

LOS LÍMITES A LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL MARCO DEL CONTRATO DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS POR CARRETERA*

LIMITS ON PRIVATE AUTONOMY IN THE FRAMEWORK OF THE CONTRACT FOR CARRIAGE OF GOODS BY ROAD

STELLA SOLERNOU SANZ
Profesora de Derecho Mercantil
Universidad de Deusto
orcid ID: 0000-0002-7205-1240

Recibido: 07.07.2017 / Aceptado: 30.08.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3885>

Resumen: El trabajo plantea cómo los diversos niveles de regulación por parte del Estado pueden afectar a la autonomía privada como eje de las relaciones entre los particulares, y más concretamente en el marco del contrato de transporte de mercancías por carretera. Cuando la regulación implique una restricción material de las libertades económicas, sólo será admisible si se halla debidamente justificada por una razón de interés general y respeta el principio de proporcionalidad, en tanto que principio informador del Derecho comunitario.

Palabras clave: autonomía privada, libertad contractual, libertad de empresa, regulación, intervención, principio de proporcionalidad, principios de Derecho comunitario, obligación de contratar, contrato de transporte.

Abstract: This paper analyzes how the different levels of regulation may limit private autonomy, more specifically within the framework of the contract for carriage of goods by road. Whenever regulation implies an economic intervention restricting economic freedoms, it will be only acceptable if it is necessary, meets objectives of general interest and respects the principle of proportionality, provided it is one of the general principles of EU Law.

Keywords: private autonomy, contractual freedom, business freedom, regulation, economic intervention, principle of proportionality, principles of EU law, legal duty to contract, contract of carriage.

Sumario: El reconocimiento de la autonomía privada y de la libertad contractual por el ordenamiento jurídico. II. El contenido de la libertad contractual y los niveles de la acción regulatoria del Estado. III. La restricción de la libertad contractual en la legislación de transporte de mercancías por carretera. 1. Las restricciones que afectan a la libre decisión de celebrar el contrato: la obligación de prestación del servicio de transporte. A) El concepto de la obligación de contratar. B) Los fundamentos de la obligación del contratar en el Derecho comparado del transporte. C) La obligación de contratar en el Derecho español del transporte de mercancías por carretera. 2. Las restricciones que afectan a la libertad para elegir a la otra parte contratante. El caso de los Centros de contratación de cargas del País Vasco. 3. Las restricciones que afectan al contenido y al tipo contractual. A) La fijación del precio por la Administración de transporte. B) La imperatividad del régimen jurídico de la responsabilidad del porteador. C) La imposición del tipo contractual a los intermediarios del transporte. IV. Conclusiones.

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación «Limiting the limits on contractual party autonomy» (ref. ACM2016_17), financiado por el consorcio Aristos Campus Mundus, 2016-2017.

I. El reconocimiento de la autonomía privada y de la libertad contractual por el ordenamiento jurídico

1. La autonomía privada es manifestación del principio de autodeterminación en la creación de las relaciones jurídicas de los individuos¹. Se identifica con la esfera jurídico-privada que queda fuera del alcance de la intervención estatal y del control público. Su reconocimiento por el ordenamiento implica la atribución al sujeto privado de la facultad para autorregularse (poder normativo) del modo más acorde a sus intereses².

2. Si bien históricamente ya se puede hablar de autonomía privada y libertad contractual en el Antiguo Régimen, su papel político-social no podía tener la relevancia que posteriormente alcanzaría en la sociedad liberal. El verdadero impulso de la libertad contractual se encuentra en los principios ideológicos de la Revolución francesa, cuya sociedad resultante la doctrina alemana denominó «Sociedad de Derecho Privado» (*Privatrechtsgesellschaft*)³, y cuya premisa esencial es la existencia de sujetos iguales y libres⁴. La organización de esta sociedad, cuya máxima es la libertad personal, se asienta principalmente sobre los actos espontáneos de los individuos, a través del negocio jurídico, y no sobre la acción previamente planificada del Estado⁵. Éste debía limitarse a respetar, y en su caso completar, la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, como manifestación concreta de aquélla. El ordenamiento jurídico, expresión de la acción de Estado, en relación con la autonomía privada y el negocio jurídico, tenía como función reforzar y aportar mayor seguridad a la relación jurídica, sirviéndose para ello del establecimiento de consecuencias apropiadas sobre la eficacia del contrato⁶ (regulación constitutiva). Estas ideas vendrán reflejadas, con carácter general, en los Códigos decimonónicos europeos y, en particular, en el artículo 1255 del Código civil español⁷. De este modo, la autonomía privada pasa a ser reconocida por el ordenamiento jurídico como presupuesto y causa originaria de las relaciones jurídicas⁸.

3. Pero el protagonismo de la libertad contractual y la expansión del Derecho Privado hunden también sus raíces en la doctrina de la Economía clásica⁹. Conforme a ésta, el incremento del bienestar y de la riqueza sólo puede darse en una economía de mercado donde la competencia asuma un papel preponderante, para cuyo establecimiento resulta imprescindible el ejercicio de la autonomía privada¹⁰. Desde esta perspectiva, la autonomía privada es observada no tanto como expresión de la libertad individual cuanto como un instrumento para el desarrollo económico.

4. La irrealidad del funcionamiento autónomo del sistema característico del liberalismo jurídico y económico se deja notar a lo largo del siglo XX. Procesos de grandes concentraciones empresariales crean situaciones de poder económico que restringen la competencia, mermando la libre iniciativa económica y la libertad contractual¹¹. Estos fallos provocan una necesidad de la acción del Estado. Se pro-

¹ W. FLUME, “Rechtsgeschäft und Privatautonomie”, *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*, Karlsruhe, 1960, B. I., págs. 136, 141, 145 y 146-147; ID., *El negocio jurídico*, (trad. J. M^a MIQUEL/E. GÓMEZ CALLE), Madrid, 1998, págs. 23 y 29-30.

² A. PAVONE LA ROSA, “Autonomia privata e formazione eteronoma del regolamento contrattuale”, *Estudios homenaje a Garrigues*, Madrid, 1971, T. III, pág. 23; L. FERRI, *La autonomía privada*, Granada, 2001, pág. 9.

³ F. BÖHM, “Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft”, *Ordo XVII* (1966), págs. 75 ss.

⁴ W. ZÖLLNER, “Die politische Rolle des Privatrechts”, *JuS*, 1988, pág. 330.

⁵ F. BÖHM, “Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft”, *Ordo XVII* (1966), pág. 86; T. MAYER-MALY, *Rechtswissenschaft*, München, 1991, 5. Auf., pág. 83.

⁶ E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, Granada, 2000, págs. 42-43.

⁷ F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pág. 14.

⁸ E. BETTI, *cit.*, pág. 46.

⁹ W. ZÖLLNER, *cit.*, pág. 330. En el mismo sentido, L. A. SULLIVAN/W. FIKENTSCHER, “On the Growth of the Antitrust Idea”, in W. FIKENTSCHER, *Freiheit als Aufgabe*, Tübingen, 1997, pág. 98.

¹⁰ Vid. L. RAISER, “Kontrahierungszwang im Monopolrecht”, *Kartelle und Monopole im modernen Recht*, Karlsruhe, 1961, págs. 524 y 538; ID., “Vertragsfreiheit heute”, *JZ* 58, págs. 1 ss; P. BADURA, “Mitbestimmung und Gesellschaftsrecht Gesellschaftsrecht – Verfassungsrechtliches Korollarium zur Rolle des Privatrechts in der Rechtsordnung”, *Fs. Rittner zum 70. Geburtstag*, München, 1991, pág. 2.

¹¹ J. M^a GONDRA, *Derecho Mercantil. Introducción*, Madrid, 1992, págs. 77-78.

duce, así, un avance del Derecho Público y de la intervención administrativa en detrimento del Derecho Privado y del principio de autonomía privada¹².

5. La tensión entre la autonomía privada y la libertad contractual, por un lado, y la intervención estatal, por otro, no se halla resuelta a favor de una u otra en el Código civil español; no existe una norma o principio que establezca como regla general la «dispositividad» o la «imperatividad» de las leyes¹³. La resolución de este enfrentamiento se ve condicionada por el reconocimiento de la autonomía privada y la libertad contractual en los textos constitucionales, en tanto que parte del contenido de determinados derechos fundamentales: el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de empresa¹⁴.

6. Por lo que se refiere a la Constitución española, ésta no contempla expresamente un derecho subjetivo a la libertad contractual, pero su reconocimiento se entiende implícito en el artículo 10 al establecer el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social. Ciertamente, resulta difícilmente comprensible un completo desarrollo de la personalidad sin la existencia y garantía de dicho instituto¹⁵.

7. Por otro lado, la libertad contractual se halla igualmente comprendida en la libertad de empresa (art. 38 CE y art. 16 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Una vez el empresario ha accedido a un determinado sector económico, aquél no puede desarrollar su actividad sin los institutos básicos del Derecho Privado: el contrato, la libertad contractual, la autonomía privada, la propiedad privada y la libre disposición de los bienes¹⁶. La protección constitucional de la libertad de empresa exige una libertad contractual garantizada por el ordenamiento jurídico¹⁷. Consecuentemente, la restricción de la libertad contractual supondrá una restricción de la libertad de iniciativa económica¹⁸.

