenciales recaigan en varios Estados entre los que se encuentra el del foro, presenta dos posibles soluciones: 1. que se aplique la ley del mercado principalmente afectado. 2. que se apliquen contemporáneamente las leyes de todos los Estados afectados.

En relación con la primera de las posibles soluciones planteadas hay que tener en cuenta que el Estado principalmente afectado puede no ser el Estado del foro con lo que el juez tendría que renunciar a la aplicación de la *lex fori* sobre competencia para aplicar otra, la del Estado mayormente afectado, que ha nacido para regular las necesidades de ese mercado extranjero en concreto pero que puede, y con toda probabilidad así será, no satisfacer las necesidades del mercado del foro. En este sentido

---

lugar a la nulidad del contrato. La empresa suiza considera no estar sujeta al Derecho comunitario y pretendiendo eludir cualquier posible aplicación del mismo incluye otra cláusula en el contrato por la que la ley aplicable será la ley suiza y juez competente los será el juez suizo. Si bien no se duda de la conexión entre el contrato y la ley suiza, señala dicho autor que hacer depender la aplicación de una norma de aplicación necesaria, en este caso el art. 85.1 del Tratado, de que coincida con la *lex causae* no es una solución adecuada en materia contractual ya que a las partes les bastaría con elegir como ley aplicable al contrato la de cualquier país no comunitario quedando con ello sin efecto la normativa comunitaria sobre competencia. Que duda cabe que la opinión del citado autor es transportable al supuesto en el que el mercado afectado no sea el Comunitario sino cualquier otro. En el caso de que se hiciese depender la aplicación sobre Derecho de la competencia de su coincidencia con la *lex causae* prácticamente sería imposible hacer efectiva la protección que las leyes sobre competencia pretenden para sus mercados sobre todo si tenemos en cuenta que parte de los contratos o acuerdos que producen efectos anticoncurrenciales ya nacen con esta intención.

estamos de acuerdo con la doctrina anteriormente citada <sup>485</sup> en cuanto que considera las normas sobre competencia “unilaterales en sentido estricto”, por lo tanto, no intercambiables entre si y descartando una posible bilateralización de las mismas <sup>486</sup>. Desde el momento en el que el Estado del foro también se vea afectado, su ley interna sobre competencia será aplicada en concepto de norma de aplicación necesaria <sup>487</sup>.

La segunda de las posibles soluciones, aplicar contemporáneamente las leyes sobre competencia de todos los

---

<sup>485</sup> En contra, vid. BROGGINI, G., op. cit., pp. 297 - 298, especialmente nota 46.

<sup>486</sup> En relación con las normas de aplicación necesaria señalan CARBONE, S. M. y LUZZATTO, R., op. cit., pp. 100 y ss., que estas normas se caracterizan porque existe una estrecha relación entre los fines que persiguen y su campo de aplicación resultado “infungibles” y, por lo tanto, sustituyen el normal mecanismo bilateral de conflicto. También en relación con una posible bilateralización de las leyes de policía extranjera señala MEYER, P., “Les lois de police étrangères”, J.D.I., 1980, pp. 277 - 345, que estamos ante una bilateralización “ilícita” en aquellos casos en los que se utiliza el criterio de la ley de policía del foro para llegar a considerar aplicable una ley extranjera sin tener en cuenta el contenido o la finalidad de ésta.

<sup>487</sup> Además hemos de tener en cuenta las dificultades con las que se encontraría el juez del foro: debería delimitar todos aquellos mercados afectados, una vez individualizados los mismos deberá valorar cuál de ellos es el que se ve mayormente afectado y comprobar que el contrato que provoca los efectos está contemplado en la ley sobre competencia de dicho mercado. La solución de aplicar la ley del mercado mayormente afectado ha sido objeto de numerosas críticas, así, además de las expuestas, se ha señalado que una alternativa de este tipo implicaría, además de poner en tela de juicio la neutralidad del criterio de los efectos, dar primacía al Derecho de un Estado frente a los demás, también afectados. Vid., ESTEBAN DE LA ROSA, F., “Aplicación del Derecho *antitrust* y técnicas de Derecho Internacional Privado”, R.D.P., 1997, pp. 815 - 848, y bibliografía contenida.

Estados afectados se presenta como la única válida, en tanto que si entre el conjunto de mercados afectados se encuentra el del foro implicaría que no quedase sin aplicar la *lex fori* sobre competencia, y en el caso de que entre la pluralidad de mercados afectados no esté el del foro no se haría primar la legislación de un Estado sobre las demás.

Ahora bien, aún cuando consideramos que esta vía de solución, aplicación simultánea de todas las leyes en presencia, se presenta como la única o, por lo menos, como la más acertada, no está exenta de inconvenientes.

Por una parte, esta solución provoca una serie de problemas prácticos en la medida en que sería necesario separar todos y cada uno de los mercados afectados, comprobar que el contrato o práctica colusoria que vulnera la competencia se encuentra dentro del ámbito de aplicación de las leyes en presencia <sup>488</sup> y, a

---

<sup>488</sup> Se ha venido señalando como posible solución para conocer el ámbito de aplicación de la ley extranjera sobre competencia la bilateralización del criterio/s utilizados por la *lex fori*. En este sentido, GUARDANS CAMBÓ, L., op. cit., pp. 277 - 278, señala el Derecho de la competencia, al utilizar el criterio de los efectos, trata por igual los resultados anticoncurrenciales, aquellos que pueden llegar a producirse, incluyendo los que carecen de elemento intencional y es por esta característica particular del Derecho de la competencia por lo que el citado autor señala que "...aunque admitiéramos que el problema de reconocer el ámbito de aplicación que la ley extranjera se otorga a sí misma puede ser resuelto bilateralizando los criterios de aplicación del Derecho de competencia del foro..." seguirían quedando cuestiones de hecho de difícil determinación para el juez extranjero. Por lo tanto, puede pensarse que la utilización de la expresión "aunque admitiéramos" manifiesta que el autor duda que tal técnica pueda o convenga utilizarla en estos supuestos. No cabe duda acerca del que el problema real, una vez determinado el mercado afectado, es entrar a conocer si el supuesto que se presenta está contemplado como ilícito en la ley protectora del mercado afectado. Determinar cuál es esa ley no representa problema alguno en tanto que la finalidad con la que nacen las legislaciones *antitrust* no dejan el más mínimo espacio a plantearse qué ley debe proteger un determinado mercado. El hecho de que la *lex fori* sobre competencia recoja determinados contratos, acuerdos o prácticas como contrarios a la libertad de competencia no debe ser

su vez, adaptar todas estas leyes para la aplicación parcial de todas ellas.

Por otra parte, creemos que la aplicación simultánea de leyes con vocación de ser aplicadas, en el caso concreto de la defensa de la competencia, puede plantear otro problema ya que, en algunos ordenamientos jurídicos, como es el caso del español, o, incluso, el Derecho de la competencia comunitario en su aplicación al sector del transporte marítimo y aéreo, requieren, como paso previo a la aplicación de la dimensión civil, una declaración de ilicitud proveniente de la autoridad competente que suele ser un órgano administrativo <sup>489</sup>. De este modo, aún cuando el juez haya llevado a cabo toda la labor de separación de mercados afectados, comprobación del ámbito de aplicación de las legislaciones *antitrust* encargadas de proteger los mercados afectados, puede encontrarse con la imposibilidad de aplicar la dimensión civil de algunas de estas normas cuando en ellas se requiera la declaración previa de ilicitud procedente del órgano administrativo competente.

b) En el segundo supuesto, que el contrato, o práctica colusoria, cause efectos en un Estado que no sea el del foro, no

---

indicativo de que igual consideración van a tener en la ley extranjera. Al respecto, vid. nota 48. Se podría pensar en una solución similar a la ofrecida para los supuestos de competencia desleal, concretamente VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional...*, op. cit. pp. 127 - 132, habla de aplicación analógica de la *lex fori* en aquellos casos en los que el juez o tribunal del foro entra a conocer de un asunto en el que el mercado afectado sea extranjero, correspondiendo al actor en su demanda dar a conocer el Derecho o Derechos con los que debe operar el juez, dejando que sea el Derecho extranjero reclamado el que delimite su ámbito de aplicación.

<sup>489</sup> Acerca de estas cuestiones, y en relación con el caso concreto del transporte marítimo y aéreo, vid. supra en el capítulo dedicado al análisis del contenido del Reglamento 4056/86.

cabe duda que al no estar afectado el mercado del foro el juez deberá, al menos, tomar en consideración la ley imperativa extranjera <sup>490</sup>, es decir, la reguladora del mercado afectado. En este caso, los problemas con los que puede encontrarse el juez no distan mucho de los que mencionamos en el supuesto anterior: comprobar que el supuesto de hecho con consecuencias anticoncurrenciales está contemplado en la ley extranjera, es decir, comprobar el ámbito de aplicación de la misma <sup>491</sup>, y, una vez conocido éste, comprobar los posibles requisitos administrativos previos a la determinación de las consecuencias civiles.

Por todo lo expuesto resulta evidente que los debates acerca de la aplicación del Derecho de la competencia giran entorno a dos ejes: de un lado, la aplicación extraterritorial de la legislación *antitrust* en cuanto *lex fori* de aplicación necesaria, para la protección del mercado nacional vulnerado por prácticas anticoncurrenciales, recayendo esta aplicación sobre sujetos y comportamientos que se encuentran y desarrollan fuera del mercado protegido. En este caso, el estudio se centra entorno a los límites impuestos por el D.I.P, sin perjuicio de remisiones al D.I.Pr. De otro lado, una vez admitida la posibilidad de que el juez del foro aplique la dimensión civil de la legislación *antitrust* de un tercer Estado, y admitida la independencia de los efectos

---

<sup>490</sup> Acerca de la distinción entre toma en consideración y aplicación del Derecho vid. *supra*.

<sup>491</sup> En este supuesto como señala PICONE, P., *op. cit.*, p. 200, nota 261, no podemos hablar, como en el caso anterior, cuando se ven afectados varios mercados entre ellos el del foro, de una técnica de bilateralización, en el caso de que la admitiésemos como válida, al menos en sentido estricto, ya que no hay un concurrencia entre la *lex fori* y las leyes extranjeras.



como criterio de conexión, la discusión se centra en la posibilidad de hablar de un verdadero conflicto de leyes, y en la búsqueda de fundamentos jurídicos para avalar soluciones viables ante problemas con los que puede encontrarse el juez a la hora de aplicar el Derecho de la competencia extranjero <sup>492</sup>.

Ahora bien, cada vez son más frecuentes los contratos, y las prácticas empresariales, que surten efectos contrarios a la libertad de competencia en un vasto mercado que engloba a más de un Estado. Por este motivo, cada vez resulta más difícil hablar de los mercados, y en especial del mercado del transporte marítimo, como compartimentos estancos. Todo ello sin olvidar que, tanto ante una pluralidad de mercados afectados, como si sólo resulta afectado un único mercado, sin duda, la vocación y espíritu con el que nacen las legislaciones sobre competencia dificultan su aplicación, o, incluso, su simple toma en consideración, fuera del foro. Los primeros intentos de buscar una solución a las dificultades que supone la aplicación de la legislación *antitrust* extranjera por parte del juez del foro, y las lagunas en las que incurren las legislaciones actuales, han venido dados por la introducción del método bilateral en algunas legislaciones. Es el caso de la Ley Federal Suiza de D.I.Pr. de 1987 que, en su artículo 137.1 <sup>493</sup>, y en relación con el ámbito extracontractual, recoge la técnica bilateral. Al respecto, lo primero que cabe cuestionarse es

---

<sup>492</sup> Claro está que previamente deben darse los fundamentos adecuados que justifiquen que el juez del foro pueda llegar a, por lo menos, tomar en consideración las normas “ordopolíticas” extranjeras.

<sup>493</sup> El art. 137.1 establece: “ Les prétentions fondées sur une entrave à la concurrence sont régies par la droit del l'État sur le marché duquel l'entrave produit directement ses effets sur le lésé”. Vid. PATOCCHI, P.M., & GEISINGER, E., *Code D.I.P. Annoté*, Lausanne, 1995, pp. 43 - 520; DUTOIT, B., *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Bâle et Francfort -sur-le-Main, 1996, pp. 374 - 378.

si estamos ante la vía a seguir. En este sentido, y en una primera aproximación a este precepto, hay que señalar el paso hacia adelante que supone un precepto de este tipo en la medida en que constituye un apoyo indiscutible para la aplicación, por parte del juez del foro, de la legislación *antitrust* extranjera. Pero junto a este aspecto, de innegable importancia, hay que señalar varias cuestiones:

1. La aplicación de la normativa reguladora de la competencia extranjera por parte del juez suizo, a pesar de la técnica bilateral empleada en el artículo 137 de la Ley de 1987, sigue encontrándose con los mismos problemas que hemos venido señalando en páginas anteriores, sobre todo en lo relativo a la pluralidad de mercados afectados. Respecto a esta cuestión, la pluralidad de mercados afectados, se ha dicho <sup>494</sup> que la utilización de la técnica bilateral en lo que respecta a la responsabilidad extracontractual permitiría que se solucionasen los problemas de contradicción que se crean al concurrir varias leyes que reclaman su aplicación al caso, proponiéndose que sea el Derecho del foro el que preste fundamento a la aplicación del Derecho imperativo extranjero y no la voluntad de aplicación de dicho Derecho. En relación a estas afirmaciones queremos hacer algunas puntualizaciones:

a) En primer lugar no creemos que la técnica bilateral venga a solucionar los problemas originados por la pluralidad de legislaciones *antitrust* concurrentes. Desde el momento en el que aceptamos que existe una pluralidad de mercados afectados, estamos admitiendo que, en mayor o menor medida, se están produciendo “efectos” anticompetitivos que deberán ser

---

<sup>494</sup> Vid. ESTEBAN DE LA ROSA, F., op. cit. p. 448

sancionados en proporción a la magnitud de los mismos. Aún cuando nos limitemos a la dimensión civil de la legislación *antitrust* el aplicar la legislación de un único Estado afectado viene a suponer dar prioridad al Derecho de un mercado sobre los demás. En este sentido se ha pronunciado DUTOIT quien manifiesta que cuando hay una pluralidad de mercados afectados se ha de apreciar la situación jurídica a la luz del Derecho del Estado en cuyo territorio se encuentran cada uno de estos mercados <sup>495</sup>. Por lo tanto, la técnica bilateral puede ser el fundamento necesario para que, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, el juez del foro aplique el Derecho imperativo extranjero. Pero, por el contrario, no viene a solucionar el problema causado por una pluralidad de mercados afectados sin caer en la exclusión de una serie de legislaciones, en este caso *antitrust*, en favor de otra que resultara favorecida en detrimento de las demás.

b) El tipo de normativa que analizamos no puede ser desligada de su vocación de aplicación al caso. Como hemos señalado en numerosas ocasiones, la legislación sobre competencia responde a una política de mercado que hace del todo imprescindible tener en cuenta su vocación de aplicación. En todo caso, podríamos decir que en una norma bilateral planteada en los términos del artículo 137 de la Ley Federal Suiza conduce a una afortunada coincidencia entre la remisión hecha por el ordenamiento del foro con la vocación de aplicación de la normativa *antitrust* extranjera.