¹² F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 16-17; W. ZÖLLNER, cit., pág. 331.

¹³ L. Díez-PICAZO, “Art. 1255” en C. PAZ-ARES/L. Díez-PICAZO/R. BERCOVITZ/P. SALVADOR CORDECH, *Comentario del Código Civil*, T. II, Madrid, 1991, pág. 431.

¹⁴ Cfr. P. J. TETTINGER, “Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht”, *AöR* 108 (1987), págs. 129-133; G. OPPO, “L’iniziativa economica”, *Riv. dir. civ.*, 1988-3, págs. 322-323; C. PAZ-ARES/J. ALFARO, “Ensayo sobre la libertad de empresa”, *Estudios jurídicos en honor al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003, págs. 5971-5972 y 5981-5994.

¹⁵ Con carácter general, F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 18. Concretamente en relación con el art. 10 de la Constitución española, M. ARAGÓN, “Las fuentes. En particular el problema de los Estatutos de los Bancos y de las circulares del Banco de España”, *Contratos bancarios*, Madrid, 1992, págs. 39-40; J. ALFARO, “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *ADC*, vol. XLVI-I (1993), pág. 62. En relación con el correlativo precepto de la vigente Constitución alemana (§ 2 I), L. RAISER, “Vertragsfreiheit heute”, *JZ* 58, págs. 4-6 (esp. nota 23, con más referencias y doctrina en contra); W. FLUME, “Rechtsgeschäft und Privatautonomie”, cit., págs. 136-141; Id., *El negocio jurídico*, cit., págs. 43-44; F. RITTNER, *Wirtschaftsrecht mit Wettbewerbs- und Kartellrecht. Ein Lehrbuch*, Heidelberg-Karlsruhe, 1979, págs. 32-33; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, 1987, pág. 59; K. LARENZ/M. WOLFF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 1997, §34 22; W. ZÖLLNER, cit., pág. 336; J. BUSCHE, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, Tübingen, 1999, pág. 55; P. J. TETTINGER, “Das Grundrecht”, cit., págs. 130-131; F. OSSENBUHL, “Die Freiheiten des Unternehmers nach dem Grundgesetz”, *AöR*, 115 (1990), pág. 25; H. BAUMBACH/W. HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, München, 2001, Allg. 49. La Ley Fundamental de Bonn omite cualquier alusión expresa a la libertad contractual, al igual que la Constitución española y en contraste con la Constitución de Weimar (su art. 152 la reconocía expresamente como un derecho fundamental del ciudadano, vid. H. C. NIPPERDEY, *Kontrahierungszwang und diktiertter Vertrag*, Jena, 1920, pág. 8). Tampoco la Constitución italiana contempla expresamente la libertad contractual, e igualmente la doctrina enmarca su tutela en el art. 2, que reconoce y garantiza el derecho al desarrollo de la personalidad, vid. A. PAVONE LA ROSA, cit., págs. 23-24.

¹⁶ L. RAISER, “Vertragsfreiheit”, cit., pág. 5; K. M. MEESSEN, *Wirtschaftsrecht im Wettbewerb der Systeme*, Tübingen, 2005, pág. 32; J. M^a GONDRA, *Derecho Mercantil*, cit., págs. 76 y 83; A. PAVONE LA ROSA, cit., pág. 24; G.B. FERRI, “Il negozio giuridico e la disciplina del mercato”, *Riv. Dir. Comm.*, 1991-I, pág. 713; M. LIBERTINI, “Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano”, *Riv. Dir. Comm.*, 7-8/9-10(2002), pág. 433.

¹⁷ C. W. CANARIS, “Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft”, en *FS Peter Lerche*, München, 1993, pág. 873; J. BUSCHE, cit., págs. 55-56.

¹⁸ F. BÖHM, *Wettbewerb und Monopolkampf*, Berlin, 1933, pág. 124; K. H. BIEDENKOPF, *Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung*, Heidelberg, 1958, págs. 174-175; F. OSSENBUHL, cit., pág. 25; A. ASQUINI, *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, Padova, 1915, pág. LXII; Id., “Sulla natura contrattuale dei trasporti nel campo dei pubblici servizi monopolistici”, *Riv. Dir. Comm.*, 1919-I, pág. 574; G. GUGLIEMETTI, *Limiti negoziali de la concorrenza*, Padova, 1961, pág. 117; L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, Milano, 1992, págs. 87-88; C. FERNÁNDEZ-NOVOA, “Re-

8. El reconocimiento expreso de las libertades económicas consagra este derecho fundamental como pilar de una Constitución económica, estatal y comunitaria¹⁹. El Estado está obligado a asegurar y proteger el ejercicio de actividades económicas por los particulares de la forma menos reglamentada posible, atendiendo al principio de proporcionalidad²⁰. La cuestión está en determinar en qué casos el ordenamiento jurídico realmente establece restricciones de la libertad contractual y, consecuentemente, a la libertad de empresa, pues no toda regulación del Estado supone necesariamente restricción. Una vez aclarados los casos que sí implican limitación o restricción, habrá que analizar si la misma está debidamente justificada.

II. El contenido de la libertad contractual y los niveles de la acción regulatoria del Estado

9. Atendiendo a su incidencia sobre la autonomía privada y la libertad contractual, se pueden distinguir dos niveles de acción regulatoria del Estado. Uno afecta a la disciplina jurídica general de la autonomía privada y del negocio jurídico, sin que implique restricción o limitación material de los mismos. El otro atiende a la posible imposición de un negocio jurídico, así como a su contenido, mediante la aprobación de normas imperativas; en este último caso sí se pueden producir efectos restrictivos sobre la libertad contractual²¹.

10. Por lo que se refiere a la disciplina del negocio jurídico, la acción estatal se refleja en el reconocimiento expreso de la autonomía privada (art. 1255 CC) y en el establecimiento de efectos jurídicos que garanticen la fuerza vinculante del negocio (art. 1091 CC). A priori, la imposición forzosa de la ley (su obligatoriedad) y la autonomía privada son incompatibles. Sin embargo, mediante esta recepción de la autonomía privada en el ordenamiento, la regulación de los intereses particulares voluntariamente establecida por los sujetos privados mediante el negocio jurídico se eleva a precepto jurídico²². El reconocimiento de la autonomía privada por el ordenamiento jurídico se convierte, así, en un instrumento a disposición de los sujetos privados necesario para el desarrollo y eficacia del negocio jurídico, sin que afecte a la naturaleza del mismo²³. El Derecho, necesariamente, debe disciplinar este acto de la autonomía privada para su propia eficacia y, por ende, para el ejercicio de las libertades económicas²⁴.

11. Así, la competencia normativa del ordenamiento concurre con la competencia dispositiva de los sujetos privados²⁵. No la contradice, sino que la complementa. Por tanto, no hay restricción de la

flexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos”, *RDM* 95, (1965), pág. 27; J. TORNOS MAS, *Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas*, Bolonia, 1982, págs. 27 y 151 (nota 9); A. CIDONCHA, *La libertad de empresa*, Cizur Menor (Navarra), 2006, págs. 314 y 350; M. ARAGÓN, “Constitución económica y libertad de empresa”, *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1996, págs. 170-171; M. ARAGÓN / H. LOSADA GONZÁLEZ, “La libertad de empresa”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2014(108), pág. 27.

¹⁹ A pesar de ello, se ha destacado que, en el marco comunitario y siquiera de manera ocasional, la autonomía privada ha perdido protagonismo por temor a que el principio de efectividad del Derecho comunitario se viera lesionado. Vid. D. LECHYKIEWICZ/S. WEATHERILL, “Private Law Relationships and EU Law”, in *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford, Hart Publishing, 2013.

²⁰ P. J. TETTINGER, «Das Grundrecht», *cit.*, pág. 93; ID. «Wettbewerb in der freien Berufen – berufsgrundrechtliche Aspekte», *NJW* 6 (1987), pág. 297; C. PAZ-ARES/J. ALFARO, *cit.*, pág. 5973. Sobre la aplicación del principio proporcionalidad en el marco del ordenamiento comunitario y, más concretamente, de los Derechos fundamentales de la UE, vid. J. KOKOTT/C. SOBotta, “The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon”, *Academy of European Law* 2010/6, pág. 11; ID., “The Evolution of the Principle of Proportionality in EU Law—Towards an Anticipative Understanding?” en *General Principles of Law. European and Comparative Perspectives*, Oxford, 2017, págs. 167 ss.; C. CAUFFMAN, “The principle of proportionality and European Contract Law”, *Maastricht European Private Law Institute (M-EPLI)*, Working Paper No. 2013-05, págs. 12 y 24.

²¹ Los dos tipos de acción regulatoria son destacados por E. BETTI, *cit.*, págs. 82-93. Si bien este autor, en el segundo tipo se limita a las medidas relativas al contenido mismo del negocio, pero la libertad contractual tiene un significado más amplio.

²² El acto resultante de la autonomía privada, el negocio jurídico, no puede ser materialmente calificado por sí solo como Derecho o Legislación. Vid. W. FLUME, “Rechtsgeschäft und Privatautonomie”, *cit.*, págs. 141-142; ID., *El negocio jurídico*, *cit.*, págs. 28-29.