2. En segundo lugar, la técnica bilateral, como remedio a los problemas planteados por la aplicación de las legislaciones

---

<sup>495</sup> DUTOIT, B., op. cit. 377.

*antitrust* de terceros Estados, es reconducible únicamente a la dimensión civil de este tipo de normativa. Esto, en ocasiones, puede implicar una desvirtuación de la legislación sobre competencia que, a nuestro entender, conviene que sea considerada en su conjunto<sup>496</sup>.

Ahora bien, resultando del todo imposible pensar en una bilateralización de la dimensión administrativo-penal de la normativa sobre competencia, la vía seguida por el legislador suizo puede entenderse como una “solución a medias” de los problemas que hemos venido planteando<sup>497</sup>. La razón de esta afirmación no es otro que el hecho de que, ciertamente, si el juez del foro cuenta en su ordenamiento jurídico con una norma de conflicto como la contenida en el artículo 137.1 de la Ley Federal Suiza tiene un apoyo indiscutible para aplicar la dimensión civil de la legislación *antitrust* extranjera. En este caso no sería necesario recurrir a las distintas posibilidades planteadas, y que hemos ya expuesto, ni siquiera pensar en una posible falta de interés por parte del juez del foro ante un mercado afectado que no es propio, sino que el juez del foro parte de la existencia de una norma que ya le remite a la legislación sobre competencia extranjera.

---

<sup>496</sup> En este sentido, volvemos a traer a colación la crítica de PICONE, P., “L’applicazione extraterritoriale...”, op. cit., pp...., quien pone de manifiesto que someter a una conexión internacionalprivatista en sentido estricto únicamente las normas que inciden directamente sobre el comportamiento de los privados puede suponer que la proyección internacionalprivatista se limite a aspectos marginales al mismo tiempo que se puede desvirtuar la función de las normas que han sido separadas del resto de la legislación *antitrust*.

<sup>497</sup> En relación con la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, señala ESTEBAN DE LA ROSA, F., op. cit., p. 848, que la laguna axiológica existente en la citada ley en relación a la responsabilidad extracontractual, podría colmarse siguiendo el ejemplo de la legislación suiza, es decir, utilizando la técnica bilateral.

#### **IV. Las legislaciones de bloqueo (*blocking statutes*).**

La aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia ha encontrado, en numerosas ocasiones, oposición por parte de los Estados de los que son nacionales los sujetos, personas físicas o jurídicas, sobre las que recae la aplicación extraterritorial, sobre todo en el momento en que se pretende hacer efectiva. La oposición a la aplicación extraterritorial de las normas reguladoras de la competencia se ha llevado a cabo por diversas vías, las quejas diplomáticas han sido las más utilizadas, si bien en muchos Estados se ha ido más allá de los métodos usuales de protesta u oposición para llegar a la creación de leyes encaminadas a neutralizar los efectos de la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia de otros Estados. Estamos ante las llamadas legislaciones de bloqueo.

En este tipo de legislaciones se suele acudir a distintas fórmulas para contrarrestar los efectos de la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia de terceros Estados. Así, nos encontramos con *blocking statutes* encaminados a prohibir que se proporcionen pruebas a las autoridades judiciales o administrativas extranjeras<sup>498</sup>; que se obedezcan las directrices

---

<sup>498</sup> En relación a la leyes de bloqueo que adoptan este tipo de solución ha sido señalado por GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., "El coste de la Ley Helms-Burton para las empresas españolas", Derecho de los Negocios, nº 72, 1996, pp. 13 - 27, que se trata de una "aberración jurídica" ya que si la empresa sometida a un juez extranjero que pretende aplicar, en el caso planteado por este autor la Ley Helms-Burton, y en el nuestro el Derecho de la competencia, porqué negarle a una empresa su derecho de aportar pruebas que le permitan demostrar, en el caso de la Ley H-B que no ha traficado con propiedades confiscadas y, en el nuestro, que no ha vulnerado el Derecho de la competencia.

relativas a cuestiones de fondo dictadas por autoridades extranjeras; que no vengan reconocidas y ejecutadas las sentencias extranjeras dictadas en el ejercicio de una aplicación extraterritorial. La *Protection of Trading Interests Act* 1980 de Gran Bretaña <sup>499</sup>, se presenta como la legislación de bloqueo que ejemplifica en una sola normativa las distintas modalidades. A su vez, pueden ir encaminadas a contrarrestar los efectos extraterritoriales de leyes extranjeras en relación con cualquier materia, ceñirse únicamente a cuestiones relativas a la materia *antitrusts*, o, incluso, limitarse a un sector concreto como es el caso del transporte marítimo <sup>500</sup>. En este tipo de leyes se designa a una autoridad, judicial o administrativa, para velar por el cumplimiento de las prohibiciones en ellas contenidas,

---

<sup>499</sup> Vid. apéndice de *Il fenomeno delle concentrazioni di imprese nel diritto interno e internazionale*, Padova, 1989, pp. 535 - 540.

<sup>500</sup> En esta línea encontramos la Ley italiana n° 488 de 24 de julio de 1980, *Divieto ai cittadini italiani di fornire ad autorità straniere documenti ed informazioni concernenti l'attività marittima*, en apéndice de *Il fenomeno delle concentrazioni ...*, op.cit., p. 540. En el artículo 1 de la citada ley se establece que las compañías navieras italianas deberán remitir al Ministerio de la marina mercantil copia de las órdenes provenientes de autoridades extranjeras en las que se solicite a dichas navieras que proporcionen informaciones o la presentación de documento relativos a su gestión administrativa y contable y de acuerdos comerciales en materia de fletes y servicios marítimos. Las navieras están obligadas a hacerlo en un plazo de 30 días a partir del momento en el que reciben la orden de la autoridad extranjera. España también tuvo una ley, de 4 de abril de 1970 (B.O.E. n° 82 de 6 abril 1970), ya derogada por la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en la que se concedía al Ministerio de Comercio la posibilidad de prohibir, en relación con las actividades mercantiles marítimas, que se proporcionase a las autoridades extranjeras informaciones o documentos relativos a operaciones realizadas fuera del país que las requiriera. Igual prohibición podría recaer sobre sociedades extranjeras que operasen en España acerca de las actividades realizadas en nuestro país.

previéndose, incluso, que puedan irrogar sanciones en caso de que los destinatarios de estas legislaciones de bloqueo incumplan lo previsto <sup>501</sup>. El poder de intervención de las autoridades se intenta justificar, por parte de los legisladores, en base a la protección de los intereses nacionales, sean de carácter económico o político; argumentando una posible violación del Derecho internacional por parte de otros Estados; o, incluso, en base a una posible violación de la soberanía estatal <sup>502</sup>. Las leyes de bloqueo que hemos citado, británica e italiana, no son las únicas, Canadá, Australia, Holanda, Bélgica, etc., cuentan con leyes de este tipo.

Una crítica general es patente en PICONE quien pone de manifiesto que las legislaciones de bloqueo contribuyen a ampliar materialmente el campo de las pretensiones estatales potencialmente susceptibles de entrar en conflicto en lo relativo a la disciplina de la competencia, así como contribuyen al incremento de conflictos entre las distintas legislaciones estatales *antitrust*. Destaca, asimismo, que las mismas tienen, al igual que las leyes extranjeras cuyos efectos pretenden contrarrestar, un ámbito de aplicación extraterritorial y, en ocasiones, las disposiciones

---

<sup>501</sup> Es el caso de la ya citada *Protection of Trading Interest Act* de 1980 y de la también citada Ley italiana que en su art. 1 prevé, para el caso de incumplimiento por parte de las navieras de su obligación de notificar al Ministerio de la marina mercantil el recibimiento de órdenes provenientes de autoridades extranjeras, el pago de una multa de carácter administrativo. A su vez, el art. 2 de la misma ley prevé, para el caso de que las navieras presenten a la autoridad extranjera las informaciones por ésta requeridas sin que haya habido previa autorización de la autoridad administrativa competente, una pena de arresto que puede llegar a los dos meses.

<sup>502</sup> Aunque no siempre los legisladores justifican la intervención de sus autoridades, es el caso de la citada Ley italiana n° 488 de 24 de julio de 1980.

que contienen son discutibles en cuanto a su legitimidad desde el punto de vista del Derecho internacional <sup>503</sup>. Nos adherimos a la crítica del citado profesor pero, a su vez, queremos poner de manifiesto que las legislaciones de bloqueo son criticables, no sólo por lo expuesto, sino también porque en un momento como el actual en el que se pretende buscar soluciones a los problemas de extraterritorialidad del Derecho de la competencia a través de acuerdos o convenios de cooperación entre las autoridades encargadas de aplicarlo, parece del todo desaconsejable e inoportuno seguir manteniendo legislaciones que no sólo no facilitan esa cooperación entre autoridades, judiciales o administrativas, sino que, por el contrario, plantean aún más problemas no sólo para los propios Estados sino también para los particulares <sup>504</sup>.

---

<sup>503</sup> Op. cit., p. 150. No obstante, también hay quien ve en las legislaciones de bloqueo una posibilidad de que puedan ser útiles en tanto que pueden a los Estados que tienen leyes de este tipo para inducir a los países extranjeros a buscar soluciones amistosas a los posibles conflictos de jurisdicción que pudieran plantearse. Vid. MUNARI. F., op. ult. cit., p. 182.

<sup>504</sup> Acerca de la cooperación en el ámbito del Derecho de la competencia vid. infra.



**CAPÍTULO X**  
**APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DEL**  
**DERECHO DE LA COMPETENCIA**  
**COMUNITARIO EN EL SECTOR DEL**  
**TRANSPORTE MARÍTIMO**  
**INTERNACIONAL.**

## **I. Consideraciones generales.**

Hasta ahora hemos venido analizando el problema de la aplicación extraterritorial de la legislación *antitrust* desde una doble perspectiva: por una parte, desde el punto de vista de los límites impuestos por el D.I.P ante las pretensiones de aplicación de la legislación *antitrust* del foro a todos aquellos supuestos que en él causan efectos con independencia de criterios tales como la nacionalidad de los autores, del lugar en el que se originan e, incluso, ejecutan. Por otra parte, desde la tesitura en la que se encuentra el juez del foro cuando el mercado afectado no es el suyo o siéndolo junto a él se presentan otros mercados también afectados.

En este momento queremos centrarnos en un sector tan concreto y lleno de especificidades como es el que constituye objeto de nuestro estudio: el transporte marítimo. Intentamos ver cómo las teorías precedentemente estudiadas han sido puestas en práctica, sea desde la adopción de alguna de ellas por el legislador comunitario, que como resultado de la aplicación, llevada a cabo por la Comunidad, de los art. 85 y 86 TCE, sea por la vía del Reglamento 4056/86 que por la vía del régimen transitorio de los art. 88 y 89 TCE.

## **II. Ámbito de aplicación espacial del Reglamento 4056/86.**

Cuando analizamos el contenido de este Reglamento hicimos alusión a su ámbito de aplicación material y espacial, si bien acerca de este último simplemente nos limitamos a decir que cubría el tráfico internacional entre puertos comunitarios, o entre éstos y puertos de terceros Estados (art. 1.2). Ahora queremos profundizar en el análisis de este ámbito de aplicación espacial del Reglamento 4056/86 en tanto que se presenta como cuestión fundamental antes de abordar su aplicación extraterritorial.

El criterio de conexión utilizado por el artículo 1.2. del Reglamento 4056/86 es la salida o destino en uno o varios puertos de la Comunidad. Una interpretación extensiva de este artículo nos viene dada por MUNARI <sup>505</sup> al considerar que también queda comprendido el simple tránsito en uno o varios puertos comunitarios. Por lo tanto, a la hora de aplicar los artículos 85 y 86 TCE, de acuerdo con las modalidades previstas por el Reglamento, no se va a tener en cuenta el lugar en el que ha sido tomado el acuerdo o práctica restrictiva de la competencia.

De aquí se infiere que, aún cuando el acuerdo o práctica anticoncurrencial haya sido tomado fuera del territorio comunitario, el hecho de que un puerto comunitario sea el lugar de salida o de llegada es suficiente para aplicar el Reglamento 4056/86. Estamos ante una manifestación del principio de la territorialidad objetiva que en numerosas ocasiones, como ya hemos visto, ha sido utilizado por el Tribunal de Justicia de la CE <sup>506</sup>.

El Reglamento comunitario en su aplicación práctica puede encontrarse con una serie de problemas que no son otros que los expuestos en el marco general de la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia: 1. que la aplicación de la normativa comunitaria resulte contraria a los intereses del Estado que se encuentra al otro extremo del tráfico; 2. la negativa de las compañías navieras no comunitarias a ser sometidas a la aplicación de una normativa que no es la del Estado del que son

---

<sup>505</sup> Vid. MUNARI, F., op. ult. cit., p. 233.

<sup>506</sup> En este sentido se manifiesta, entre otros, MUNARI, F., op. ult. cit., p. 234.

nacionales, o, en su caso, la del Estado en el que han sido tomados, o ejecutados, los acuerdos o prácticas anticoncurrenciales.

Ante lo comentado hemos de tener en cuenta que, si bien el Reglamento goza de un ámbito de aplicación extraterritorial que le viene dado por su artículo 1.2 conforme hemos señalado, no cubre el tráfico entre países extracomunitarios. Si tenemos en consideración que en este tipo de tráfico también cabe la posibilidad de encontrarnos con comportamientos anticoncurrenciales que pueden tener como consecuencia la afectación del comercio comunitario, sobre todo impidiendo que las compañías navieras comunitarias entren a formar parte de estos tráficos hay que ver en qué medida la Comunidad puede actuar en defensa de sus navieras. A lo que, a su vez, hay que unir la posibilidad de un probable abuso de posición de dominio en un mercado no comunitario que afecte a este último.

Trataremos a continuación de sistematizar los aspectos de interés en tres puntos: 1. la extraterritorialidad con la que el Consejo ha dotado al Reglamento 4056/86 y los problemas que ello puede plantear en su aplicación práctica; 2. los comportamientos anticoncurrenciales que, si bien se toman en relación con tráficos no comunitarios (entre países terceros), pueden producir efectos en el mercado comunitario; 3. la posibilidad de que compañías navieras, individual o colectivamente, abusen de una posición de dominio en un mercado extranjero causando con ello perjuicios en el mercado comunitario. Estos aspectos son los que pasamos a analizar de manera detallada.

### **1. La extraterritorialidad del Reglamento 4056/86: la previsión contenida en el art. 9.1 ante los posibles problemas de Derecho Internacional.**

De forma análoga a como la Comunidad dotó de extraterritorialidad a la normativa reguladora de las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 TCE, también previó que una aplicación extraterritorial podía comportar una serie de problemas e intentó dar una posible solución a través del artículo 9.1 del Reglamento 4056/86 donde se recoge que:

“en caso de que la aplicación del presente Reglamento a ciertos acuerdos o prácticas restrictivas pudiera entrar en conflicto con las disposiciones legales, normativas o administrativas de determinados terceros países y con ello comprometer intereses comerciales y marítimos importantes de la Comunidad, la Comisión consultará a las autoridades competentes de los terceros países afectados, con miras a conciliar, en la medida de lo posible, los mencionados intereses y el respeto al derecho comunitario...”.