²³ En este sentido, E. BETTI, *cit.*, págs. 82-83 " y 114; F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, *cit.*, pág. 17.

²⁴ C. PAZ-ARES/J. ALFARO, *cit.*, pág. 5995.

²⁵ E. BETTI, *cit.*, pág. 84.

libertad contractual²⁶. No estamos ante una intervención del Estado en la esfera jurídico-privada. Se trata de una regulación constitutiva: normas que aun implicando limitaciones legales de las posibilidades de actuación del ser humano (prohibiciones o imposiciones), son consideradas indispensables para el desarrollo del ser humano en sociedad²⁷.

12. El segundo nivel de la acción regulatoria es mucho más amplio. Atiende al resto de elementos que envuelven el negocio jurídico que sí son objeto de la libertad contractual, es decir, aquellos aspectos a los que alcanza la competencia dispositiva de los particulares. La doctrina alemana, especialmente preocupada por su ámbito y sus límites, ha analizado el significado de dicha libertad contractual. Implica, en primer lugar y como primer paso para su ejercicio, la libertad para decidir si se quiere o no celebrar un determinado contrato (*Abschlussfreiheit*); la libertad para elegir a la otra parte contratante (*Partnerfreiheit*); la libertad para determinar y modificar el contenido y el tipo contractual (*Inhaltsfreiheit - Typenfreiheit*); la libertad de forma (*Formfreiheit*); y, finalmente, la libertad para rescindir el contrato (*Aufhebungsfreiheit*)²⁸. Cada vez que el ordenamiento jurídico regula de manera imperativa alguno de estos cinco aspectos que constituyen el contenido de la libertad contractual, ésta se ve limitada. Por regla general, ello implica una restricción de la libertad de empresa; pero no siempre es así. La imposición de algunos contenidos del contrato (ej. el régimen jurídico de la responsabilidad) y la prohibición de otros (ej. acuerdos colusorios) no supone la renuncia de parte de la libertad de iniciativa económica a favor de otro bien jurídico digno de la tutela del ordenamiento jurídico. No se puede hablar de lesión de la libertad cuando el fin último que se busca con la intromisión del Estado en la esfera jurídico-privada es precisamente la protección misma de las libertades. Ello se consigue, mediatamente, a través de la limitación de la autonomía de la voluntad.

III. La restricción de la libertad contractual en la legislación de transporte terrestre de mercancías por carretera

1. Las restricciones que afectan a la libre decisión de celebrar el contrato: la obligación de prestación del servicio de transporte

A) El concepto de la obligación de contratar

13. La obligación de contratar es el deber impuesto por una norma jurídica a un sujeto consistente en concluir un contrato, de contenido determinado o a determinar por alguien imparcial, en interés de un tercero beneficiario, con independencia de que concurra o no su voluntad de vincularse²⁹.

14. La obligación de contratar limita la libertad contractual³⁰. Supone la anulación o derogación de uno de los elementos esenciales de autodeterminación de la persona: la declaración de voluntad libre-

²⁶ En este sentido, W. FLUME, "Rechtsgeschäft und Privatautonomie", *cit.*, pág. 137.

²⁷ J. BASEDOW, "Economic Regulation in Market Economies", in *Economic Regulation and Competition. Regulation of Services in the EU, Germany and Japan*, The Hague/London/New York, 2002, pág. 4; W. MÖSCHEL, "Regulierung und Deregulierung Versuch einer theoretischen Grundlegung", *Festschrift Immenga zum 70. Geburtstag*, München, 2004, págs. 277-278; también denominada "Regulación civil e institucional", vid. J. DE LA CRUZ FERRER, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Madrid, 2001, págs. 136-138.

²⁸ H. C. NIPPERDEY, *cit.*, págs. 4-5 y 13; F. RITTNER, *Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung*, Düsseldorf, 1957, pág. 11; J. BASEDOW, *Der Transportvertrag*, Tübingen, 1987, pág. 191; H. DILCHER, "Typenfreiheit und inhaltliche Gestaltungsfreiheit bei Verträgen", *NJW* 1960, pág. 1040; no obstante, este autor diferencia entre la libertad para elegir el tipo contractual de la libertad para determinar el contenido del contrato. Cfr. L. Díez-PICAZO, "Art. 1255", *cit.*, pág. 431, donde se destaca la posibilidad de que normas imperativas, sin prohibir el tipo contractual como conjunto (contratos permitidos), prohíban todas las partes que le doten de un determinado contenido.

²⁹ H. C. NIPPERDEY, *cit.*, págs. 7-31, esp. 7, 15. Sobre la dificultad para encontrar una figura equivalente en el Derecho comparado, vid. L. RAISER, "Kontrahierungszwang im Monopolrecht", *Kartelle und Monopole im modernen Recht*, Karlsruhe, 1961, págs. 523 y 537, quien considera que la «Kontrahierungszwang» no llega a identificarse con los «contrats imposés» o «contratos forzosos».

³⁰ H. C. NIPPERDEY, *cit.*, pág. 8.

mente emitida³¹. No es una mera restricción de la libertad contractual, sino la intromisión más intensa en esta libertad e incluso su propia negación³². Cuando la obligación de contratar se produce en el ámbito de una actividad económica de titularidad privada, en la que el sujeto de derecho sometido a la obligación es un empresario, hay una restricción de la libertad de empresa³³.

15. La obligación de contratar implica también la imposibilidad de negociar el contenido del contrato. Éste vendrá impuesto legalmente, o bien será determinado por un tercero imparcial (limitación de la *Inhaltsfreiheit*). Carece de sentido obligar a concluir un contrato dejando su contenido al poder de decisión o a la capacidad negociadora del sujeto obligado, pues fácilmente podría frustrar el fin de esta obligación estableciendo las cláusulas del negocio a su gusto³⁴. Por último, al no poder rechazar la prestación del transporte solicitada por el usuario, el transportista ve afectada su libertad para elegir a la otra parte contratante (limitación de la *Partnerfreiheit*)³⁵.

16. En cualquier caso, no se trata de un instrumento jurídico construido y utilizado de manera uniforme³⁶. La amplia definición de la *Kontrahierungszwang* dada por NIPPERDEY no considera sus posibles causas, sino que se limita a la técnica en sí misma. Pero desde la perspectiva de la libertad de empresa es necesario atender a la causa material que fundamenta la obligación de contratar, pues sólo se hallará justificada si la causa se identifica con la protección de un interés general³⁷, y su contenido supera el juicio de proporcionalidad (art. 3.3.I Tratado de la Unión Europea en relación con el art. 52.1 Carta Europea de Derechos Fundamentales)³⁸.

B) Los fundamentos de la obligación de contratar en el Derecho comparado del transporte

17. En el Derecho anglosajón, el «*common carrier*» forma parte de los denominados «*common callings*» o «*public callings*», empresarios que se caracterizan y distinguen por la naturaleza y el significado económico-social del servicio que prestan³⁹. El servicio de transporte del *common carrier* debe ser accesible para el público en general. Sobre él recae la obligación *ex lege* de prestar el servicio en condiciones razonables. Si el *common carrier* se niega a realizar el transporte solicitado por un potencial cargador, éste puede entablar una acción judicial de reclamación extracontractual por daños (*action in tort*). Por ello se dice que la relación jurídica entre el *common carrier* y el demandante del servicio no

³¹ W. KILIAN, “Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem”, *AcP* 180(1980), pág. 50. Es importante destacar que se trata de la anulación de la «declaración de voluntad libremente emitida» y no de la mera «declaración de voluntad», pues el concurso de ésta es igualmente necesario para el nacimiento de la relación jurídica entre el sujeto obligado legalmente y el sujeto demandante de la prestación; en este sentido, A. ASQUINI, “Sulla natura contrattuale”, *cit.*, págs. 561, 566-567, 570-572.

³² E. J. MESTMÄCKER, “Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge”, *JZ*, 1964, pág. 443; F. BYDLINSKI, “Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges”, *AcP*, 180(1980), pág. 4; R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui*, Paris, 1964, págs. 80-81.

³³ M. LIBERTINI, “L’imprenditore e gli obblighi di contrarre”, en GALGANO, *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico delle Economie*, Vol. IV, Padova, 1981, pág. 273.

³⁴ H. C. NIPPERDEY, *cit.*, pág. 31; L. RAISER, “Vertragsfreiheit”, *cit.*, pág. 8; W. KILIAN, *cit.*, pág. 77; F. BYDLINSKI, “Zu den dogmatischen Grundfragen”, *cit.*, pág. 5. En la misma línea, W. FIKENTSCHER, “Zum Recht der Diskriminierungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen”, *WuW*, 5(1958), pág. 258; K. LARENZ, *Lehrbuch*, *cit.*, pág. 42.

³⁵ F. RITTNER, *Die Ausschließlichkeitsbindungen, in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung*, Düsseldorf, 1957, pág. 11; J. BASEDOW, *Der Transportvertrag*, *cit.*, pág. 191.

³⁶ L. RAISER los clasifica en tres grupos: (a) normas jurídicas que establezcan sanciones penales ante la negativa a contratar; (b) normas administrativas que prohíban y sancionen a empresas en posición dominante por su negativa a contratar (abuso de posición dominante); (c) protección jurídico-civil otorgada al perjudicado de una negativa a contratar, “Kontrahierungszwang”, *cit.*, págs. 534-535 y 548-549.

³⁷ H. C. NIPPERDEY utilizará la expresión «interés social», refiriéndose siempre a la «libertad contractual», *cit.*, pág. 8. En la misma línea, W. FLUME, “Rechtsgeschäft und Privatautonomie”, *cit.*, pág. 136.

³⁸ En este sentido, G. GUGLIELMETTI, *cit.*, pág. 117; C. PAZ-ARES, C./J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Ensayo sobre la libertad de empresa”, *Estudios jurídicos en honor al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003, págs. 5971 ss, *passim*.

³⁹ Vid. D. GLASS/C. CASHMORE, *Introduction to the Law of Carriage of Goods*, London, 1989, 1.23-25; L. RAISER, “Freizeichnung und Kontrahierungszwang in anglo-amerikanischen Landfrachtrecht”, *RebelsZ* 1934, págs. 27-30; A. EMPARANZA, *El concepto de porteador en el transporte de mercancías*, Granada, 2003, págs. 126-130.

es de naturaleza contractual, sino que nace del derecho de daños⁴⁰. La institución jurídica del *common carrier* ha ido reduciendo su ámbito objetivo, entre otras razones, por el reconocimiento de la libertad de empresa.

18. En Francia, se discutía sobre la obligación de contratar en el sector del transporte en relación con las consecuencias jurídicas de la negativa del transportista a prestar el servicio. Un sector de la doctrina admitía la imposición de la celebración del contrato por la posición jurídica en la que se hallan los empresarios obligados asegurar un servicio público (concesionarios), y la consecuente prohibición general de discriminación de los usuarios que de aquella se deriva⁴¹. Otros, sin mayores argumentos, fundamentaban la obligación de contratar expresamente en el cumplimiento de las reglas del derecho común relativas a la formación de los contratos y a la ejecución de las obligaciones que nacen del contrato, con independencia de la posición jurídica del transportista⁴².

19. En Italia, en un principio, la obligación de contratar adquirió relevancia en relación con el transporte (especialmente, el transporte por ferrocarril), no tanto por la actividad económica en sí mismo, cuanto por la posición monopolística de las empresas que prestaban el servicio público⁴³. La ausencia de competencia precisaba un tipo de obligación que remediara la falta de libertad de elección por parte del usuario; de lo contrario, el transportista impondría sus condiciones en una situación de desigualdad propicia para el abuso. Es importante destacar que, sin embargo, existía el convencimiento de que la obligación legal de contratar no estaba justificada en los supuestos de monopolio de hecho (todavía menos en los casos de oligopolio), ante la posibilidad de un cambio de la situación del mercado en cualquier momento⁴⁴. Esta apreciación era errónea. Ciertamente la posibilidad de un cambio de un mercado del transporte terrestre de mercancías monopolístico u oligopolístico de hecho a un mercado de transporte más competitivo existe, pero esta circunstancia no elimina la situación de desigualdad (aunque pudiera ser momentánea) entre el empresario de transporte y el usuario. Con la obligación de contratar se pretende mitigar los posibles efectos perversos de este desequilibrio, que necesariamente juega a favor del empresario con poder de mercado⁴⁵. La situación de desigualdad es independiente de la causa que creó esa situación de poder⁴⁶.

20. Sin embargo, la visión doctrinal que ponía el énfasis en la existencia de un monopolio legal, y no tanto en la idea del servicio prestado (servicio público, en un sentido amplio), fue revisada como consecuencia de la aprobación del *Codice civile* de 1942. Actualmente el Código civil italiano recoge en dos ocasiones la obligación de contratar concerniente a la actividad empresarial⁴⁷: la primera, a cargo

⁴⁰ J. BASEDOW, *Der Transportvertrag*, cit., págs. 33, 193-194.

⁴¹ L. JOSSERAND, *De l'esprit de droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1939, nos. 89-91.

⁴² R. RODIÈRE, *Droit des Transports*, Paris, 1977, pág. 326.

⁴³ L. NIVARRA, cit., págs. 6-8; R. SAVATIER, cit., págs. 87-88. Ejemplo de estos primeros estudios doctrinales, G. VALERI, "A proposito dell'obbligo a contrarre in materia ferroviaria", *Riv. Dir. Comm.*, 1913-II, págs. 81 y ss.; A. ASQUINI, *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, cit.; ID., "Sulla natura contrattuale", cit., págs. 549 y ss.; ID., "Su alcune fonti speciali in materia di trasporti attuati da imprese monopolistiche", *Riv. Dir. Comm.*, 1919-I, págs. 684 y ss.

⁴⁴ Vid. A. ASQUINI, *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, cit., pág. 7 (nota 3), donde el autor recoge referencias doctrinales en este sentido; asimismo, G. FERRI, *Manuale di Diritto Commerciale*, Torino, 1972, pág. 146.

⁴⁵ En este sentido, A. ASQUINI, "Sulla natura contrattuale", op. cit., págs. 559-560, 564 y 572; L. NIVARRA, cit., pág. 128.

⁴⁶ Esta es la línea seguida actualmente por el Derecho *Antitrust* al prohibir a las empresas en posición dominante a negarse de manera injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios (art. 2.2.c) LDC y art. 102.2.b) y c) TFUE). Si bien el art. 102 TCE no recoge expresamente el rechazo a contratar, el Tribunal de Justicia lo ha entendido incluido en algunos de los supuestos del mismo (art. 102.2.b) y c)). Vid. al respecto M. WAELBROECK/A. FRIGNANI, *Derecho Europeo de la Competencia*, T. II, Barcelona, 1998, págs. 799. Como ha observado la jurisprudencia comunitaria, la posición dominante es la posición de fortaleza económica de una empresa, que le permite evitar que en el mercado en cuestión se mantenga una competencia real por conferirle el poder de conducirse en buena medida con independencia de sus competidores, clientes y, en último extremo, de los consumidores (SSTJCE de 14 de febrero de 1978, as. 27/76, *United Brands – Chiquita Bananas* y de 31 de mayo de 1979, as. 22/78, *Hoffman-La Roche*). Dicho lo cual, debe destacarse que el incumplimiento de la obligación de contratar por parte del transportista comporta diferentes consecuencias jurídicas bajo el Derecho Administrativo de transporte y bajo el Derecho de defensa de la competencia.

⁴⁷ Debe tenerse en cuenta que la obligación de contratar no es exclusiva del empresario, pues tiene lugar también en otros escenarios (piénsese, p. ej., en la obligación de contratar una póliza de seguro para el coche, o en el depósito necesario).

de los empresarios que prestan un servicio de línea de transporte de personas y mercancías en régimen de concesión administrativa (art. 1679); la segunda, a cargo del titular de cualquier monopolio legal (art. 2597). La mayoría de la doctrina italiana observa un fundamento distinto en cada una. En el caso del concesionario de una línea regular de transporte, la obligación de contratar se sustenta en la idea de la alta utilidad del servicio público en la línea del *common carrier* (aunque con efectos diferentes en la esfera jurídico-privada), y no en la de monopolio *ex lege*. La consecuencia es que el art. 1679 *Codice civile* es independiente del art. 2597; no hay entre los dos preceptos una relación de norma especial-norma general⁴⁸.

21. Por su parte, la doctrina alemana ha seguido una evolución parecida a la italiana a la hora de justificar la obligación de contratar. En un principio se asociaba a la existencia de monopolios legales⁴⁹. Posteriormente se admitió la concurrencia de distintas fuentes jurídicas que fundamentan la obligación de contratar. Por un lado, ésta se deriva de cláusulas generales: la prohibición de actuar contra las buenas costumbres (§826 BGB)⁵⁰ y la prohibición de discriminación prevista por el Derecho de la competencia (§19 Abs. 1 y §20 GWB)⁵¹. Pero además existen obligaciones especiales (entre ellas, las plasmadas en la legislación alemana de los distintos medios de transporte), que responden a la esencialidad del servicio prestado, en torno a la idea de asistencia o prestación vital (*Daseinsvorsorge*)⁵². La obligación de contratar asume en estos casos la función de abastecer, de manera equilibrada y regular, un servicio calificado como necesario (*Versorgungsfunktion*)⁵³. El ordenamiento vigente ya no prevé un deber legal de asumir la prestación de transporte, al contrario que la anterior ley administrativa de ordenación del transporte de mercancías por carretera (§13a y §90 GüKG de 17 de octubre 1952) cuyo significado práctico fue muy escaso⁵⁴. Sí se mantiene para el transporte de personas (§22 PBefG).