Ante ello, en aquellos casos en los que la decisión de la Comisión vaya dirigida a compañías navieras que, o bien no ostentan ninguna nacionalidad comunitaria, o bien los acuerdos o prácticas anticoncurrenciales hayan sido adoptados en un país tercero, o, incluso, ejecutados en un país no comunitario, la Comisión deberá tener en cuenta una posible colisión con la legislación de terceros países (del país o países de los que son nacionales las compañías navieras o del país donde estas adoptaron o ejecutaron los acuerdos o prácticas).

Una primera lectura del citado art. 9.1 del Reglamento 4056/86 nos lleva inmediatamente a pensar en una de las teorías que analizamos en las consideraciones generales: la teoría del *interest balancing approach*.

En efecto, la doctrina<sup>507</sup> ha planteado la similitud del artículo 9.1 con la teoría indicada. Ante la posibilidad de que este precepto del Reglamento 4056/86 suponga una adhesión de la Comunidad a la teoría anglosajona la respuesta ha sido unánimemente negativa. Ciertamente que nos adherimos a tal posición doctrinal, pero no sólo en base a los argumentos que arguyen<sup>508</sup>. Consideramos que la Comunidad no se limita a una actitud negativa de “no aplicar su propia normativa reguladora del Derecho de la competencia en aras a no interferir en los intereses de terceros Estados”, sino que afronta la protección de los suyos propios, es decir, los intereses del mercado comunitario. De hecho, el artículo, como ya hemos señalado, habla de la colisión entre el Reglamento comunitario y la legislación de terceros Estados que pueda “comprometer intereses comerciales y marítimos importantes de la Comunidad”. Por lo tanto, debe entenderse que su no aplicación, aún cuando se den los presupuestos para aplicarlo, no responde a una negativa de la Comisión a resolver el asunto conforme a su propia normativa en perjuicio del mercado comunitario y en favor de los intereses de otros Estados, sino que, por el contrario, una solución de este tipo resulta más beneficiosa para los intereses del propio mercado. Sin olvidar que las conversaciones y negociaciones deben encaminarse a la consecución de una conciliación, si resulta

---

<sup>507</sup> Vid. MUNARI, F., op. ult. cit., p. 237.

<sup>508</sup> Según MUNARI el artículo que analizamos no parece una adhesión de la Comunidad a la teoría del *interest balancing approach* ya que la valoración de los intereses no llegan en este caso a la naturaleza de obligación jurídica sino que simplemente la Comisión está obligada a llevar a cabo consultas y negociaciones sin tener que llegar a un resultado concreto, así como tampoco está obligada a renunciar a la aplicación del Reglamento.

posible, entre los intereses en presencia y el respeto al Derecho comunitario.

Para la Comunidad no sólo es importante que venga aplicada su normativa reguladora del Derecho de la competencia en el sector de los transportes marítimos sino que la aplicación de la misma no haga peligrar sus propios intereses. Y es que la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia puede implicar un perjuicio, no sólo para las compañías navieras que siendo sancionadas deciden no cumplir la sanción impuesta, y que, por lo tanto, podrían verse apartadas del tráfico en cuestión, sino también para el Estado (o, como en el caso que analizamos, la Comunidad) que ante una aplicación extraterritorial de su propia normativa puede estar afectando los intereses de otros Estados, con lo que las relaciones comerciales entre ambos Estados peligrarían <sup>509</sup>.

## **2. Acuerdos anticompetitivos relativos al tráfico entre países terceros.**

Como venimos señalando a lo largo de este estudio, todos aquellos supuestos que no quedan cubiertos por el ámbito de aplicación, sea material o espacial, del Reglamento 4056/86 están sometidos a la disciplina de los artículos 85 y 86 TCE y la aplicación de los mismos vendrá dada por la vía del régimen transitorio de los artículos 88 y 89 TCE <sup>510</sup>. Es el caso de los

---

<sup>509</sup> El posible enrarecimiento de las relaciones comerciales entre la U.E. y terceros Estados, causadas por el posible “colisión” de intereses, puede implicar un perjuicio para las empresas europeas que operen, o pretendan operar, en el mercado de esos Estados y viceversa.

<sup>510</sup> La sentencia del caso *Ahmed Saeed* reconoce la posibilidad de que el art. 85 TCE venga aplicado, por la vía de los arts. 88 y 89 TCE, a los supuestos que alteran la libertad de competencia aún en el supuesto de que el tráfico, en este caso aéreo, tenga

acuerdos anticompetitivos tomados en relación con el tráfico entre Estados terceros pero causante de efectos en el mercado comunitario.

Para continuar con el análisis de supuestos de este tipo es necesario hacer antes una distinción entre: a) acuerdos o prácticas restrictivas nacidas como consecuencia de medidas adoptadas por un Estado y b) acuerdos o prácticas restrictivas de la competencia nacidas por un acuerdo o contrato entre particulares.

a) Vulneración de la libertad de competencia como consecuencia de las medidas adoptadas por terceros Estados.

En este caso, y aunque se trate de una vulneración del Derecho de la competencia, no sería de aplicación el Reglamento 4056/86. Ello no es debido únicamente al hecho de que estando ante un tráfico entre Estados no comunitarios esta práctica quedaría fuera del ámbito de aplicación espacial del Reglamento, sino también a que los artículos 85 y 86 del Tratado están destinados al comportamiento anticompetitivo de las empresas y, en este supuesto, aunque sí estamos ante unas prácticas lesivas de la competencia, éstas son consecuencia de una serie de medidas impuestas por uno o varios Estados, sea a través de medidas unilaterales o a través de tratados bilaterales o multilaterales en los que no participa la CEE ni ninguno de sus Estados miembros. Por lo tanto, la solución hemos de buscarla en el Reglamento 4058/86 que, en relación a las medidas anticompetitivas

---

salida y destino en países terceros. Al respecto vid. GIARDINA, A., "La disciplina comunitaria del transporte aéreo: gli sviluppi a seguito della sentenza nel caso *Saeed*", Dir. Comm. Int., 1989, pp. 77 - 88, quien pone de manifiesto los posibles problemas que causará la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia comunitario en supuestos de este tipo.



procedentes de las medidas adoptadas por terceros Estados, viene a complementar al Reglamento 4056/86 <sup>511</sup>.

b) Prácticas anticoncurreciales nacidas como consecuencia de acuerdos o contratos entre particulares.

En un supuesto de este tipo estaríamos ante acuerdo, prácticas, o decisiones tomadas por compañías navieras en relación con tráficos totalmente ajenos a los puertos comunitarios. Ello no implica que una situación de este tipo no pueda perjudicar el comercio entre Estados miembros, pero al no quedar dentro del ámbito de aplicación espacial del Reglamento 4056/86 debemos acudir a la aplicación del artículo 85 TCE por la vía del régimen transitorio.

Cabrían tres posibilidades: 1. que todas las compañías navieras que adoptan el acuerdo sean extracomunitarias; 2. que participen tanto navieras comunitarias como no comunitarias; 3. que todas las navieras intervinientes sean comunitarias.

En cualquiera de los tres casos podría producirse igualmente un efecto negativo para la libertad de competencia en la Comunidad. En el caso de que un acuerdo o contrato entre un grupo de compañías navieras no comunitarias dedicadas al tráfico de línea regular entre puertos de terceros Estados cuyo objeto sea evitar que las navieras comunitarias puedan entrar a formar parte de ese tráfico, o, incluso, sin que haya tal intencionalidad se produzca el citado efecto. Es evidente que, una situación de este tipo, supondría un trato discriminatorio para las

---

<sup>511</sup> Acerca de las consecuencias jurídicoprivadas de la aplicación del Reglamento 4058/86 vid. infra.

compañías comunitarias al verse éstas impedidas a la hora de intentar participar en un tráfico entre puertos extranjeros según las reglas de la libre competencia. Una aplicación por parte de la Comunidad de su normativa *antitrust* supondría una protección de sus compañías navieras frente a los comportamientos desleales de empresas extranjeras. El hecho de que el tráfico en cuestión, y las compañías navieras que ponen en práctica el acuerdo colusorio, sean extranjeros no debe ser un impedimento, desde el punto de vista comunitario, para la actuación de su normativa. Y es que si partimos de que las legislaciones *antitrust* nacen, como ya expusimos, para proteger una mercado concreto, en este caso el comunitario, de los efectos anticompetitivos que sobre él recaigan, de cara al comercio internacional debe ocupar un lugar primordial la protección de las propias empresas frente a los comportamientos anticoncurrenciales de aquellas empresas extranjeras que impidan a las propias entrar en determinados mercados.

El impedimento real viene dado desde el punto de vista práctico por los problemas que ya quedaron expuestos en estudio general de la aplicación extraterritorial de la legislación *antitrust*. De tal manera que una aplicación efectiva pasaría por la necesidad de que la/s naviera/s no comunitarias tuviesen en este territorio filiales, sucursales o agencias sobre las que dirigirse, entendiendo que éstas son un todo unitario con la casa madre situada fuera de la Comunidad. Por otra parte, el problema principal vuelve a centrarse sobre la posibilidad de ejecutar efectivamente las medidas adoptadas en base al Derecho comunitario. Si en su momento señalamos que las empresas no comunitarias que se niegan a cumplir sanciones impuestas por la Comunidad en base a su propia legislación deberían plantearse si les conviene hacer caso omiso de la sanción y, con ello, perder un vasto mercado como el comunitario, en el caso planteado en este momento hay que tener en cuenta que las navieras actúan en

mercados terceros y, en momento alguno, tocan puertos comunitarios. En esta situación si no tienen buques destinados a tráficos comunitarios, el hecho de hacer caso omiso a la sanción no tendría ninguna repercusión, salvo un posible enrarecimiento en las relaciones comerciales entre las Comunidad y los países a los que pertenezcan las navieras.

En el supuesto de que la práctica anticoncurrencial se debiera al acuerdo entre compañías navieras comunitarias pero fuese relativo a un tráfico entre puertos extranjeros no cabe duda del interés que pueda tener para la Comunidad. Por una parte, puede tener un interés en tanto que se trata de navieras comunitarias cuyo comportamiento puede afectar a navieras de terceros Estados con la consiguiente posibilidad de que peligren las relaciones comerciales entre la Comunidad y los países de los que son nacionales las empresas afectadas. Por otra parte, porque al tratarse de navieras comunitarias estaríamos ante una falseamiento de la competencia en la propia Comunidad. El hecho de que el acuerdo adoptado por las navieras comunitarias sea ejecutable en un tráfico extranjero no impide que éste pueda provocar efectos en el comercio entre Estados miembros aún cuando estos efectos sean indirectos. No cabe duda acerca de que en este supuesto la aplicación efectiva de la legislación *antitrust* comunitaria no pasaría por los problemas anteriormente expuestos ya que la ejecución de la posible sanción recae sobre empresas que son comunitarias.

### **3. Abuso de posición de dominio en mercados no comunitarios.**

Como ya hemos expuesto, la modalidad de aplicación del artículo 86 TCE nos viene dada por el Reglamento 4056/86. Por lo tanto, un abuso de posición de dominio en el mercado comunitario, o en una parte sustancial de éste, quedaría cubierto por el Reglamento. Ahora lo que nos interesa es ver qué ocurre

cuando la posición de dominio se ostenta fuera del territorio de la U.E. pero el abuso de la misma produce efectos en el mercado comunitario. Estamos ante el supuesto conocido como *leverage*.

La situación puede describirse como sigue: una compañía naviera, o una conferencia marítima, ostenta una posición de dominio en el tráfico entre puertos del Norte de África. Abusando de dicha posición de dominio obligan a los cargadores a que, dado el caso, si necesitan los servicios de una línea entre puertos del Norte de África y puertos comunitarios deberán contratar con dicha/s naviera/s, las cuales tienen una serie de buques destinados a cubrir ese tráfico. De este modo conseguirían eliminar la competencia en el tráfico entre puertos comunitarios y puertos del Norte de África abusando de una posición de dominio ostentada en un tráfico completamente ajeno a la Comunidad.

Ante una situación de este tipo, como señalamos al inicio, no cabe pensar en la aplicación del artículo 86 TCE ya que la posición de dominio se ostenta fuera del Mercado Único, salvo que se hiciese una interpretación extensiva del citado precepto cosa que aún no se ha dado. Otra posible solución sería intentar aplicar el artículo 85 TCE al acuerdo o contrato que ha dado lugar a que las navieras ostenten una posición de dominio. Pero como bien ha señalado MUNARI <sup>512</sup> no siempre una posición de dominio tiene en su base la existencia de un acuerdo. Estamos ante un supuesto en el que resulta difícil dar una solución ya que el propio art. 86 TCE se limita a la hora de ser aplicado <sup>513</sup>.

---

<sup>512</sup> Op. ult. cit., p. 244.

<sup>513</sup> Como vimos al analizar el Reglamento 4056/86 el abuso de posición de dominio puede ostentarse en el mercado comunitario o en una parte sustancial del mismo y

### **III. El Derecho de la competencia comunitario aplicable al sector transportes ante el juez extranjero.**

Hasta ahora hemos venido planteando supuestos en los que el mercado afectado es el comunitario y el procedimiento de denuncia de esta vulneración se lleva a cabo ante la Comisión o, en su caso, ante la autoridad nacional competente de algún Estado miembro, proponiéndose una posible aplicación extraterritorial de la legislación *antitrust* comunitaria al margen de que ésta coincida con la ley rectora del contrato. Ahora bien, qué ocurre si el mercado afectado es igualmente el mercado comunitario pero el procedimiento se inicia ante una autoridad judicial de un tercer Estado. Una situación de este tipo se presentó en páginas anteriores, concretamente en el caso del contrato de suministro celebrado entre un comerciante italiano y un empresario suizo en el que siendo competente el juez suizo, por sumisión expresa de las partes, éste tomó en consideración el art. 85 TCE al ser el mercado comunitario el afectado <sup>514</sup>. Situaciones de este tipo no son de extrañar en el sector del transporte marítimo:

---

producir sus efectos en un mercado distinto a aquel en el que el abuso tiene lugar. La propia jurisprudencia del TJCE admite una posibilidad de este tipo (S.T.J.C.E. ICI - CSC), pero se trata de supuestos en los que la posición de dominio se ostenta siempre en el interior de la CEE. Es evidente que, aún cuando existe una clara conciencia de que el abuso de posición de dominio puede surtir efectos en mercados distintos de aquel en el que el abuso se lleva a cabo, lo que es inviable, es que el legislador comunitario, y en el mismo caso se encontraría los legisladores nacionales, sancionasen el abuso de posición de dominio llevados a cabo en terceros mercados.

<sup>514</sup> Vid. supra.

Así la celebración de un contrato de fidelidad entre un cargador y una naviera, ambos de terceros Estados, por el cual el cargador queda sujeto a contratar durante un determinado período de tiempo única y exclusivamente con esta naviera, no sólo para transportar mercancías en la ruta para la que se contrató, ruta entre puertos de Estados no comunitarios, sino también para todas aquellas rutas en las que la naviera tenga buques. Una de estas rutas puede tocar puertos comunitarios y el cargador se vería imposibilitado para poder contratar, si así le interesa, con una naviera comunitaria. Por lo tanto, una situación que, inicialmente, no guarda ninguna relación con el marco comunitario puede desembocar en una afectación de este mercado en el ámbito de la libre competencia. En el caso de que las partes, cargador y transportista, se hubiesen sometido a la jurisdicción de un tercer Estado, que resolvería los litigios derivados del contrato, ésta se encontraría con un mercado afectado que no es el del foro <sup>515</sup>.