C) La obligación de contratar en el Derecho español del transporte de mercancías por carretera

22. La Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres (LOTT) reconoce expresamente el principio de libertad de contratación a favor de los titulares de autorizaciones de transporte público discrecional (art. 94.1). Sin embargo, el mismo precepto otorga a la Administración la competencia para limitar dicha libertad estableciendo un régimen de servicios mínimos de carácter obligatorio cuando en el mercado se dé una situación de absentismo empresarial que implique trastornos importantes para el interés público (art. 94.2). Atendiendo a la estructura del precepto, la libertad de contratación es la regla general y los servicios mínimos obligatorios se presentan como la excepción⁵⁵. En este último caso, el empresario transportista se encuentra obligado legalmente a satisfacer la demanda de transporte hecha por cualquier usuario, no pudiendo rechazarla arbitraria e injustificadamente. Como consecuencia de la naturaleza y la finalidad del servicio, este deber de comportamiento del empresario es exigible aunque la norma no lo contemple expresamente. El transporte discrecional de mercancías

⁴⁸ En esta línea, G. ROMANELLI, *Il trasporto aereo di persone*, Padova, 1959, pág. 99; M. LIBERTINI, “L'imprenditore”, *cit.*, pág. 279; L. NIVARRA, *cit.*, págs. 17-18, con ulteriores referencias; S. BUSTI, *Contratto di trasporto terrestre*, en A. CICU/F. MESSINEO/L. MENGONI/P. SCHLESINGER, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Vol XXVI. T. 1, Milano, 2007, págs. 485-486. Cfr. C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004, págs. 35-39. En contra, no obstante, A. ASQUINI, “Trasporto”, *Novissimo Digesto*, XIX, Torino, 1973, pág. 569; G. FERRI, *Manuale di Diritto Commerciale*, *cit.*, pág. 146.

⁴⁹ Sobre esta evolución vid. J. BASEDOW, *Der Transportvertrag*, *cit.*, págs. 194-198; L. NIVARRA, *cit.*, pág. 8 (nota 12) con ulteriores referencias.

⁵⁰ H. C. NIPPERDEY, *cit.*, págs. 53-67.

⁵¹ W. FIKENTSCHER, “Zum Recht der Diskriminierung”, *cit.*, págs. 257 ss; J. BASEDOW, *Der Transportvertrag*, *cit.*, págs. 203-208.

⁵² K. SCHMIDT, “Wirtschaftsrecht: Nagelproblem des Zivilrechts – Das Kartellrecht als Beispiel”, *AcP* 206(2006), pág. 189. En el mismo sentido, J. BASEDOW, *Der Transportvertrag*, *cit.*, págs. 202-203.

⁵³ W. KILIAN, *cit.*, pág. 74.

⁵⁴ J. BASEDOW, *Der Transportvertrag*, *cit.*, págs. 195-196.

⁵⁵ En el marco del transporte regular de viajeros, actividad de titularidad pública y que puede ser explotada mediante la concesión, también se contempla la obligación de contratar (arts. 76.2 y 86.5 II ROTT). Al contrario que en el transporte de mercancías, aquí el deber de contratar es una regla general, y no consecuencia de una medida adoptada por la Administración ante una situación excepcional del mercado.

por carretera no es un servicio público; se trata en todo caso de un «servicio público impropio», pero el establecimiento de servicios mínimos obligatorios le aporta un nuevo carácter, acercando su actividad a la de los titulares de concesiones administrativas (servicio público en sentido estricto), pues su disciplina pasa a configurarse en torno a una prestación garantizada para los ciudadanos ante la escasez de oferta⁵⁶.

23. La trascendencia práctica de este precepto ha sido nula, pues nunca se han aprobado tales servicios mínimos obligatorios. No obstante, desde un punto de vista dogmático plantea importantes cuestiones jurídicas. La norma está ubicada en el Título III, capítulo III, sección primera, donde se recogen las disposiciones comunes para los transportes públicos discrecionales de viajeros y mercancías⁵⁷.

24. Esta imposición de servicios mínimos obligatorios por parte de la Administración, ya consista en la prestación directa del servicio de transporte (prestación específica de hacer) o ya se trate de la obligación de emitir una declaración de voluntad por la que se formaliza el contrato de transporte (obligación de querer)⁵⁸, así como la determinación del contenido del contrato de transporte se identifican jurídicamente con la obligación de contratar⁵⁹.

25. En el análisis sobre la constitucionalidad de la medida, se observa, en primer lugar, el respeto a la reserva de ley, pues es la propia LOTT quien la prevé⁶⁰. En cuanto a la justificación material de la injerencia estatal en la esfera jurídico-privada, debe destacarse que sus fundamentos no se corresponden con los de la prohibición del Derecho *antitrust* a una negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicio para aquellos casos en lo que se posea un poder de mercado (art. 2.2.c) LDC y art. 102 TFUE). No se trata de evitar un abuso de posición de dominio por parte del transportista, sino de garantizar el suministro constante y uniforme de un servicio considerado esencial. El absentismo empresarial no se identifica necesariamente con posiciones de dominio de las empresas que siguen en el mercado. Puede haber varias empresas con la misma cuota de mercado, subsistiendo la competencia entre ellas, pero insuficientes para responder a las necesidades de la demanda de transporte. La obligación de contratar asume aquí, como en el Derecho comparado de transporte (modelos inglés, italiano y alemán), una función político-social de abastecimiento (*Versorgungsfunktion*)⁶¹.

26. Los transportes de mercancías por carretera y sus actividades auxiliares o complementarias no son servicios públicos en sentido estricto, en la medida en que son de titularidad privada y no pública (criterio formal). Sin embargo, desde un punto de vista material, estas actividades privadas se caracterizan por servir a un interés colectivo superior al de otras actividades económicas privadas. Encajan en el concepto de «servicio público impropio», acuñado por la doctrina italiana⁶². Dada la importancia

⁵⁶ Cfr. M. STOLFI, “L’obbligo legale a contrarre”, *Riv. Dir. Civ.*, 1932, pág. 129; M. LIBERTINI, “L’imprenditore”, *cit.*, pág. 282; L. NIVARRA, *cit.*, pág. 23.

⁵⁷ El art. 94.2 LOTT recuerda a las obligaciones de servicio público del Reglamento (CE) 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera. Resulta llamativo que en el marco del Derecho comunitario se considere aconsejable que el Reglamento no cubra la adjudicación de contratos de servicio público en el transporte de mercancías, de tal manera que se ajuste a los principios de libre competencia (cdo.11) y, sin embargo, la Ley española mantenga la posibilidad de intervención económica en el sector.

⁵⁸ La distinción es de A. ASQUINI, *vid.* “Sulla natura contrattuale”, *cit.*, pág. 561.

⁵⁹ En este sentido, J. BASEDOW, *Wettbewerb auf den Verkehrsmärkten*, Heidelberg, 1989, pág. 57.

⁶⁰ La exigencia de una norma con rango de Ley para cualquier restricción de la libertad de contratación es defendida igualmente por aquellos autores que en algún momento han cuestionado que esta libertad forme parte del contenido del derecho a la libertad de empresa, sino una manifestación del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Este precepto no está incluido en el Capítulo II del Título I, donde se reconocen los derechos y libertades fundamentales cuya regulación queda sometida a la reserva de ley (art. 53.1 CE); no obstante, se argumenta que para su regulación se requiere la habilitación legal por la vía de los arts. 1.1 (principio general de libertad) y 9.3 (principio de legalidad) CE, *vid.* M. ARAGÓN, “Las fuentes”, *cit.*, págs. 39-41.

⁶¹ F. BYDLINSKI, “Zu den dogmatischen Grundfragen”, *cit.*, pág. 31; W. KILIAN, *cit.*, pág. 74.

⁶² Paralelamente a este concepto de servicio público impropio, se elaboró en Francia la doctrina de los «servicios públicos virtuales»: actividades privadas especialmente afectadas por la utilización de bienes demaniales, lo que justifica una regulación de la Administración (medidas de policía). *Vid.* E. CARBONELL PORRAS, *Régimen jurídico-administrativo del transporte interurbano por carretera*, Madrid, 1993, págs. 26-32. Sin embargo, en este caso no es tanto el uso de bienes demaniales cuanto la trascendencia económica y social de la actividad lo que provoca, con carácter general, la intensa regulación administrativa y, en

económica y la carga social del transporte, su suministro óptimo es una constante preocupación de la política de transporte, convirtiéndose en uno de sus objetivos esenciales (art. 3.b) LOTT). Ello justifica que su prestación no siempre pueda dejarse al libre juego del mercado⁶³.

27. El legislador español se anticipa a un posible abandono progresivo de la actividad por parte de los transportistas (la LOTT parte de la teoría de las especialidades del transporte, que destaca la competencia ruinosa como una de las características del mercado de transporte). El elevado absentismo empresarial puede implicar trastornos importantes para el interés público: una escasez de la oferta de los servicios de transporte de mercancías por carretera comporta el riesgo de una demanda desatendida o mal atendida, que puede afectar a su vez a mercados vecinos, multiplicando sus efectos negativos⁶⁴. El Estado se ve obligado a tomar parte en la regulación de las relaciones jurídico-privadas, sustituyendo la voluntad del empresario transportista y forzándolo a concluir estos contratos. La obligación de contratar se presenta como una manifestación de la «socialización del Derecho Privado»⁶⁵ o, asumiendo los términos de nuestra doctrina más autorizada, de la «desprivatización del Derecho Privado», en tanto que hay una penetración de los intereses generales en la relación jurídico-privada⁶⁶. En la obligación de contratar, la desprivatización afecta al momento inicial del contrato de transporte, su nacimiento. Éste no surge como respuesta a los intereses mutuos, intersubjetivos, de las partes del negocio. Conforme a tales intereses, el contrato de transporte probablemente no se celebraría pues, *a priori*, no es rentable para el empresario de transporte. El objetivo de la obligación de contratar trasciende incluso de las necesidades individuales del solicitante de la prestación de transporte: el contrato se pone al servicio de la distribución adecuada de los recursos y el desarrollo económico⁶⁷.

28. Justificada la medida de establecimiento de un régimen de servicios mínimos obligatorios que comportan el deber de contratar, la Administración debe articularla de tal manera que sea proporcionada en sentido estricto. Así, la obligación de contratar sólo podrá ser exigida siempre y cuando sea compatible con los medios ordinarios del empresario⁶⁸. Su delimitación debe atender a parámetros objetivos, en el sentido de que garanticen al usuario la disponibilidad y continuidad del servicio, y no según los medios de los que momentáneamente disponga el empresario⁶⁹. Cuando ello implique un sobre-esfuerzo económico del empresario, éste deberá ser compensado por la Administración conforme a crite-

particular, la obligación de contratar y establecimiento de servicios mínimos en caso de absentismo empresarial en el sector. En la doctrina española se ha criticado por su posible confusión esta terminología (servicio público impropio y virtual), utilizada con frecuencia por nuestra jurisprudencia en especial en relación con el servicio de taxis, y se propone su sustitución por la expresión «servicios de interés público», vid. R. ENTRENA CUESTA, “El servicio de taxis”, *RAP*, 27(1958), pág. 40.

⁶³ U. IMMENGA, *Wettbewerbsbeschränkungen auf staatlich gelenkten Märkten*, Tübingen, 1967, pág. 4.

⁶⁴ La importancia de este fundamento puede apreciarse en las recientes medidas de liberalización del transporte de mercancías. En relación con este sector, la Ley Ómnibus ha eliminado una de las medidas más intervencionistas, el precio del transporte de mercancías por carretera; sin embargo, la posibilidad de establecer servicios mínimos obligatorios, tratándose de una medida si cabe más intervencionista y a pesar de que la Administración no ha hecho nunca uso de esta potestad, se ha mantenido intacta. El hecho de que esta medida no haya sido eliminada sugiere que la desregulación no significa aquí abandono de la protección de intereses generales. Éstos siguen fundamentando la regulación económica, mientras que los movimientos desregulatorios responden a la desproporción de la intervención. Así, el precio del transporte fue liberalizado al considerarse que la fijación de tarifas por parte de la Administración era una medida *inadecuada* para el fin (protección de un interés general) perseguido (el mantenimiento del mercado de transporte de mercancías por carretera en condiciones adecuadas para la prestación constante y uniforme del servicio) (vid. S. SOLERNOU, “La liberalización del precio del transporte de mercancías por carretera”, *RDT*, 4 (2010), págs. 111-114).

⁶⁵ H. C. NIPPERDEY, *cit.*, pág. 105; W. KILIAN, *cit.*, pág. 51.

⁶⁶ J. GIRÓN, *Tendencias actuales y reforma del Derecho Mercantil*, Madrid, 1986, págs. 104 y ss. (esp. pág. 109 con referencia expresa a los contratos forzosos); J. M^a GONDRA, *Derecho Mercantil*, *cit.*, págs. 90-92. En la doctrina alemana se ha utilizado la expresión: “*Entprivatisierung des Privatrechts*”, vid. W. KILIAN, *cit.*, pág. 77.

⁶⁷ Cfr. H. C. NIPPERDEY, *cit.*, pág. 33; W. KILIAN, *cit.*, pág. 78.

⁶⁸ T. ASCARELLI, *Teoría de la concurrencia e dei Beni Immateriali*, Milano, 1960, pág. 61; J. BASEDOW, *Der Transportvertrag*, *cit.*, pág. 203.

⁶⁹ En este sentido y con diferentes matices, P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, págs 63 y 69; A. PAVONE LA ROSA, *cit.*, pág. 31; M. LIBERTINI, “L’imprenditore”, *cit.*, págs. 306-307; L. NIVARRA, *cit.*, págs. 25 y 84.

rios objetivos⁷⁰. De este modo se protege tanto al transportista, al eliminar el riesgo de reclamaciones por incumplimiento de demandas de transporte no asumibles o difícilmente asumibles, como al usuario, quien podrá exigir responsabilidades en caso de que aquél no le asegure la prestación del servicio⁷¹.

2. Las restricciones que afectan a la libertad para decidir con quién celebrar un contrato: el caso de los Centros de contratación de cargas del País Vasco

29. Entre los diferentes elementos que configuran la libertad contractual, se halla la libertad para elegir a la otra parte contratante (*Partnerfreiheit*)⁷². La libertad para celebrar un contrato (*Abschlussfreiheit*) se encuentra estrechamente vinculada a la libertad para decidir con quién se celebra⁷³. La obligación de contratar comporta la imposición del sujeto con el que vincularse, pero no siempre ocurre al contrario. Siendo libre la decisión de celebrar el contrato, la elección de los sujetos contratantes puede estar limitada.

30. En la legislación del transporte terrestre de mercancías puede encontrarse este supuesto de restricción de la libertad contractual en la figura denominada «Centro de información y distribución de cargas». Se trata de instituciones, públicas o privadas, cuya función esencial es facilitar el encuentro entre oferentes y demandantes de transporte, con el objeto de contribuir a un mayor ajuste y racionalización del mercado de transporte.

31. Su régimen estaba previsto por la normativa estatal de ordenación del transporte (art. 124 LOTT y 192 ROTT, derogados). Podían ser públicos o privados (art. 188.1 ROTT, derogado). El establecimiento de los centros públicos era competencia compartida entre las Comunidades Autónomas y el Estado (art. 188.2 ROTT, derogado). En relación con el contrato de transporte, su participación se limitaba a propiciar las fases preparatorias del contrato, pero no podían actuar como comisionistas, ni contratar el transporte en nombre propio (art. 124.2 LOTT y art. 192.1 ROTT, derogados). La legislación estatal no establecía ninguna obligación de contratar en este sentido. Pero la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio derogó recientemente el art. 124 LOTT. Por su parte, los respectivos preceptos reglamentarios fueron derogados por el Real Decreto 919/2010, de 16 de julio.

32. Pero dentro del ordenamiento jurídico español existe una norma en la que sí se establecen obligaciones de contratación de transporte: la Ley 3/1981, de 12 de febrero, del País Vasco, sobre Centros de contratación de cargas en transportes terrestres de mercancías. Esta Ley impone a las agencias de transporte la obligación de poner a disposición del Centro un porcentaje de la carga que contraten en el mercado, y a concertar las ofertas de contrato con quien a través de este servicio se le presente como aceptante (art. 25, 1, a); no pueden rechazar al transportista designado por el Centro, salvo por motivos fundados que se establezcan reglamentariamente (art. 28). Con anterioridad a su modificación⁷⁴, este último precepto establecía que los ofertantes de carga podían no aceptar a un transportista facilitado por el Centro de Contratación de Cargas u Oficinas de Distribución y Control, siempre y cuando justificaran el motivo de tal hecho ante el Director Gerente, quien adoptaría la decisión, de obligado cumplimiento, que a su juicio correspondiere en cada caso. La Administración tenía, en este caso, absoluta discrecionalidad para rechazar las objeciones presentadas por el ofertante de la carga.

33. Al margen de estas imposiciones legales, los usuarios (agencias de transporte y transportistas) pueden poner a disposición del Centro, libre y voluntariamente, las ofertas que estimen pertinentes (art. 5 y 25.1).

⁷⁰ Cfr. art. 6 Reglamento (CE) 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera.

⁷¹ M. LIBERTINI, “L'imprenditore”, *cit.*, pág. 308.

⁷² H. C. NIPPERDEY, *cit.*, págs. 4-5 y 13.

⁷³ F. RITTNER, *Die Ausschließlichkeitsbindungen*, *cit.*, pág. 11; J. BASEDOW, *Der Transportvertrag*, *cit.*, pág. 191.

⁷⁴ Mediante Ley 4/1982, de 31 de marzo, que modifica y cumplimenta la Ley 3/1981 de Centros de Contratación de Cargas de Transportes Terrestre y Mercancías.

34. El Centro de distribución está facultado para asignar las cargas a los transportistas. De este modo impone el sujeto contratante (cargador o porteador). Hay una restricción de la libertad contractual, si bien debe precisarse que no en todos los casos. Cuando el transportista o la agencia de transporte acude libremente a estos centros, sabiendo que no elegirá al cargador y que éste le será impuesto por el Centro, no hay propiamente restricción de la libertad contractual, sino una manifestación del ejercicio de la libertad de autodeterminación. El empresario acepta libremente las condiciones en que se presta el servicio del Centro⁷⁵. Las decisiones particulares, no contrarias a la ley ni al orden público, se presumen válidas simplemente por el hecho de ser queridas, sin entrar a valorar su posible inadecuación y desproporción («*stat pro ratione voluntas*»)⁷⁶. Por el contrario, cuando la agencia de transporte o el transportista están obligados legalmente a contratar parte de sus servicios a través del Centro de información y distribución de cargas, si hay una clara restricción de la libertad contractual y, por ende, de la libertad de empresa. Según la exposición de motivos de la Ley vasca, el interés general supuestamente protegido es el desarrollo racional del mercado de transporte. La medida puede ser adecuada para la consecución de dicho fin: al centralizarse la información de oferta y demanda, se logra una mejor adecuación a las necesidades de una y otra. Pero no es una restricción necesaria, pues hay medidas menos incisivas, como limitar las funciones del centro a la recopilación de información, aportando la transparencia necesaria al mercado para que los empresarios puedan contratar con aquellos cuyos servicios mejor se ajusten a sus necesidades. Consecuentemente y en atención al test de proporcionalidad, podría entenderse que el art. 25.1 de la Ley vasca restringe inconstitucionalmente la libertad de empresa.