Ante una situación como la expuesta debemos tener en cuenta que el Reglamento 4056/86 concede competencia exclusiva a la Comisión y, en su caso, a las autoridades nacionales para la aplicación de la legislación comunitaria *antitrust*, y que los tráficos no comprendidos en el ámbito de aplicación de este Reglamento quedan sujetos a la aplicación de la legislación *antitrust* por la vía del régimen transitorio y, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, no cabe una aplicación del Derecho comunitario de la competencia por parte de la jurisdicción

---

<sup>515</sup> Teniendo en cuenta que partimos de un supuesto en el que el contrato para el transporte de mercancías se ha celebrado para cubrir un tráfico entre puertos no comunitarios no es de extrañar que las partes se hayan sometido a la jurisdicción de un Estado no comunitario o, incluso, que así resulte en caso de no sometimiento y la competencia judicial venga determinada por otras vías del D.I.Pr.

ordinaria, salvo el art. 85.2 TCE siempre contando con una previa declaración en el sentido del art. 85.1 por parte de la Comisión o de la autoridad nacional competente <sup>516</sup>.

Esto supone que la aplicación de la legislación comunitaria sobre el Derecho de la competencia al sector del transporte marítimo (y aéreo), sólo puede llevarse a cabo previa declaración administrativa de existencia de una vulneración en el sentido expuesto por el art. 85.1 TCE. De esta manera aún cuando el juez de un tercer Estado determine que el mercado afectado es el comunitario no podrá aplicar la dimensión civil de la legislación *antitrust* comunitaria.

De este modo la aplicación de la legislación *antitrust* comunitaria al sector del transporte marítimo por parte de una autoridad judicial de un tercer Estado resulta imposible, no ya por la naturaleza de la norma, tampoco porque ésta no pertenezca al ordenamiento jurídico del foro, o porque perteneciendo a la *lex contractus* es contraria al orden público del foro, sino porque la propia jurisprudencia del TJCE ha cerrado la posibilidad de su aplicación por parte de la jurisdicción ordinaria de los Estados miembros si no existe una previa declaración administrativa en el sentido establecido por el art. 85.2 TCE, y con ello entendemos que también se niega a la jurisdicción ordinaria de terceros Estados.

Por ello, si bien planteamos el análisis de la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia comunitario desde la perspectiva de una doble función: como supuesto de hecho, toma en consideración, y como norma aplicable en un

---

<sup>516</sup> Vid. *supra* donde se han analizado los casos *Ahmed Saeed y Nouvelles Frontières*.

procedimiento aún cuando éste se lleve a cabo ante la jurisdicción de un tercer Estado, hay que concluir que un razonamiento de este tipo, en el sector del transporte marítimo, no cabe ya que la única posibilidad en el sector del transporte marítimo es que la legislación comunitaria *antitrust* sea tomada en consideración como presupuesto de hecho del litigio, o como supuesto de la norma que resulte aplicable al caso.

Ahora bien, la línea jurisprudencial adoptada por el TJCE en los ya citados casos *Ahmed Saeed* y *Nouvelles Frontières* responde a una serie de motivos de carácter político, para algunos, mientras que otros han intentado buscar motivos de carácter jurídico <sup>517</sup>. Desde el punto de vista que a nosotros nos interesa hay que extraer dos conclusiones importantes, al menos desde la óptica del cumplimiento del fin de este tipo de norma: la instauración, y sobre todo, protección de una estructura de mercado basada en el juego de la libertad de competencia. La primera consecuencia es la dificultad con la que se encuentra la jurisdicción ordinaria de los Estados miembros en la aplicación de la legislación *antitrust* comunitaria al transporte marítimo internacional. Esta dificultad supone la pérdida de celeridad a la hora de sancionar las conductas anticoncurrenciales en detrimento del propio mercado comunitario del transporte marítimo. La segunda consecuencia es fruto de la primera: si no se admite la actuación de la jurisdicción ordinaria comunitaria en materia de competencia —aplicación del Derecho comunitario de la competencia— sin una previa declaración administrativa de ilicitud, no tendrá ningún fundamento, ni jurídico ni de ninguna otra índole, la aplicación de este tipo de normativa por parte de un juez de un tercer Estado, aún cuando se limite a la aplicación de la dimensión civil.

---

<sup>517</sup> Vid. BASEDOW, J., "National authorities...", op. cit., pp. 342 y ss.



La solución deberá venir dada por la misma vía que se ha ido utilizando para la aplicación de la legislación *antitrust* comunitaria a otros sectores del comercio. Esta vía no es otra que la jurisprudencial, marcada por el TJCE, y a través de los intentos, más que nada de la Comisión que, a través de informes y comunicaciones dirigidos a los demás órganos comunitarios ha ido aportando soluciones al respecto desde una posición aperturista. No en vano, la propia Comisión adoptó una posición favorable a la actuación de la jurisdicción ordinaria, en el sector de los transportes, en los dos casos con los que hemos trabajado: *Ahmed Saeed* y *Nouvelles Frontières*.

Otra vía puede conseguirse a través de una reforma del Reglamento 4056/86, ya propuesta en el ámbito comunitario, en la que se deben tener en cuenta dos aspectos:

a) En primer lugar, una ampliación del ámbito de aplicación del Reglamento, a falta de uno propio para aquellos supuestos no recogidos en el mismo. Podría pensarse en una ampliación que, más que nacer con el ánimo de incluir el tráfico de cabotaje u otras modalidades no comprendidas actualmente en el Reglamento, se enfocase hacia la inclusión de la vulneración de la competencia en el mercado comunitario proveniente de tráfico entre puertos de Estados terceros. Una modificación en esta orientación implicaría un abandono del criterio de la territorialidad objetiva en favor del criterio de los efectos en el sentido más puro del mismo. Ahora bien, entendemos que el hecho de que la Comunidad haya excluido de su ámbito de aplicación las vulneraciones a la competencia provenientes de este tipo de tráfico no se debe ni a un olvido, ni a un rechazo al criterio de los efectos en el campo del tráfico marítimo internacional. En todo caso, creemos que puede deberse a una consciencia, más que justificada, de la falta de efectividad real que

una solución de este tipo puede tener en el sector del transporte, al menos mientras no exista una cooperación internacional, vía convenio, en materia de competencia en la que se incluya al sector del transporte internacional. No cabe duda que, en caso de que el tráfico toque puertos comunitarios, la ejecución de la sanción es más factible puesto que si la naviera sancionada no hace frente a la sanción deberá abandonar el tráfico. Por el contrario, si la ruta no tiene ni salida ni destino o, en su caso, escala, en puertos comunitarios no sólo resultaría arduo ejecutar la sanción sino que además la naviera no se vería en la tesitura de tener que abandonar ninguna ruta del tráfico.

b) En segundo lugar, podría pensarse en una modificación del Reglamento en la que se tendiese a ampliar las funciones de la jurisdicción ordinaria. Concretamente, seguir la línea ya abierta en todos los niveles para una mayor participación de la jurisdicción ordinaria en la aplicación del Derecho comunitario de la competencia en otros sectores de la economía, eliminando el requisito previo de la declaración administrativa, si bien manteniéndose una coordinación entre ésta y las autoridades administrativas nacionales y la Comisión.

Por lo tanto, ante las dificultades que se plantean a la hora de la aplicación de las normas de intervención extranjeras, y en concreto las legislaciones *antitrust*, pueden hacerse las siguientes puntualizaciones:

1. Cuando la vulneración de la competencia tiene su origen en una relación contractual, el apoyo a la aplicación de las normas sobre competencia, tanto si pertenecen al ordenamiento de la *lex causae*, como si pertenecen a un tercer Estado, viene dado por el artículo 7 del Convenio de Roma. Por otra parte, cuando esta vulneración del mercado proviene de la realización de ciertas prácticas llevadas a cabo por los operadores del mercado, como

puede ser, en el caso del transporte marítimo, la práctica conocida como buques de lucha, la solución puede venir dada por la incorporación de la técnica bilateral, para los supuestos de responsabilidad extracontractual, como se formula en la legislación suiza. Con todo, estas dos soluciones no resuelven las dificultades ya enumeradas: pluralidad de mercados afectados, dificultad práctica de entrar a conocer el ámbito de aplicación de todas y cada una de las leyes en presencia, etc. Pero sí es cierto que, cuanto menos, el juez tiene un apoyo jurídico indiscutible que respalda, como mínimo, la toma en consideración de la legislación *antitrust* extranjera.

2. En el sector del transporte marítimo internacional el problema de la protección de la competencia en el ámbito comunitario se presenta, si cabe, aún más complejo que en el resto de los mercados. Para empezar, existen verdaderas dificultades para la aplicación del Derecho de la competencia comunitario por parte de la jurisdicción ordinaria, aún cuando el supuesto involucre únicamente a Estados miembros. Ésto viene a provocar dos problemas: por una parte, la lentitud a la hora de aplicar este tipo de normas y las mayores dificultades para las compañías navieras y los usuarios que, en cualquier caso, deberán iniciar el procedimiento ante la Comisión en lugar de hacerlo ante la jurisdicción ordinaria del Estado miembro que resulte competente. Por otra, se cierra la puerta a la simple toma en consideración de las normas comunitarias sobre competencia por parte de la jurisdicción ordinaria de terceros Estados.

## **CONCLUSIONES**

1. La organización del mercado del transporte marítimo internacional de línea regular, y en general la organización de cualquier otro mercado, es siempre una cuestión compleja. Así, aquello que se entiende por organización o estructuración del mercado dependerá de las circunstancias económicas, sociales o políticas de cada momento. A su vez, abordar un tema de esta índole requiere constantes remisiones a otras disciplinas jurídicas, sin que por ello quede mermado el carácter internacionalprivatista del estudio. De esta forma, estas remisiones vienen a suponer el análisis del amplio marco jurídico en el que se producen las consecuencias jurídico-privadas que constituyen el eje central del trabajo.

2. Teniendo en cuenta la complejidad del tema, hemos optado por llevar a cabo una exégesis del contenido de la normativa de la UNCTAD y de los Reglamentos comunitarios como paso previo del estudio de sus consecuencias jurídico-privadas.

Entedemos que es del todo necesario iniciar la investigación con el estudio del Derecho material en la medida en que a su través se pone de manifiesto tanto las lagunas en que incurren alguno de estos textos, como la aplicación de los mismos a lo largo de la experiencia jurisprudencial comunitaria, constituyendo éste el objeto de estudio de la Primera Parte de la tesis.

De esta forma, se facilita el análisis de las consecuencias jurídico-privadas derivadas de estas normas de intervención, contenido de la Segunda Parte de la tesis, ya que contamos con un amplio conocimiento no sólo del contenido normativo, sino también de las distintas situaciones en las que pueden

encontrarse los operadores del tráfico —transportistas y usuarios— ante la aplicación de estas normas.

3. La aparición del tráfico de línea regular, y la posterior organización de las navieras que prestan este tipo de servicios en conferencias marítimas, da lugar a constantes vulneraciones de competencia en el mercado. A su vez, se van incrementando las diferencias entre las navieras conferenciadas y los *outsiders* y servicios *tramps*, así como aumenta el desequilibrio contractual entre las conferencias y los usuarios. Ante esta situación el fenómeno intervencionista empieza a actuar sobre el mercado del transporte marítimo internacional de línea regular. Como afirmamos en el Capítulo III, a pesar de que la posición de los *outsiders* en el mercado se ha ido reforzando, las conferencias marítimas siguen manteniendo un destacado papel en la organización del transporte marítimo de línea regular ya que todo estudio que se haga de este mercado pasa, necesariamente, por el análisis de esta figura.

4. Resulta innegable que, en el caso que nos ocupa, los intereses en presencia son múltiples, sean públicos o privados. Así, la estructuración del mercado del transporte marítimo internacional debía pasar, inevitablemente, por la conciliación de estos intereses. El Código UNCTAD, encargado de organizar el transporte marítimo de línea regular conferenciado, es la primera manifestación de solución conciliadora. De esta forma, y en la medida de lo posible, se conjugaron los intereses de los países en vías de desarrollo y los países industrializados con gran capacidad competitiva en el sector del transporte marítimo. Por otra parte, en el marco de la U.E. la conciliación se produjo entre los países con distinto potencial marítimo. A su vez, en ambos casos siempre estuvo presente la necesidad de alcanzar una vía de pacificación entre los intereses privados en presencia, es decir, los de las compañías navieras y aquellos de los cargadores.

Asimismo, al hablar de los intereses en presencia hemos de tener en cuenta que tanto unos como otros se mueven en dos planos: por una parte, el jurídico en la medida en que la nueva realidad del transporte marítimo internacional de línea regular necesitaba una regulación normativa que garantizase la igualdad de condiciones entre las compañías navieras y el equilibrio contractual entre éstas y los cargadores. Aún cuando nuestra investigación se ciñe a la perspectiva jurídica consideramos imposible desligarla del aspecto económico.

5. De esta forma, nos encontramos con dos estructuras de mercado que coexisten entre si: aquella establecida a nivel internacional por el Código UNCTAD, y la estructura comunitaria. Del Código consideramos que hay que destacar los siguientes aspectos: por una parte el hecho de que se haya recogido en un Convenio internacional; por otra, la innegable influencia de este Convenio en posteriores soluciones adoptadas en el marco internacional, especialmente en los acuerdos bilaterales suscritos por Estados que no son Parte del Código. Asimismo, y en relación a su contenido, el Código establece la práctica totalidad del contenido del acuerdo de conferencia y, a su vez, determina la celebración de consultas y negociaciones entre conferencias y cargadores ante la celebración de los contratos de transporte. De esta forma, y como queda reflejado en el Capítulo IV, se modela la autonomía de la voluntad de las partes en aras a la consecución de un mercado basado en la libre competencia y en la igualdad naviera/cargador.

6. Por otra parte, nos encontramos ante la organización del mercado establecida por la U.E. Las pretensiones de ésta se centran en el respeto a los principios y libertades comunitarias en el tráfico interno, intracomunitario, e internacional. El establecimiento de una estructura de mercado por parte de la

U.E. no ha sido fácil: Por una parte, por las dificultades que supone encontrar un acuerdo entre todos los Estados miembros ante un sector como el marítimo de innegable interés económico. Por otra, la U.E. no podía quedar ajena a la organización del transporte marítimo conferenciado establecida por el Código UNCTAD. Así, de las medidas adoptadas por la U.E. es necesario hacer especial hincapié en el Reglamento 954/79, a través del que se pretende que los Estados miembros adopten una posición común ante el Código UNCTAD. De esta forma la adhesión de los Estados comunitarios al Código va acompañada de una serie de reservas con las que en el ámbito comunitario se espera que queden debidamente garantizados los principios comunitarios que podrían verse vulnerados como consecuencia de la adhesión de los Estados miembros.

A nuestro juicio, y como afirmamos en el Capítulo V, el legislador comunitario con la adopción de este Reglamento se anticipa a lo que posteriormente se recoge en el Tratado de Maastricht (artículos K 3 y K5) respecto a la coordinación de los Estados miembros en relación a la cooperación judicial en materia civil, y la adopción de posiciones comunes a mantener por los quince en las organizaciones internacionales. De esta forma, nos encontramos con una acción coordinada fijada a través del Reglamento. Con él no se obliga a los Estados miembros a adherirse al Código, simplemente se establecen los parámetros dentro de los que ha de llevarse a cabo la adhesión. La aplicación inmediata del Reglamento supone, por otra parte, una garantía de celeridad en cuanto a la actuación de los Estados miembros ante los Convenios internacionales adoptados fuera del marco comunitario.