35. El Tribunal Constitucional (STC 37/1981, de 16 de noviembre) tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta Ley al hilo de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad, en una sentencia cuyos razonamientos son difícilmente compartibles. Consideró que el art. 25 de la Ley no vulneraba la libertad de empresa. Los argumentos que le llevaron a declarar la licitud del precepto se centraron en la inexistencia de un trato desigual entre los empresarios vascos y el resto de empresarios españoles:

«(...) si el Estatuto de Autonomía del País Vasco (art. 10.32) confiere a éste competencia exclusiva sobre «Centros de Contratación y terminales de carga en materia de transporte», instituciones a donde concurren, en el ejercicio de su actividad específica, los empresarios de transporte, la regulación de esos Centros no puede hacerse sin afectar de uno u otro modo a las condiciones de ejercicio de esa actividad. La alegada inconstitucionalidad no derivará, pues, en su caso, de que la norma impugnada afecte a las condiciones en que se ejerce la libertad de empresa, sino que se producirá sólo cuando esa afección conlleve una modificación de las condiciones básicas en que es ejercida por el resto de los empresarios españoles.»

(...) el contenido del art. 25.1 a) de la Ley impugnada (...) no afecta en modo alguno a las condiciones básicas del ámbito de libertad en el que esa actividad se lleva a cabo en el resto de España.»

36. Por el contrario, declaró inconstitucional el art. 29 por la amplísima discrecionalidad de la Administración para desechar las objeciones de la agencia de transporte para aceptar al transportista asignado por el Centro, por razones técnicas o económicas. Según el Tribunal, tal discrecionalidad anulaba la libertad de opción del cargador y afectaba a las condiciones básicas del ejercicio de su actividad, colocándolo en una situación sustancialmente distinta de aquella en la que se habría encontrado de haberse llevado a cabo en cualquier otra parte de España⁷⁷.

37. Como consecuencia de la sentencia, el art. 29 de la Ley vasca fue modificado y delega en el Reglamento el establecimiento de los motivos que justifiquen el rechazo del transportista designado

⁷⁵ STC 37/1981, de 16 de noviembre.

⁷⁶ W. FLUME, "Rechtsgeschäft und Privatautonomie", *cit.*, págs. 141 y 143, *Id.*, *El negocio jurídico*, *cit.*, págs. 29-31; asimismo, J. ALFARO, "Autonomía privada", *cit.*, pág. 62.

⁷⁷ Cfr. M. BASSOLS COMA, "Las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas en materia económica y el derecho a la libertad de empresa. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 1981)", *REDC* 5 (1982), págs. 177-178.

por el Centro, con el objeto de eliminar la discreción de los poderes públicos. Por el momento no se ha aprobado esta norma de desarrollo.

38. Por lo demás, la Ley mantiene la habilitación a la Administración para imponer el transportista a la agencia de transporte, quien se halla obligada a contratar un porcentaje de su carga a través del Centro de contratación de cargas.

3. Las restricciones que afecten al contenido y al tipo contractual

A) La fijación del precio por la Administración de transporte

39. Tradicionalmente, la Administración ha estado investida de potestad para determinar el precio de los bienes y servicios⁷⁸. Sin embargo, en las últimas décadas, el ejercicio de dicha potestad ha ido disminuyendo de manera progresiva en intensidad en relación con las actividades económicas de titularidad privada, como consecuencia de las políticas liberalizadoras que responden a un nuevo entendimiento de la relación entre el derecho a la libertad de empresa y los poderes de intervención pública.

40. El intervencionismo de la Administración en los precios es manifestación de una de las restricciones más intensas de la libertad contractual⁷⁹. El Estado sustituye la voluntad y capacidad de negociación de las partes contratantes (empresario y consumidor, o dos empresarios) en la toma de una decisión económica⁸⁰. La imposición de precios o de tarifas obligatorias supone, por tanto, una limitación de la libertad de empresa⁸¹.

41. En cuanto al grado de intervención, existen tres técnicas en la determinación del precio del contrato privado⁸²:

1. Sistema de precios fijos obligatorios. En este caso no hay margen alguno para la negociación. La negociación de la libertad es absoluta.
2. Sistema de precios mínimos y/o máximos obligatorios. Caben tres supuestos diferentes: a) fijar una horquilla con un precio mínimo y un precio máximo, dentro de cuyo margen hay un espacio de libertad de competencia y libertad contractual, si bien reducido⁸³; b) establecer precios mínimos obligatorios sin que haya un máximo, por encima de los cuales las partes pueden determinarlo libremente; c) imponer precios máximos con libertad para fijar el precio del producto o servicio por debajo de los mismos.
3. Sistema de precios de referencia. Su finalidad es orientar el mercado sin vincular. El sistema de precios de referencia es el modo de intervención pública de menor intensidad.

Tanto el Derecho comunitario como el Derecho español han sufrido una evolución gradual, partiendo de un régimen de tarifas intervenidas a la absoluta libertad de fijación de precios en el sector del transporte de mercancías por carretera.

42. En el marco del ordenamiento comunitario el régimen tarifario se enmarcaba en el transporte de mercancías por carretera por cuenta ajena entre Estados miembros (transporte internacional)⁸⁴.

⁷⁸ Extensamente sobre la evolución de este mecanismo de intervención, vid. J. TORNOS MAS, *cit.*, págs. 33-93.

⁷⁹ Cfr. F. DE CASTRO, "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *ADC*, 1982, pág. 1048; G. FARJAT, *L'ordre publique économique*, Paris, 1963, pág. 29.

⁸⁰ C. PAZ-ARES/J. ALFARO, *cit.*, pág. 6022; R. SAVATIER los denomina "contrats réglementés", *cit.*, pág. 85.

⁸¹ J. TORNOS MAS, *cit.*, págs. 223-224 y 231-235; F. OSSENBUHL, *cit.*, pág. 21.

⁸² U. IMMENGA, *Wettbewerbsbeschränkungen*, *cit.*, págs. 6-9; W. FIKENTSCHE, *Marktmacht und Preisunterbietung im Verkehr*, Bonn – Bad Godesberg, 1970, pág. 10; V. EMMERICH, *Kartellrecht*, *cit.*, pág. 448; J. BASEDOW, *Der Transportvertrag*, *cit.*, pág. 151; J. TORNOS MAS, *cit.*, págs. 224, 247-248.

⁸³ J. BASEDOW, *Wettbewerb auf den Verkehrsmärkten*, *cit.*, pág. 15.

⁸⁴ Para un estudio más detallado de los distintos Reglamentos comunitarios, vid. M. BRIGNARDELLO, *La disciplina delle tariffe e dei prezzi nel settore dei trasporti*, Torino, 2000, págs. 152-159.

El Reglamento (CEE) 1174/68, de 30 de julio, supuso la primera medida intervencionista. El legislador comunitario establecía un sistema de margen tarifario (horquilla de máximos y mínimos) obligatorio, que era concretado de común acuerdo por los Estados miembros en cuyo territorio tenía lugar la carga y descarga de las mercancías (art. 4). Se requería, por tanto, la celebración de acuerdos bilaterales. Según los considerandos del Reglamento, el límite máximo pretendía evitar abusos de posición de dominio, mientras que el límite mínimo aseguraba una remuneración justa al transportista. Se criticó la ausencia de criterios uniformes para la determinación del precio, así como las dificultades para su aplicación y control⁸⁵. Posteriormente se aprobó el Reglamento (CEE) 2831/77, de 12 de diciembre. Los Estados miembros podían elegir entre la introducción de un sistema de margen tarifario obligatorio, o bien la aprobación precios de referencia. De este modo se pretendía evitar una transición brusca de un régimen intervencionista a otro liberal, aunque evidentemente ello no suponía una política *común* de transporte⁸⁶. Seguidamente, el Reglamento (CEE) 3568/83, de 1 de diciembre, no supuso grandes avances en el proceso de liberalización. Como sistema preferente se establecía la aprobación de tarifas de referencia por parte de los Estados miembros, si bien se mantenían mecanismos para la instauración de tarifas obligatorias en circunstancias especiales. Finalmente, desde el 1 de enero de 1990, con la entrada en vigor del Reglamento (CEE) 4058/1989, de 21 de diciembre, se introduce el principio de libre fijación del precio del transporte entre Estados miembros por las partes del contrato (art. 2). El ámbito de aplicación alcanza a los contratos de transporte con trayectos entre los Estados miembros, aun cuando en una parte del recorrido el transporte se efectúe en tránsito por un país tercero, o en un vehículo de carretera que a su vez vaya cargado, sin transbordo de mercancías, en otro medio de transporte (art. 1).