7. Una de las pretensiones comunitarias a la hora de responder al contenido del Código por la vía del Reglamento 954/79 fue la protección del principio de no discriminación por



razón de la nacionalidad (ex. art. 7 TCE). De esta forma, los Estados comunitarios que se han adherido al Código han dictado las leyes relativas a su aplicación y en ellas ha tenido que conjugar los criterios de conexión utilizados por el Código —oficina principal de dirección y control efectivo— con la reserva del Reglamento encaminada a proteger el artículo 7 TCE y el principio de libertad de establecimiento.

En este caso también salen a relucir las necesidades de los Estados miembros con menor potencial marítimo. Así, estos países, en su legislación, además de los criterios de conexión del Código exigen el abanderamiento es ese Estado y, en algunos casos, esta obligación abarca también aquellas empresas navieras que hacen uso del derecho de establecimiento. Como ponemos de manifiesto en el Capítulo VI entendemos que el pabellón del buque como criterio de conexión cuando se utiliza exigiendo que el abanderamiento sea en el país que legisla, y no en cualquier Estado miembro, produce un efecto contrario a las pretensiones comunitarias de no discriminación por razón de nacionalidad. Por este motivo proponemos la utilización del pabellón como criterio de refuerzo a conjugar con las exigencias del Código y del Reglamento 954/79 pero siempre que se utilice en sentido amplio entendiendo como válido el abanderamiento en cualquier Estado miembro.

8. La actuación comunitaria en relación al transporte marítimo internacional no se ciñe únicamente a la acción conjunta en el marco de la UNCTAD. Por el contrario, siempre por la vía del Reglamento, la U.E. ha desarrollado el principio de libre prestación de servicios (Reglamento 4055/86), la aplicación de los artículos 85 y 86 TCE al sector del transporte marítimo internacional (Reglamento 4056/86), la represión de la práctica de tarifas desleales (Reglamento 4057/86), así como ha desarrollado libre acceso al tráfico transoceánico (Reglamento

4058/86). Con este conjunto de Reglamentos la U.E. pretendió desarrollar la aplicación de determinados principios comunitarios al sector del transporte marítimo internacional como una manifestación de integración comunitaria *ad extra*. Ahora bien, como se ponemos de manifiesto en el Capítulo VII, consideramos que en esta integración primó en exceso las diferencias entre los Estados miembros y el afán de aquéllos con mayor potencial marítimo de no perder competencias en este sector. De esta forma, una buena parte de las soluciones alcanzadas responden a la búsqueda de soluciones intermedias y adolecen de la claridad jurídica necesaria.

9. La intervención del mercado por la vía del Código UNCTAD ha supuesto el establecimiento de un marco dentro del que deben llevarse a cabo la relación entre las compañías navieras. Frente a la línea de pensamiento que estima que con el Código se obtiene un ejercicio de la autonomía privada en su máxima potencialidad, nosotros consideramos, y así queda reflejado en el Capítulo VIII, que estamos ante un uso de la autonomía privada dirigido hacia la consecución de unos objetivos de índole macroeconómico. Se pretende que el ejercicio de esta autonomía no interfiera en el equilibrio del mercado que, a través de Código, se pretende alcanzar. Esta afirmación la hacemos en base a que la práctica totalidad del contenido del contrato de conferencia viene predeterminado por la normativa de la UNCTAD y responde a las pretensiones y objetivos establecidos a nivel interestatal. De esta forma, desde que por motivos económicos, sociales, etc., las pretensiones perseguidas sean otras, el ejercicio de la autonomía privada se encauzará por la vía que responda a los nuevos objetivos.

10. A su vez, la intervención de este mercado, principalmente por parte de la U.E., nos viene a plantear una serie de cuestiones: en primer lugar, las consecuencias jurídico-privadas derivadas de

la aplicación de los Reglamentos comunitarios, a los que hemos considerado normas de intervención conforme defendemos en el Capítulo VIII. Concretamente, las que derivan de la aplicación de los Reglamentos nº 4056, nº 4057 y nº 4058. En segundo lugar, los problemas que se originan a la hora de aplicar este tipo de normas, especialmente las relativas al Derecho de la competencia —Reglamento 4056 y artículos 85 y 86 TCE por la vía transitoria prevista en los artículos 88 y 89 TCE— ya que éstas son las únicas que, ante el juez de un tercer Estado, se presenta con la posibilidad de realizar una función de enunciado prescriptivo.

11. En cuanto a las consecuencias jurídico-privadas derivadas de la aplicación de los Reglamentos comunitarios, entendemos que la propia naturaleza de este tipo de normas deja amplios espacios para que aún aplicándose no se consiga el efecto útil perseguido. Hemos de tener en cuenta que estamos ante normas de naturaleza pública que en modo alguno pueden ser aplicadas por las autoridades administrativas o judiciales de terceros Estados, así como tampoco éstas podrían ejecutar las sanciones que este tipo de normas contienen —imposición de derechos correctores, cánones, fianzas, etc.—. De esta forma, las empresas navieras que sean sancionadas, o teman serlo, podrán barajar distintas alternativas para eludir la “intervención”.

Evitar la aplicación de los Reglamentos comunitarios por la vía de la elección de la ley aplicable al contrato se presenta del todo imposible ya que estamos ante normas de intervención. En todo caso cabe pensar en un intento, por parte de la naviera, de encaminar la elección de ley hacia un ordenamiento jurídico que contemple la teoría de la imprevisión y que, en su caso, la imposición de alguna de las sanciones contenidas en los Reglamentos se llegase a considerar como modificación de las circunstancias iniciales en las que se celebró el contrato y, por tanto, llegar a la modificación del mismo. Ahora bien, las navieras

tienen otro tipo de alternativas para eludir la norma de intervención como las desviaciones del tráfico hacia terceros Estados, o el abandono de la ruta marítima por parte de la compañía naviera sancionada. Así, desde el momento en el que se produce un efecto negativo sobre el mercado comunitario se aplicaría el Reglamento correspondiente pero no se ejecutaría la sanción prevista por la norma. Por su parte, hay que tener en cuenta que al mismo tiempo los cargadores se quedarían únicamente con la posibilidad de emprender las acciones legales oportunas.

En esta línea de pensamiento afirmamos, en el Capítulo VIII, que la intervención del mercado puede alcanzar el fin previsto, es decir, el establecimiento de un mercado basado en principios como la libertad de competencia, represión del *dumping*, etc. Pero, a su vez, hacemos especial hincapié en el hecho de que las tácticas de las empresas navieras y la propia dinámica del mercado pueden poner en peligro los fines perseguidos ya que pueden jugar con la imposibilidad de que estas normas sean aplicadas, o las sanciones ejecutadas, por autoridades judiciales o administrativas de terceros Estados.

12. En relación a la aplicación del Derecho de la competencia al transporte marítimo internacional, partimos de considerar que estamos ante normas unilaterales en sentido estricto, aplicables toda vez que se da el efecto negativo sobre el mercado que protegen. Cuando se regula la defensa de la competencia se tiene en cuenta lo que en ese momento se entiende por orden concurrencial de acuerdo con la política económica seguida por el legislador facultado para proteger el mercado nacional o, en su caso, comunitario.

Ahora bien, el carácter internacional del transporte marítimo hace que las actuaciones que provocan el desorden

concurrential escapen a la aplicación de la legislación *antitrust* protectora del mercado vulnerado. El criterio de los efectos, comúnmente seguido por los legisladores, supone una ampliación de la posible actuación de las normas sobre competencia ya que permite la aplicación de la legislación encargada de proteger el mercado toda vez que sobre él recaen efectos contrarios a la libertad de competencia, sean directos, indirectos o potenciales, con indiferencia del lugar en el que se haya adoptado el acuerdo, el lugar en el que se haya ejecutado, o la nacionalidad de sus autores. Hasta ahora, la jurisprudencia comunitaria ha venido haciendo alusiones al criterio de los efectos pero, finalmente, ha resuelto apoyándose en otros criterios, menos discutidos, como es el lugar de ejecución del contrato. Aún corriendo el riesgo de que el criterio de los efectos, por sí sólo, pueda ser discutido en el ámbito internacional, en el Capítulo IX proponemos su aplicación con independencia de otros criterios. En definitiva, los efectos, como punto de conexión, debe desvincularse del lugar de ejecución; así, el mercado afectado puede quedar debidamente protegido ante un acuerdo que, no sólo se haya tomado en otro Estado, sino que además se haya ejecutado fuera del mercado afectado.

13. La primera dificultad que se presenta, a la hora de aplicar la legislación *antitrust* es la relativa a la realización de las distintas etapas procesales que requieren actuaciones en terceros Estados — notificaciones, práctica de pruebas, etc.—, y una vez aplicada la normativa sobre competencia, que se ejecute la solución adoptada cuando esta recae sobre sujetos que se encuentran fuera del territorio comunitario. La solución pasa necesariamente por la cooperación a nivel internacional, preferiblemente por la vía del Convenio. Es, sin duda, una solución compleja en la medida en que los Estados que entrasen a formar parte de este Convenio deben partir de una concepción similar en cuanto a qué debe entenderse por orden concurrential

y cuáles deben ser los principios inspiradores de este orden. A su vez, no hay que olvidar la falta de reciprocidad que con frecuencia caracteriza la búsqueda de soluciones a nivel interestatal en materia de comercio. Aún así, en el Capítulo IX consideramos que una solución de este tipo se presenta como la más adecuada ya que, ante un problema que se plantea como consecuencia del marcado carácter internacional de las prácticas comerciales, no se puede buscar soluciones en el ámbito interno de los Estados.

14. La aplicación del Derecho de la competencia extranjero, en su dimensión civil, por parte del juez del foro se presenta como la siguiente cuestión a tener en cuenta. Es necesario partir del presupuesto de que estamos ante una norma de dirección que puede pertenecer al ordenamiento jurídico de la *lex contractus* o al ordenamiento

jurídico de un tercer Estado. En cualquiera de los dos supuestos la aplicación de las normas de intervención ajenas al ordenamiento jurídico del foro encuentra apoyo en las distintas interpretaciones aportadas por la doctrina acerca del artículo 7 del Convenio de Roma. Sin embargo, son dos las cuestiones en que nos hemos centrado: la existencia de un auténtico conflicto de legislaciones *antitrust* y la pluralidad de mercados afectados.

15. En relación a la existencia de un auténtico conflicto de normas sobre competencia entendemos que es posible. Hasta ahora se ha venido planteando como un conflicto entre la legislación sobre competencia protectora del mercado afectado y la ley rectora del contrato causante de la vulneración del orden concurrencial. Sin embargo, en el Capítulo IX consideramos que, además de este supuesto, puede hablarse de conflicto de leyes siempre que se presente una pluralidad de mercados afectados y, en consecuencia, concurren tantas leyes como mercados.

16. Ante una pluralidad de mercados afectados optamos por la aplicación simultánea de las leyes protectoras de todos y cada uno de los mercados, si bien somos conscientes de las dificultades prácticas que ello conlleva. El hecho de optar por esta vía se debe a que si el mercado del foro está entre los afectados la ley que lo protege debe ser aplicada pero, a la vez, no quedarían desprotegidos los demás mercados. En definitiva es una forma de no dar prioridad a un mercado respecto a los demás. El fundamento jurídico necesario para que el juez del foro pueda plantearse la aplicación de la dimensión civil de la legislación *antitrust* de un tercer Estado ha encontrado una posible solución con la integración de la técnica bilateral en las legislaciones sobre competencia en la línea abierta por la legislación suiza. Es una solución que sigue dejando pendiente los problemas prácticos ante los que puede encontrarse el juez del foro pero es cierto que supone un paso importante por el apoyo jurídico que ofrece a una solución de este tipo.

17. La dificultad añadida que presenta el sector del transporte viene dada por el hecho de que la aplicación de la dimensión civil de la legislación *antitrust* —artículo 85.2 TCE— debe venir precedida, inevitablemente, por una declaración administrativa bien de la Comisión o, en su caso, de la autoridad competente para aplicar las normas sobre competencia. De esta forma, si el juez de un tercer Estado entra a conocer de un asunto en el que se plantea la resolución de las cuestiones civiles derivadas de un comportamiento anticoncurrencial, cuyos efectos han recaído en el mercado comunitario, no será suficiente con que compruebe el ámbito de aplicación material de las normas comunitarias sobre competencia sino que, inevitablemente, deberá contar con la declaración administrativa pertinente. Como solución a esta situación se propone, en el Capítulo X, una modificación de los planteamientos comunitarios sean jurisprudenciales o los que establece la Comisión en sus informes.

La U.E. ha demostrado un aperturismo encaminado a incrementar la actuación de la jurisdicción ordinaria en asuntos relativos a la competencia, y ganar con ello en celeridad jurídica. Ahora bien, de estos planteamientos queda excluido el sector transporte lo que nos lleva, nuevamente, a tener en consideración los intereses de los distintos Estados, según sea su potencial marítimo, y las dificultades que conlleva un acuerdo en este sentido.



## **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

## 1. LIBROS Y MONOGRAFÍAS.

- AGUILAR NAVARRO, M., *Ensayo de delimitación del Derecho Internacional Económico*, Madrid, 1972.
- ALMAGRO NOSETE, J. - GIMENO SENDRA, V. - CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. - MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal, T.I (V.I) Parte General, Proceso Civil*, 6ª ed., Madrid, 1992.
- ÁLVAREZ RUBIO, J.J., *Los foros de competencia judicial internacional en materia marítima (estudios de las relaciones entre los diversos bloques normativos)*, San Sebastián, 1993.
- ARMIJON, *Précis de Droit International Privé commerciale*, Paris, 1948.
- ARROYO MARTÍNEZ, I., *Estudios de Derecho Marítimo*, V. II, Madrid, 1995.
- ASSONITIS, G., *Réglementation internationale des transports maritimes dans le cadre de la CNUCED*, Genève, 1991.
- AURIOLES MARTÍN, A. *Conferencia marítimas*, Valencia, 1998.
- BAENA BAENA, P.J., *La política comunitaria de los transportes marítimos*, Madrid, 1995.
- BRITO MONCADA, J.R., *Derecho Internacional Económico. Perspectiva histórica, económica, política y jurídica*, México, 1982.
- CARBONE, S.M., *La disciplina giuridica del traffico marittimo internazionale*, Bologna, 1982.
- CARBONE, S.M. - MUNARI, F., *Regole e organizzazione dei trasporti marittimi internazionali*, Milano, 1990.
- CARBONE, S.M. - LUZZATTO, R., *Il contratto internazionale*, Torino, 1994.
- CARRILLO SALCEDO, J.A., *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Madrid, 1983.
- DEVESCOVI, F., *Le conferenze marittime come strumento di collaborazione tra imprese*, Milano, 1986.
- DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I, Introducción Teoría del contrato*, 4ª ed., Madrid, 1993.

- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, V.II, 4ª ed., Madrid, 1986.
- DONATIS DE, A., *La validità delle conferences nel sistema dei trasporti marittimi internazionali*, Chieti, 1989.
- DRAETTA, U., *Il Diritto dei contratti internazionali. Patologia dei contratti*, Padova, 1988.
- DUTOIT, B., *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Bâle et Francfort -sur-le-Main, 1996, pp. 374 - 378.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. - CALVO CARAVACA, A. L., *Derecho Mercantil Internacional*, 2ª ed., Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. - SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho Internacional*, 3ª ed., Madrid, 1996.
- GARCÍA LUENGO, R. - SOTO VÁZQUEZ, R., *El nuevo régimen jurídico de la Sociedad Anónima (Comentarios y Jurisprudencia)*, Granada, 1991.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Contratación internacional y medidas de coerción económica*, Madrid, 1993
- GOLDMAN, B. - LYON CAEN, A., *Derecho Comercial Europeo*, Madrid, 1983.
- GOLDMAN, B. - LYON CAEN, A. - VOGEL, L., *Droit commercial européen*, 5ª ed., París, 1994.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. y otros, *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, 6ª ed., Madrid, 1995.
- GUARDANS CAMBÓ, I., *Contrato Internacional y Derecho imperativo extranjero*, Pamplona, 1992.
- JACQUET, J.M., *Le contrat international*, París, 1992.
- LÓPEZ GARRIDO, D., *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Madrid, 1986.
- LOUSSOUARN, Y - BREDIN, J.D., *Droit du Commerce International*, París, 1969.
- MANFRINI, R., *Il traffico marittimo nel Diritto Comunitario*, Torino, 1994.

- MARÍA ÁVILA, A. - CASTILLO URRUTIA, J.A. - DÍAZ MIER, M., *Regulación del comercio internacional tras la Ronda de Uruguay*, Madrid, 1994.
- MARQUES DOS SANTOS, A., *As Normas de Aplicação Imediata no Direito International Privado*, Coimbra, 1991.
- MIAJA DE LA MUELA, A. *Ensayo de delimitación del Derecho Internacional Económico*, Valencia, 1971.
- MUNARI, F., *Il Diritto Comunitario antitrust nel commercio internazionale: il caso dei trasporti marittimi*, Padova, 1993.
- OLIVA DE LA, A. - FERNÁNDEZ, M.A., *Derecho Procesal Civil I*, 3ª ed., Madrid, 1992.
- OSMAN, F., *Les principes généraux de la lex mercatoria*, Paris, 1992
- PATOCCHI, P.M. - GEISINGER, E., *Code D.I.P. Annoté*, Lausanne, 1995.
- PÉREZ BEVIÁ, J.A., *La aplicación del Derecho Público extranjero*, Madrid, 1989.
- PÉREZ VERA, E. - ABARCA JUNCO, P. - CALVO CARAVACA, A. L. - GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. - VIRGÓS SORIANO, M., *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., Madrid, 1992.
- PÉREZ VOITURIEZ, A., *Las Sociedades Multinacionales y los Sindicatos mundiales ante el Derecho Internacional*, Madrid, 1981.
- RANOUIL, V., *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, París, 1980.
- RUIZ ZOROA, J.M. - ZABALETA SARASUA, S. - GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M., *Manual de Derecho del transporte marítimo*, Vitoria, 1986.
- SANTAMARIA, A., *Diritto Commerciale Comunitario*, Milano, 1990.
- STEINER, J., *Manual básico de legislación de la CEE*, Bilbao, s.f.
- URÍA R., *Derecho Mercantil*, 20ª ed., Madrid, 1993.
- VIRGÓS SORIANO, M., *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Madrid, 1993.

## **2. ESTUDIOS PUBLICADOS EN OBRAS COLECTIVAS Y REVISTAS ESPECIALIZADAS.**

- ABBATI DEGLI, C., “Il codice di condotta delle conferenze marittime e il Trattato di Roma”, *Dir. Mar.*, 1976, pp. 309 - 313.
- AGUILAR NAVARRO BENÍTEZ DE LUGO, M., “La cooperación internacional como objetivo del Derecho Internacional Privado”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz 1991*, Bilbao, 1992, pp. 171 - 225.
- ARENAS GARCÍA, R. “La *lex societatis* en el Derecho de las sociedades internacionales” *Derecho de los Negocios*, 1996, núm. 70/71, pp. 11 - 26.
- ARROYO MARTÍNEZ, I., “Reflexiones entorno a la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante de 1992”, *A.D.M.*, V. XI, 1994, pp. 21 - 92.
- ARROYO MARTÍNEZ, I. - BOET, E. “Conferencias marítimas y Código de conducta”, *A.D.M.*, 1997, VOL. XIV, pp. 17 - 64.
- ASÍN CABRERA, M.A., “La technique des règles spéciales de rattachement dans les Conventions de La Haye de Droit international: répercussions dans le Droit International Privé espagnol”, *Permeabilité des ordres juridiques. Rapports présentés à l'occasion du colloque-anniversaire de l'Institut Suisse de Droit Comparé*, Zurich, 1992, pp. 265 y ss.
- AUSSANT, J., “Cabotage and the Liberalisation of the Maritime Services Sector”, *Eur. Trans. Law.*, 1993, pp. 337 - 351.
- BADIALI, G., “Le droit international privé des communautés européennes”, *R. des C.*, 1985 - II, t. 191, pp. 9 - 182.
- BAENA BAENA, P.J. - VILA DE BENAVENT, R., “CEE: La política comunitaria de los transportes marítimos (1992)”, *A.D.M.*, V. XI, 1994, pp. 717 y ss.
- BASEDOW, J., “National Authorities in European Airline Competition Law”, *E.C.L.R.*, 1988, pp. 342 - 353.
- “Conflits of economic regulations”, en *Principios, objetivos y métodos del Derecho internacional privado. Balance y perspectivas de una década*, Madrid, 1993, pp. 81 -102.

- “Política europea en el transporte marítimo, libertad de prestación de servicios y cabotaje marítimo” (traducción de Emperanza, A.), *El Derecho del transporte marítimo internacional*, Donostia, 1994, pp. 79 - 101.
- BENEDETTELLI, M.V., “Sull'applicazione extraterritoriale delle misure di embargo degli Stati Uniti relative al gasdotto siberiano”, *Riv. Dir. Int.*, 1984, pp. 529 - 574.
- BENTIVOGLIO, L.M., “Verso la fine della libertà dei mari? (a proposito del nuovo Codice di condotta delle Conference di linea)”, *Trasp.*, 1975, pp. 24 - 35.
- BERLINGERI, F., “La Convenzione internazionale per un Code of Conduct delle conferenze marittime”, *Dir. Mar.*, 1974, pp. 792 y ss.
- “Codice di condotta e accordi bilaterali”, *Dir. Mar.*, 1981, pp. 167 - 175.
- BLANCO FERNÁNDEZ, J.M., “La nacionalidad de la sociedad en la Ley de Sociedades Anónimas”, *R.D.M.*, 1992, pp. 425 - 265
- BLANCO-MORALES LIMONES, P., “El arbitraje privado y el recurso prejudicial del art. 177 del Tratado CEE. (Algunas observaciones a propósito de la sentencia del TJCE de 23 de marzo de 1982, As. 102/81: “Nordsee”)”, *R.C.E.A.*, 1986, pp. 123 - 129.
- “Los fundamentos de un mercado regulado del transporte marítimo en la Comunidad Europea”, *G.J.de la CE (D-24)*, 1995, pp. 81 - 137.
- BORRAJO INIESTA, I., “Las libertades de establecimiento y de servicios en el Tratado de Roma” en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), Madrid, 1986, pp. 149 - 260
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “El nuevo orden económico internacional y el Derecho del comercio internacional”, *Estudios en honor del Profesor D. Antonio Truyol Serra*, V. II, Madrid, 1986, pp. 201 - 222.

- “El papel de la autoridad central: los Convenios de la Haya y España”, R.E.D.I., 1993 - 1, pp. 63 - 79.
- BOUZA VIDAL, N., “Significado y alcance de la armonización de legislaciones en la Comunidad Económica Europea”, R.I.E., 1981, n° 2, pp. 397 - 430.
- “Modalidades de unificación y armonización de legislaciones en la Comunidad Económica Europea”, en *Iniciación al estudio del Derecho Comunitario Europeo*, C.G.P.J., Madrid, 1984, pp.156 - 181.
- BROGGINI, G., “Considerazioni sul Diritto Internazionale Privato dell'Economia”, Riv. Dir. Int. Priv. Proc., 1990, pp. 277 - 300.
- CALVO CARAVACA, A.L., “La ley aplicable a los contratos internacionales (el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980)”, *Derecho de los Negocios*, 1994, pp. 1 - 18.
- “Las personas jurídicas” en GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado, Parte especial*, 6ª ed., Madrid, 1995, pp. 84 - 94.
- “Artículo 9, apartado 11” en ALBADALEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo I, Vol. II, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 479 - 525.
- CAPOTORTI, F., “Il diritto di stabilimento delle società nel Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea”, Riv. Dir. Int. Priv. Proc., 1965, pp. 5 - 26.
- CARBONE, S.M., “La ripartizione e la disciplina del traffico marittimo internazionale: la soluzione dell N.U. e le reazioni CEE”, *Dir. Mar.*, 1975, pp. 552 - 578.
- “La réglementation du transport et du trafic maritimes dans le développement de la pratique internationale”, *R. des C.*, 1980 - I, t. 166, pp. 250 - 363.
- “Conflitti di leggi e Diritto marittimo nell'ordinamento italiano: alcune proposte”, *Dir. Mar.*, 1983, pp. 67 - 80.
- “La organizzazione dei traffici marittimi tra Diritto internazionale, Diritto comunitario e Diritto italiano: un

- primo commento alla Legge 10 luglio 1991, n° 210”, Dir. Mar., 1991, pp. 589 - 615.
- CARBONE, S.M. - D'ANGELO, “Le conferences marittime tra autonomia privata, disciplina internazionale e legislazione nazionale”, Dir. Mar., 1980, pp. 3 - 30.
- CASANOVAS Y LA ROSA, O., “La autonomía de la voluntad en Derecho Internacional”, A.D.C., 1976, pp. 1002 - 1020.
- CIENFUEGOS, M., “L'application de la nullite de l'article 85, § 2.2, du Traite CEE par les juridictions nationales (avec un examen particulier du domaine des transports aeriens) consequences dans l'ordre juridique interne”, Cah. Dro. Eur., 1991, pp. 317 - 353.
- CHECA MARTÍNEZ, M., “La Ley 19/1989 de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil en materia de sociedades: la nacionalidad de la sociedad anónima”, R.E.D.I., 1989, pp. 662 - 664.
- DE CASTRO, F., “Limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad”, A.D.C., 1982, pp. 987 - 1085.
- DESANTES REAL, M., “La incidencia de las fuentes de origen institucional (Derecho Comunitario Europeo) en la configuración del sistema español de Derecho Internacional Privado”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, Madrid, 1994, pp. 53 - 121.
- DELVOLVÉ, J-L., “L'imprévision dans les contrats internaxionaux”, Trav. Com. Fr. D.I.Pr., 1989 - 1990, pp. 147 - 170.
- DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J., “Artículo 28”, Comentario del Código Civil, T. I, pp. 220 - 223.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F. “Constitución económica y Derecho Mercantil” en *La reforma de la legislación mercantil*, Civitas, 1979, pp. 63 - 110
- ECHEZARRETA FERRER, M.T., “La incidencia de la intervención estatal en la actual configuración del Derecho



- privado, con especial referencia al Derecho internacional privado, R.G.D., 1989, pp. 6371 - 6415.
- EGEA IBAÑEZ, R., "Nacionalidad de las Sociedades", R.C.D.I., 1984, pp. 1155 - 1182.
- ESPINAR VICENTE, J.M., "Notas para una reflexión sobre las enseñanzas del Derecho Mercantil Internacional", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. I, Madrid, 1996, pp. 321 - 336.
- ESTEBAN DE LA ROSA, F., " Aplicación del Derecho *antitrust* y técnicas de Derecho Internacional Privado, R.D.P., 1996, pp. 815 - 848.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "Derecho Internacional Privado y Derecho Comunitario", R.I.E., 1990, pp. 785 - 825.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., - SÁNCHEZ LORENZO, S., "El Derecho del comercio internacional", en *Derecho del comercio internacinal*, FDEZ. ROZAS, J. C.,(ed.), Madrid, 1996, pp. 35 - 52.
- FERNÁNDEZ TORNAS, A., "Los códigos internacionales de conducta: nuevos instrumentos de regulación para un nuevo orden económico internacional", A.D.I., V. IV., 1977 - 1978, pp. 199 - 238.
- FORLATTI PICCHIO, L., "La difesa dell'armamento marittimo nazionale sul mercato dei noli: profili giuridici", Riv. Dir. Int. Priv. Proc., 1986, pp. 401 - 426.
- FRANCESCKIS, Ph., "Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois", R.C.D.I., 1966, pp. 1 - 18
- GARCÍA LÓPEZ, J., "Los efectos de Derecho privado de las normas de intervención en el comercio internacional: una aproximación", R.F.D.U.C., 1991/1992, pp. 69 - 86.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., "Las consecuencias contractuales de las sanciones económicas comunitarias: un modelo de análisis", G.J. de la CE., (D-16), 1992, pp. 221 - 260.

- “Artículo 8, apartado 1” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. I, Vol. 2, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 96 - 110.
- “El coste de la Ley Helms-Burton para las empresas españolas”, *Derecho de los Negocios*, nº 72, 1996, pp. 13 - 27.
- GIARDINA, A., “La Corte Europea dei trasporti marittimi ed aerei”, *Trasp.*, 1975, pp. 56 - 61.
- “La disciplina comunitaria del trasporto aereo: gli sviluppi a seguito della sentenza nel caso *Saeed*”, *Dir. Comm. Int.*, 1989, pp. 77 - 88.
- GONDRA ROMERO, J.M., “Las Conferencias marítimas ante el Derecho de la competencia”, *R.D.M.*, 1969, pp. 345 - 377.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “Artículo 8.1”, en *Comentario al Código Civil*, T. I, pp. 71 - 74.
- “Efforts concertés d’unification et coexistence des règles de droit international privé dans le système étatique”, en *Liber amicorum Georges A.L. Droz*, The Hague y otras, pp. 105 - 120.
- GRANGOLI, E., “La ripartizione del traffico in base ad accordi bilaterali ed al Codice UNCTAD”, *Dir. Trasp. II/1988*, pp. 51 - 99.
- GUZMÁN ZAPATER, M., “Las personas jurídicas” en PÉREZ VERA, E., (dir) *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed., Madrid, 1996, pp. 43 - 62
- IDOT, L., “Les conflicts de lois en droit de la concurrence”, *J.D.I.*, 1995, pp. 321 - 341.
- ILLESCAS ORTIZ, R., “El Derecho uniforme del comercio internacional y su sistemática”, *R.D.M.*, 1993, pp. 37 - 91, espec. p. 41.
- IRIARTE ANGEL, J.L., “El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 y el trabajo de extranjeros a bordo de buques inscritos en el Registro Especial Canario”, *II Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián*, Donostia, 1994, pp. 201 - 236.
- “Transporte marítimo internacional de mercancías y normas imperativas de terceros Estados”, *R.G.L.J.*, 1989, pp. 7 - 28.

- JACQUET, J.M., "La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international", *J.D.I.*, 1985, pp. 327 - 405.
- JENNINGS, R. Y., "Extraterritorial Jurisdiction and the States Antitrust Law", *B.Y.B.I.L.*, pp. 147 y ss.
- KAHN, P., "Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria*: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques?", *Le Droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, 1987, pp. 97 - 107.
- KUYPER, P.J., "The european communities and the code of conduct for lines conferences: some problems on the borderline between general international law and Community law", *Neth. Yearb. Inter. Law.*, 1981, pp. 73 - 109.
- LAGARDE, P., "Approche critique de la *lex mercatoria*", en *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, 1987, pp. 125 - 150.
- LALIVE, P., "Tendances et méthodes en Droit International Privé (Cours Général)", *R. des C.*, 1977 - II, t. 155.
- LEEN, A., "Extraterritorial application of the EEC - competition law", *Neth. Yearb. Inter. Law.*, 1984, pp. 139 - 166.
- MARCHISIO, "Riforma dell'ONU economica e tramonto del nuovo ordine economico internazionale", *R.D.I.*, 1992, pp. 1023 - 1027.
- MARESCA, M., "Riflessioni sull'ambito di applicazione dell'ordinamento comunitario in materia di concorrenza", *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1989, pp. 821 - 836.
- MASSAGUER, J. "El Derecho Mercantil ante las transformaciones político-sociales, una aproximación", en *Estudios en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. I, Madrid, 1996, pp. 399 - 430.
- MAYER, P., "Les lois de police étrangères", *J.D.I.*, 1981, pp. 277 - 345.
- MENGOZZI, P., "La Convenzione CEE sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, il notaio e le norme di

- applicazione necessaria”, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1984, pp. 165 - 181.
- MIAJA DE LA MUELA, A., “El Derecho extranjero en el tráfico privado internacional”, R.E.D.I., vol. XXV, 1979, pp. 247 - 288.
- “Conjeturas sobre la incidencia del nuevo orden económico internacional en el Derecho Mercantil”, *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo*, Madrid, 1981, pp. 537 - 573.
- MIGLIORINO, L., “Iniziativa internazionali relative al trasferimento della tecnologia”, Riv. Dir. Int. Priv. Proc., 1981, pp. 377 - 433.
- MIGUEL DE ASENSIO, P.A. “Integración europea y Derecho Internacional Privado, R.D.C.E., 1997, nº 2, Vol.1, pp. 413 - 445.
- MOSQUERA ARANCIBIA, M., “La libre prestación de servicios en el transporte marítimo: adecuación al Derecho comunitario de los convenios bilaterales con países terceros. Análisis del asunto de la línea Nador-Almería-Nador”, G.J. de la CEE, 1993, pp. 13 - 18.
- MUNARI, F., “La compagnia marittima nazionale nelle prospettive di attuazione del Codice di condotta UNCTAD per le conferenze marittime”, Riv. Dir. Int. Priv. Proc., 1987, pp. 655 - 708.
- “Libera prestazione di servizi di trasporto marittimo di linea, codice di condotta UNCTAD ed accordi bilaterali: la posizione della Corte di Giustizia delle Comunità europee”, Dir. Mar., 1990. pp. 1152 y ss.
- PAU, G., “Le norme imperative nella Convenzione C.E.E. sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali”, R.D.I., 1982, pp. 867 - 872.
- PAZ-ARES, C., “La economía política como jurisprudencia racional”, A.D.C., 1981, pp. 601 - 707.

- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., “Artículo 28”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, 1978, p. 775 - 806
- PÉREZ VERA, E., “Artículo 9, 11”, en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, V. I, Madrid, 1997, pp. 499 - 505.
- PERROT, D.L., “The Special Transport Regimens under Community Competition Law: Comparisons and Continuing Questions”, en *Derecho Comercial Comparado, Trabajos en Homenaje a Ferran Valls i Taberner*, Vol. XI, Barcelona 1989, pp. 2341 y ss.
- PESCATORE, P., “Las cuestiones prejudiciales. Artículo 177 del Tratado CEE” (traducción de Calos Escobar, A.), *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Madrid, 1993, pp. 525 - 571.
- PICONE, P., “La applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza e il Diritto Internazionale”, *Il fenomeno delle concentrazioni di imprese nel Diritto interno e internazionale (Atti e documenti del Convegno di Napoli del 29 aprile 1989)*, Padova, 1989, pp. 81 - 206.
- “Tutela della concorrenza” en *Diritto Internazionale dell’Economia* (PICONE, P. - SACERDOTI, G.), Milano, 1982, pp. 865 - 914.
- REIG FABADO, I., “El Convenio de Roma de 1980 sobre contratos internacionales: problemática de su interpretación”, R.G.D., 1996. núm. 627, pp. 13215 - 13230.
- REVENGA MARTÍNEZ DE PAZOS, B., “El Acuerdo CE-EE.UU. sobre política de competencia, o el problema de la extraterritorialidad”, I.C.E., 1992, nº 2311, pp. 317 - 319.
- RICCOMAGNO, M., “Cabotage and the Liberalisation of the Maritime Services Sector”, *Eur. Trasp. Law.*, 1993, pp. 352 - 360.
- RIGAUX, F., “Pour autre ordre International”, en *Droit Économique 2*, Paris, 1979, pp. 269 - 426.

- “Droit économique et conflits de souverainetés”, *RabelsZ*, 1988, pp. 104 - 156.
- “La situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale”, *R. des C.* 1989, pp. 335 - 363.
- RODIÈRE, R., “Les tendances contemporaines du droit privé maritime international”, *R. des C.*, 1972 - I, t. 135, pp. 328 - 409.
- ROJO, A. “El Derecho Económico como categoría sistemática”, *R.G.L.J.*, 1980, pp. 249 - 284.
- ROMANELLI, G., “Interventi ed autonomia privata nella disciplina del traffico di linea”, *Dir. Mar.*, 1981, pp. 330 - 349.
- RUTTLEY, P., “International Shipping and EEC Competition Law”, *E.C.L.R.*, 1991, pp. 5 - 18.
- SANCHO VILLA, D., “Actividad internacional de las sociedades mercantiles”, en *Derecho de Comercio Internacional*, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. (ed.), Madrid, 1996, pp. 254 - 259.
- SEGRE, T., “Il Diritto comunitario della concorrenza come legge di applicazione necessaria”, *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1979, pp. 75 - 78.
- STAMPFLI, L., “Le Code de conduite des Conférences maritimes - exemple d'un nouvel instrument du Droit International du développement?”, *Rev. Belg. Dr.*
- STRUYCKEN, A.V.M., “Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé”, *R. des C.*, 1992 - I, t. 232, pp. 259 - 383.
- TREVES, T., “Il Codice di condotta sul trasferimento della tecnologia”, *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1977, pp. 705 - 732.
- “Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980”, *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1983, pp. 25 - 41.
- VALLET DE GOYTISOLO, J., “Derecho y Economía”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. IV, Madrid, 1996, pp. 5541 - 5554.

- VERMOTE, L., "Le code de conduite des conférences maritimes et le compromis de Bruxelles. Une analyse du contenu et de la portée du règlement (CEE) n. 954/79", *Dr. Europ. Trans.*, 1986, pp. 3 - 31.
- "The application of the United Nations Liner Code within the european communities", *Europ. Trans. Law.*, 1988, pp. 570 - 589.
- VIRGÓS SORIANO, M., "El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, T. III, pp. 753 - 825.
- "La interpretación del Convenio de Roma de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Noticias CEE*, 1990, I, pp. 83 - 94.
- VOLLI, E., "La disciplina delle controversie secondo il Codice di condotta", *Dir. Mar.*, 1981, pp. 342 - 349.
- WAELEBROECK, M., "La aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE por las autoridades y por las jurisdicciones de los Estados Miembros", en *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, dirigido por RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C., y LIÑAN NOGUERAS, D.J., Madrid, 1993, pp. 863 - 883.
- WIJFFELS, R.H., "El mecanismo de conflictos (el procedimiento conciliatorio) en el Código de Conducta para Navieras de Línea Regular" (traducción de Sánchez Ortiz, F.J.), *R.G.D.*, 1986, pp. 121 - 132.

### **3. COMUNICACIONES Y PONENCIAS.**

- SÁNCHEZ LORENZO, S., "La unificación del Derecho cambiario: problemas y límites de las técnicas de reglamentación del Derecho del Comercio Internacional", Madrid, 3-4 junio 1994.

## **LEGISLACIÓN**

### **1. CONVENIOS INTERNACIONALES.**

- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, B.O.E. de 13 de junio de 1980.

- Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma en 1980, B.O.E. nº 171, de 19 de julio de 1993.

- Convención sobre un Código de Conducta de las Conferencias Marítimas, hecha en Ginebra el 6 de abril de 1974, B.O.E. nº 162, de 8 de julio de 1994.

### **2. ACUERDOS BILATERALES.**

- Acuerdo de Cooperación Marítima entre el Reino de España y la República de Costa de Marfil, hecho en Abidjan el 10 de septiembre de 1979, B.O.E. nº 241, de 8 de octubre de 1979.

- Acuerdo de cooperación sobre Marina Mercante entre España y la República de Camerún, hecho en Yaundé el 10 de mayo de 1986, B.O.E. nº 138 de 10 de junio de 1986.

- Convenio de 29 de diciembre de 1979 relativo al transporte marítimo entre España y el Reino de Marruecos, BOE nº 301, de 16 de diciembre de 1980.

### **3. OTROS ACUERDOS.**

- Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Estados Unidos de América relativo a la aplicación de sus normas de competencia. D.O.C.E. L 95 de 27 de abril de 1995.

### **4. COMUNITARIA.**



## A) Reglamentos

- Reglamento CEE nº 17/62 del Consejo, de 6 de febrero de 1962. Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 de Tratado, D.O.C.E. nº 13 de 21 de febrero de 1962. D.O., edición española, 08/vol. 01.

- Reglamento CEE nº 141 del Consejo sobre la no aplicación del Reglamento nº 17 del Consejo al sector de los transportes, D.O.C.E. de 28 de noviembre de 1962. D.O., edición española, 07/vol. 01

- Reglamento CEE nº 1017/68 del Consejo por el que se aplican las normas de competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera, y por vía navegabel, D.O.C.E. nº L 175 de 23 de julio de 1968.

- Reglamento CEE nº 954/79 del Consejo de 15 de mayo de 1979 relativo a la ratificación por los Estados miembros del Convenio de las Naciones Unidas a un código de conducta para conferencias marítimas, o a la adhesión de dichos Estados al Convenio, D.O.C.E. nº L 121/1 de 17 las de mayo de 1979.

- Reglamento CEE nº 2117/84 de la Commission, du 20 juillet 1984, relatif au régime applicable aux importations au Royaume-Uni de certains produits textiles originaires de Thaïlande, D.O.C.E. nº L 195 de 25 juillet de 1984.

- Reglamento CEE nº 4055/86 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros, D.O.C.E. nº L 378 de 31 de diciembre de 1986.

- Reglamento CEE nº 4056/86 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, por el que se determinan las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado a los transportes marítimos, D.O.C.E. nº L 378 de 31 de dicimbre de 1986.

- Reglamento CEE nº 4057/86 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986. Acción coordinada con objeto de salvaguardar el libre acceso al tráfico transoceánico, D.O.C.E. nº L 378 de 31 de diciembre de 1986.

- Reglamento CEE nº 4058/86 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986 sobre la libertad de acceso al tráfico transoceánico, D.O.C.E. nº L 378 de 31 de diciembre de 1986.

- Reglamento CEE nº 15/89 del Consejo de 4 de enero de 1989 por el que se introduce un derecho corrector sobre la carga en contenedores transportada en buques de línea regular ente la Comunidad y Australia por la Hyundai Meerchant Marine Company Ltd de Seúl, República de Corea, D.O.C.E. nº L 4/1 de 6 de enero de 1989.

- Reglamento CEE nº 479/92 del Consejo de 25 de febrero de 1992 sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea (consorcios), D.O.C.E. nº L 55/3 de 29 de febrero de 1992.

- Reglamento CEE nº 3577/92 del Consejo de 7 de diciembre de 1992 por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo), D.O.C.E. nº L 364/7 de 12 de diciembre de 1992.

- Reglamento (CE) nº 384/96 del Consejo de 22 de diciembre de 1995 relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de *dumping* por parte de países no miembros de la Comunidad Europea, D.O.C.E. nº L 56 de 6 de marzo de 1996. Modificado por el Reglamento nº 2331/96, D.O.C.E. nº L 317.

## **B) Decisiones dirigidas a Estados miembros.**

- Decisión del consejo de 13 de septiembre de 1977 por la que se establece un procedimiento de consulta en lo que se refiere a

las relaciones entre los Estados miembros y terceros países en el sector de los transportes marítimos así como a las acciones relativas a dicho sector en el seno de las organizaciones internacionales (77/587/CEE), D.O.C.E. nº L 239/23 de 17 de septiembre de 1977.

- Decisión del Consejo de 26 de octubre de 1983 relativa a las contramedidas en el sector de los transportes marítimos internacionales (83/573/CEE), D.O.C.E. nº L 332/37 de 28 de noviembre de 1983.

- Decisión del Consejo de 17 de septiembre de 1987 relativa al transporte marítimo entre Italia y Argelia (87/475/CEE), D.O.C.E. nº L 272/37 de 25 de octubre de 1987.

### **C) Decisiones dirigidas a particulares.**

- Decisión de la Comisión de 19 de diciembre de 1984 relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85 del Tratado CEE (IV/29.725 - Pâte de bois), D.O.C.E. nº L 85/1 de 26 de marzo de 1985.

Decisión de la Comisión de 19 de diciembre de 1990 relativa a la imposición de una multa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 19 del Reglamento CEE nº 4055/86 del consejo (IV/32.450) (91/55/CEE), D.O.C.E. nº L 35/23 de 7 de febrero de 1991.

- Decisión de la Comisión de 1 de abril de 1992 relativa a un procedimiento de aplicación de los artículo 85 y 86 del Tratado CEE (IV/32.450: comités de armadores franceses y de África occidental) (92/262/CEE), D.O.C.E. nº L 134/1 de 18 de mayo de 1992.

- Decisión de la Comisión de 6 de abril de 1992 por la que se impone una multa en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 del Reglamento (CEE) nº 4056/86 del Consejo (IV/32.448 y IV/32.450

- UKWAL) (92/237/CEE), D.O.C.E. nº L 121/45 de 6 de mayo de 1992.

- Decisión de la Comisión de 23 de diciembre de 1992 relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 del Tratado CEE (IV-32448 - IV/32450: CEWAL, COWAC, UKWAL) y 86 del Tratado CEE (IV/32448 - IV/32450: CEWAL), D.O.C.E. nº L 34 de 10 de febrero de 1993.

- Decisión del Consejo y de la Comisión de 10 de abril de 1995, D.O.C.E. nº L 95 de 27 de abril de 1995, pp. 45 - 52. Rectificación del canje de notas, D.O.C.E. nº L 131 de 15 de junio de 1995, pp. 38 - 39.

## **5. LEGISLACIÓN INTERNA.**

### **A) ESPAÑA.**

- Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la competencia, B.O.E. nº 170, de 18 de julio de 1989.

- Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, B.O.E. nº 178 de 27 de julio de 1989.

- Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, B.O.E. nº 10 de 11 de enero de 1991.

- Ley de 24 de noviembre de 1992, nº 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, B.O.E. nº 283, de 25 de noviembre de 1992.

- Reglamento del Registro Mercantil, B.O.E. nº 313 de 30 de diciembre de 1989.

- R.D. de 28 de marzo de 1984, nº 720/84. TRANSPORTES MARÍTIMOS. Ordenación de los regulares, B.O.E. nº 89, de 13 de abril de 1984.

- R.D. 990/1986, de 23 de mayo, sobre medidas de ordenación del transporte marítimo, B.O.E. nº 124, de 24 de mayo de 1986.

- R.D. legislativo 1564/1989, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de sociedades anónimas, B.O.E. nº 310, de 27 de diciembre de 1989.

- R.D. 1577/1989, de 22 de diciembre, por el que se modifica el R.D. 990/1986, de 23 de mayo, para adaptarlo al Reglamento CEE nº 4055/86 del Consejo de 22 de diciembre de 1986, B.O.E. nº 311, de 28 de diciembre de 1989.

- R.D. 897/1993, de 11 de junio, por el que se autoriza la inscripción en el Registro especial de buques y empresas navieras de buques destinados al tráfico de cabotaje, B.O.E. nº 152, de 26 de junio de 1993.

- R.D. 392/1996 de 1 de marzo, por el que se autoriza la inscripción en el Registro Especial de Buques y Empresas Navieras de empresas y buques destinados al tráfico de cabotaje de mercancías de interés estratégico, B.O.E. nº 65 de 15 de marzo de 1996.

- Orden de 23 de diciembre de 1992 por la que se adoptan medidas de salvaguardia de cabotaje nacional en aplicación del Reglamento CEE número 3577/92 del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, B.O.E. nº 313, de 30 de diciembre de 1992.

- Orden de 4 de marzo de 1993 sobre Cabotaje Marítimo Peninsular, B.O.E. nº 61, de 12 de marzo de 1993.

## **B) ITALIA.**

- Legge 24 de luglio 1980, n. 488. Divieto ai cittadini italiani di fornire ad autorità straniere documenti ed informazioni concernenti l'attività marittima, en *Il fenomeno delle concentrazioni di imprese nel diritto interno e internazionale*, Padova, 1989, apéndice, pp. 540 - 541.

- Legge 24 luglio 1985, n. 433. Ratifica ed esecuzione dell'accordo in materia di marina mercantile tra il Governo della Repubblica Italiana ed il Governo del Regno di Marocco, en CARBONE, S.M. - MUNARI, F., *Regole e organizzazione dei trasporti marittimi internazionale*, Milano, 1990, apédice, pp. 177 - 183.

- Legge 10 luglio 1991, n. 210. Norme di attuazione della convenzione delle Nazioni Unite relativa ad un codice di condotta delle conferenze per la navigazione marittima, adottata a Ginevra il 6 aprile 1974, Gazzetta Ufficiale n. 166 del 19 luglio 1991 y en Dir. Mar. 1991, pp. 885 - 889.\*\*

### **C) FRANCIA.**

- Loi n° 85-541 du 22 mai 1985 relativa à l'application du code de conduite des conférences maritimes établi par la convention des Nations Unies conclue à Genève le 6 avril 1974, CARBONE, S.M. - MUNARI, F., *Regole e organizzazione dei trasporti marittimi internazionale*, Milano, 1990, apédice, pp. 218 - 219.

### **D) REINO UNIDO.**

- Protection of Trading Interests Act 1980, en *Il fenomeno delle concentrazioni di imprese nel diritto interno e internazionale*, Padova, 1989, apédice, pp. 535 - 540.

- The Merchant Shipping (Liner Conferences) (Conditions for Recognition) Regulations 1984, en CARBONE, S.M. - MUNARI, F., *Regole e organizzazione dei trasporti marittimi internazionale*, Milano, 1990, apédice, pp. 216 - 218.

### **E) ALEMANIA.**

- Gesetz zu dem Übereinkommen vom 6. April 1974 über einen Verhaltenskodex für Liniendonferenzen Vom 17. Februar

1983, en CARBONE, S.M. - MUNARI, F., *Regole e organizzazione dei trasporti marittimi internazionali*, Milano, 1990, apéndice, pp. 214 - 216.\*\*

#### **F) E.E.U.U.**

- Restatement of the Law Third. The Foreign Relations Law of the United States (aprobado el 14 de mayo de 1986, corriendo su publicación a cargo del AMERICAN LAW INSTITUTE), en *Il fenomeno delle concentrazioni di imprese nel diritto interno e internazionale*, Padova, 1989, apéndice, pp. 529 - 534.

#### **6. RESOLUCIONES DE LA UNCTAD.**

- Resolución de 17 de julio de 1991. Conferencia de revisión de la Convención de Naciones Unidas relativa a un código de conducta de las conferencias marítimas, Dir. Mar., 1991, pp. 876 - 879.

## **JURISPRUDENCIA.**



**A) E ESPAÑA:****Tribunal de Defensa de la Competencia.**

- R.T.D.C., de 2 de diciembre de 1983, Información Comercial Española, n° 1918, 5 de enero de 1984, pp. 64 - 70.

**B) ITALIA:**

- T.R.A. Lazio, Sez. III, 18 Giugno, 1987, n. 1161, Dir. Trasp. 11/1988, pp. 252 259.

**C) E.E.U.U.:**

- United States c. Aluminium Co. of America, Court of Appeal for the 2d Circuit, 1945

- New York S.D. 30-7-1952.

- New York, S.D., 1962.

- Asunto Timberlane Co. v. Bank of America, C.A. 9th Circuit, 27-12-1976.

**C) COMUNITARIA:**

- S.T.J.C.E., 6 de abril de 1962, asunto 13/61, *De Geus c. Bosch*, *Recueil*, 1962, pp. 95 y ss.

- S.T.J.C.E., 30 de junio 1966, asunto 56-65, *Société Technique Minière (L. TM.) c. Maschinenbau ULM GMBH*, *Recueil*, 1966, pp. 337 - 375.

- S.T.J.C.E., 13 de julio 1966, asunto 56-58/64, *Établissements Consten S.A.R.L. el Grundig-Verkaufs-GMBH c. Comisión*, *Recueil*, 1966, pp. 429 - 506.

- S.T.J.C.E., 13 febrero de 1969, asunto 14-68, *Walt Wilhelm el autres c. Bundeskartellamt*, *Recueil*, 1969-1, pp. 1-30.

- S.T.J.C.E., 14 de diciembre de 1972, asunto 7-72, *Boehringer Mannheim GmbH c. Comisión de las Comunidades Europeas*, *Recueil* 1972-8, pp. 1281 - 1307.

- S.T.J.C.E., 21 de febrero de 1973, asunto 6-72, *Europemballage Corporation y Continental Can Co. Inc. c. Comisión*, *Recueil*, 1973, pp. 215 y ss.

- S.T.J.C.E., 30 de enero de 1974, asunto 127/73, *Belgische Radio en Televisie el Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs c. SV SABM el NV Fonior* (demande de décision préjudicielle, formée ar le tribunal de première instance Bruxelles), *Recueil*, 1974, pp. 51 - 78.

- S.T.J.C.E., 4 de abril 1974, asunto 167/73, *Comisión c. República Francesa*, *Recueil*, 1974-3, pp.359 - 381.

- S.T.J.C.E., 6 de marzo de 1974, asunto 6 y 7/73, *Istituto Chimioterapico Italiano SpA y Commercial Solvents Corp. c. Comisión*, *Recueil*, 1974, pp. 223 y ss.

- S.T.J.C.E., 14 de febrero de 1978, asunto 27/76, *United Brands Co. and United Brands Continental B. V. c. Comisión*, *Recueil*, 1978, pp. 207 y ss.

- S.T.J.C.E., 229 de junio de 1978, asunto 77/77, *Benzine en petroleum*

*Handelsmaatschippij BV (BP) y otros c. Comisión*, *Recueil*, 1978, pp. 1513 y ss.

- S.T.J.C.E., 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, *Hoffman La Roche c. Comisión*, *Recueil*, 1979, pp. 461 y ss.

- S.T.J.C.E., 6 de octubre de 1981, *C. Broeckmeulen c. Huisarts Registratie Commissie* (demande de décision préjudicielle, formée parla Commissie van Beroep Huisartsgeneesku á La Haye), *Recueil*, 1981, pp. 2311 - 2344.

- S. T. J. C .E., 23 de marzo de 1982, asunto 102/81, "*Nordsee " Deutsche Hochseefischerei c. Reederei Mond Hochseefischerei Nórdstern AC & Co. KG et Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern A C & Co. KG.*, *Recueil*, 1982, pp. 1095 - 1129.

- S.T.J.C.E., 9 de noviembre 1983, asunto 322/81, *Nederlandische Baden-Industrie Michelin c. Comisión*, *Recueil*, 1983, pp. 3461 y ss.

- S.T.J.C.E., 22 de mayo de 1985, asunto 13/83, *Parlamento c. Consejo de las Comunidades Europeas*, *Recueil*, 1985-4, pp. 1513 - 1603.

- S.T.J.C.E. de 30 de enero de 1985, asunto 123/83, *Bureau national interprofessionnel du cognac c. Guy Clair*, *Recueil*, 1985-1, pp. 391 y ss.

- S.T.J.C.E., 30 de abril 1986, asunto 209-213/84, *Ministère public c. L. Asjes et autres, A. Gray et autres, J. Maillot et autres et L. Ludwig et autres*. *Recueil*, 1986, pp. 1425 y ss.

- S.T.J.C.E., 11 de junio de 1986, asunto 14/86, *Pretore de Saló c. X*, *Recueil*, 1986, pp. 2545 - 2571.

- S.T.J.C.E., 18 de diciembre de 1986, asunto 10/86, *VAG France c. Établissements Magne SA*, *Recueil*, 1986, pp. 4071 - 4090.

- S.T.J.C.E., 17 de marzo de 1987, asunto 14/18, *Pretore di Saló c. X*, *Recueil*, 1987, pp. 2545 - 2571.

- S.T.J.C.E., 27 de septiembre de 1988, *A. AhIström Osakeyhtiö y otros c. Comisión de las Comunidades Europeas*, *Recueil*, 1988, pp. 5193 - 5247.

- S.T.J.C.E., 11 de abril de 1989, asunto 66/86, *Ahmed Saeed c. Zentrales zur Bekämpfung unlauteren Wéttbewerbs e. h*, *Recueil*, 1989, pp. 803-857.

- S.T.J.C.E., 30 de mayo de 1989, asunto 355/87, Comisión de las Comunidades Europeas c. Consejo de las Comunidades Europeas, *Recueil*, 1989, pp. 15171551.

- S.T.J.C.E., 13 de diciembre de 1989, asunto 49/89, *Corsica Ferries France c. Direction générale des douanes françaises* (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation de la República Francesa), *Recueil*, 1989, pp. 4441 y ss.

- S.T.J.C.E., 10 de julio de 1990, asunto T-51/89, *Tetra Pak S A c. Comisión de las Comunidades Europeas*, *Recueil*, 1990-11, pp. 309 - 365.

- S.T.J.C.E., 25 de julio de 1991, asunto C-76/90, *Manfred Ságer c. Dennemeyer & Co. Ud*, *Recueil*, 1991-1, pp. 4221 y ss.

- S.T.J.C.E., de 31 de marzo de 1993, *A. Ahlström Osakeyhtiö y otros c. Comisión de las Comunidades Europeas*, *Recueil*, 1993 -3, pp. 1307 - 1632.

- S.T.J.C.E., 17 de mayo de 1994, asunto C-18/93, *Corsica Ferries s.r.l. c. Cuerpo de pilotos del Puerto de Génova*, *Recueil*, 1994-5, pp. 1783 - 1827.

- S.T.J.C.E., 14 de julio de 1994, asunto C-379/92, Procedimiento Penal contra Matteo Peralta, *Recueil*, 1994, pp. 3453 - 3506.

- S.T.J.C.E., 5 de octubre de 1994, asunto C-381/93, Comisión de las Comunidades Europeas c. República francesa. Recurso por incumplimiento /transportes marítimos/ libre prestación de servicios, *Recueil*, 1994, pp. 5141 y ss.

- Sentencia del Tribunal del Tribunal de Primera Instancia de 8 de octubre de 1996, asuntos acumulados T-94/93, T-25/93, T-26/93 y T-28/93, *Compagnie Maritime Belga, S.A. y otros c. Comisión de las Comunidades Europeas*, *Recueil*, 1996-11, pp. 1201 - 1282.

## **INFORMES Y DOCUMENTOS**

- Memorandum presentado por la Comisión al Consejo Doc. VII/COM (61) 50 de 10 de abril de 1961.

- Informe GIULIANO-LAGARDE, D.O.C.E. N° C 282 de 31 de octubre de 1980.

- Programa General para la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios, D.O.C.E., Edición Especial, 1985, vol. 6/1, pp. 3 - 10.

- Proyecto de directiva del Consejo relativa a una común interpretación del concepto "compañía marítima nacional" (Suplemento 5/85, pp. 59 y ss.).

- Informe de la Comisión al Consejo. Aplicación de los cuatro Reglamentos en el ámbito del transporte marítimo adoptados por el Consejo el 22 de diciembre de 1986. Bruselas, 1 de agosto de 1990. SEC (90) 1594 final.

- Informe de la Comisión al Consejo sobre la aplicación del Reglamento 4955/86 del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros. Bruselas, 24 de noviembre de 1992. SEC (92) 2183 final.

- Comunicación de la Comisión al Consejo. El futuro del transporte marítimo comunitario. Medidas para mejorar las condiciones de la flota comunitaria. Bruselas, 3 de agosto de 1989. COM (89)266 final.

- Propuesta de Reglamento CEE del Consejo sobre la aplicación del apartado 5 del artículo 85 del Tratado CEE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo. D.O.C.E. n° C 167/9 de 10 de julio de 1990.

- Propuesta modificada de Reglamento (CEE) del Consejo presentada por la Comisión de las Comunidades Europeas. Bruselas, 22 de febrero de 1991. COM(91) 54 final.

- La política de competencia en el nuevo orden comercial:

fortalecimiento de la cooperación y las normas internacionales, Informe del Grupo de Expertos. Bruselas. 12.07.1995. COM (95) 359 final.

- Informe de la Comisión al Consejo sobre la "Aplicación del Reglamento 3577/92 por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (1993-1994). Bruselas, 06.09.1995. COM (95) 383 final.

- Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Hacia una nueva estrategia marítima. Bruselas, 13.03.1996. COM (96) 81 final.

- Comunicación de la Comisión al Consejo. Hacia un marco internacional de competencia. Bruselas, 18.06.1996. COM(96).

- Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria (presentado por la Comisión), Bruselas, 22.01.1997, COM (96) final.

- Informe de la Comisión al Consejo sobre la implantación del Reglamento (CEE) n° 3577/92 del Consejo por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios de cabotaje marítimo (1995-1996) y sobre las consecuencias económicas y sociales de la liberalización del cabotaje insular. Bruselas, 17.06.1997. COM (97) 296 final.

- Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE. D.O.C.E., N° C 39/6 de 13 de febrero de 1993.