43. Este proceso liberalizador en relación con el transporte internacional contrasta con la ausencia de medidas legislativas, en el ámbito comunitario, en cuanto al transporte de cabotaje (realizado por transportistas dentro de un Estado miembro por no residentes) y el transporte nacional⁸⁷. Uno y otro están sometidos, por tanto, a lo establecido en los derechos nacionales de los Estados miembros. Ello no significa que éstos estén ilimitadamente facultados a intervenir el precio del transporte. Debe tenerse en cuenta que una medida en este sentido puede tener el efecto de restringir la competencia, anulando el efecto útil de los arts. 101 y siguientes TFUE. En tal caso la medida nacional no estaría permitida.

44. Por su parte, también el Derecho español ha sufrido un proceso de desregulación del precio del transporte de mercancías por carretera, que ha culminado con la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Esta Ley modifica la Ley de Ordenación de los transportes terrestres y expresamente establece que el precio de los transportes discrecionales de viajeros y de mercancías, y el de las actividades auxiliares y complementarias de transporte, será libremente fijado por las partes contratantes (nueva redacción del art. 18 LOTT).

45. En realidad, el precio ya estaba liberalizado. El punto de inflexión se produjo con la aprobación del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica. Hasta ese momento, los transportes de mercancías por carretera estaban sujetos al régimen de precios autorizados de ámbito nacional. Desde ese momento quedaron totalmente liberalizados⁸⁸. No obstante, la LOTT seguía manteniendo la posibilidad de que, con carácter excepcional, se aprobaran reglamentariamente medidas intervencionistas.

46. A pesar de que este régimen ya no está en vigor, es interesante analizarlo desde una perspectiva constitucional, atendiendo al interés protegido y al principio de proporcionalidad. El Título primero de la LOTT, que comprende las disposiciones comunes a los diferentes modos de transporte terrestre, dedica su capítulo III (arts. 17 a 24) al régimen económico-financiero de los servicios y actividades de

⁸⁵ M. L. TUFANO, *I trasporti terrestre nella CEE*, Milano, 1990, pág. 110.

⁸⁶ M. BRIGNARDELLO, *cit.*, pág. 157.

⁸⁷ A. EPINEY/R. GRUBER, *Verkehrsrecht in der EU*, Baden-Baden, 2001, págs. 243-244.

⁸⁸ Con más detalles, G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Los transportes por carretera”, *cit.*, págs. 453-454.

transporte terrestre. La Ley distingue dos regímenes económicos en función de que la actividad de transporte se desarrolle con ocasión de una concesión o de una autorización administrativa.

47. En el primer caso, la actividad desarrollada por el concesionario queda sometida a la legislación estatal sobre régimen económico del contrato de gestión de servicios públicos (art. 17.2). Al tratarse de una actividad cuya titularidad es del Estado, a éste le corresponde determinar todas las condiciones necesarias para su ejercicio. No hay margen para la libertad de empresa; ésta es inexistente.

48. En el caso de titularidad privada de la actividad de transporte para cuyo ejercicio se requiere una autorización administrativa previa, los empresarios de transporte (prestadores de servicios de transporte público y de actividades auxiliares o complementarias del mismo) llevarán a cabo su explotación, con carácter general, con plena autonomía económica, gestionándolo a su riesgo y ventura (art. 17.1). La consecuencia de este segundo régimen debía ser la libre fijación de los precios del transporte. Sin embargo, hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2009, dicha libertad se encontraba condicionada a la inexistencia de tarifas obligatorias o de referencia aprobadas por la Administración de transportes (antigua redacción del art. 18.1 LOTT)⁸⁹.

49. La redacción del art. 18 LOTT daba a entender, por su orden de exposición, que la regla general era la existencia de precios intervenidos, y la excepción la libertad. Probablemente ello respondiera a razones históricas, dado que el transporte ha sido un sector tradicionalmente sometido a tarifas obligatorias⁹⁰.

50. Las justificaciones que recogía la legislación para la intervención en el precio eran de tipos: a) razones de ordenación específicas del mercado del transporte, y b) razones de política económica

51. Las razones de ordenación específicas del mercado del transporte se centraban en la protección de la posición de los usuarios y/o de los transportistas, para asegurar el mantenimiento y continuidad de los servicios o actividades de transporte o para la realización de los mismos en condiciones adecuadas (art. 18.2 LOTT).

52. Una medida intervencionista de aprobación de precios mínimos y máximos en este contexto pretende proteger a las dos partes del contrato: transportista y cargador. Por un lado, al transportista se le aseguran ganancias que (teóricamente) cubren los costes de producción, garantizando su rentabilidad. Con este efecto inmediato se consigue el fin último y mediato de mantener la continuidad de un servicio calificado de interés general⁹¹. Se parte del convencimiento de que el mercado del transporte por carretera adolece de ciertos fallos que lo abocan a una competencia ruinosa, si es abandonado al libre juego de la oferta y la demanda (teoría de las especialidades)⁹². Por otro lado, con la prohibición de precios que superen los máximos aprobados, se procura evitar el abuso sobre el usuario en los casos de escasez de oferta del servicio⁹³. Se presume la incapacidad de negociación del cargador ante fuertes posicionamientos de la otra parte del contrato, especialmente de las agencias del transporte. El propio Tribunal

⁸⁹ La terminología utilizada por la LOTT en este ámbito ha sido criticada. Tradicionalmente el término “tarifa” se utiliza para los servicios públicos (actividad económica cuya titularidad está reservada al Estado) y “precios administrativos” para aquéllos establecidos por la Administración en una relación jurídico-privada desarrollada en el seno de una actividad económica de titularidad privada que se encuentra reglamentada; sin embargo, la LOTT recurre únicamente al primero sin distinguir entre ambos supuestos. Vid. E. CARBONELL PORRAS, *Régimen jurídico-administrativo*, cit., pág. 47.

⁹⁰ Como ejemplo, vid. también el desarrollo en el derecho alemán, J. BASEDOW, *Der Transportvertrag*, cit., págs. 141-146.

⁹¹ Cfr. A. DÍAZ MORENO, “El contrato de transporte terrestre”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Derecho Mercantil*, Barcelona, 2003, Vol. II, pág. 609.

⁹² Extensamente sobre esta cuestión en el Derecho alemán, IU. MMENGA, *Wettbewerbsbeschränkungen*, cit., págs. 58-69.

⁹³ Cfr. W. FLUME, *El negocio jurídico*, cit., págs. 34-35, quien trata la cuestión con carácter general y ante la escasez de cualquier bien. En el mismo sentido, J. L. VILLAR PALASÍ, “Poder de policía y precio justo: el problema de la tasa de mercado”, *RAP*, (1955) 16, pág. 74.

Supremo justificó estas medidas en el necesario mantenimiento del sector de transporte en idóneas condiciones para evitar su degradación o desaparición⁹⁴.

53. Sin embargo, es criticable que esta medida sea necesaria para la finalidad perseguida. El problema del sector es el exceso de oferta; el mantenimiento artificial de los precios sólo consigue posponer la reducción de ese exceso, mientras la causa de la competencia ruinosa permanece⁹⁵. Otras medidas alternativas para que la oferta se ajuste a los niveles de demanda, p. ej. medidas sociales que faciliten el abandono de la actividad, parecen menos lesivas para la competencia.

54. Por otro lado, las razones de política económica van más allá de la específica ordenación y repercusión en el mercado específico del transporte. La incidencia en los precios del transporte se deriva, en este caso, de la legislación de control de precios. No se trata de la potestad tarifaria de la Administración, sino de la potestad de ordenación de los precios⁹⁶. La misma encuentra su base legal en la Constitución. El Estado, mediante Ley, puede planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución (art. 131.1 CE). En todo caso, habría que ver qué aspectos de la economía general pueden verse afectados, pues se discute si es suficiente el argumento de combatir la inflación⁹⁷.

55. La siguiente cuestión que planteaba el régimen tarifario previsto por la LOTT era la determinación de las bases o criterios para establecer el precio. En principio, si el objetivo era evitar una competencia ruinosa el Estado no podía imponer un precio, máximo o fijo, que no cubriera los costes de producción⁹⁸. Esta medida habría resultado desproporcionada para el operador de transporte, hasta el punto de que le hubiera obligado a abandonar la actividad. Debían determinarse los costes de producción que actuarían como límite a la fijación de tarifas por la Administración de transporte. En este sentido, la doctrina administrativista apuntó como criterio objetivo «los costes normalizados del proceso productivo de que se trate, incluyendo la justa remuneración del trabajo empresarial y el normal beneficio industrial del capital empleado»⁹⁹.

⁹⁴ STS de 9 de junio de 1997: «La horquilla entre un máximo y un mínimo de la tarifa obligatoria, aparte de ser coyuntural en su cuantía, como se infiere del propio artículo impugnado en su párrafo 2.8., tiene un marcado carácter proteccionista de los dos sujetos intervinientes en la relación del transporte -cargador y transportista-, lo que, como consecuencia, produce el efecto reflejo del mantenimiento del servicio y su continuidad en condiciones adecuadas. El límite máximo protege a los cargadores en los periodos de mayor demanda, mientras que el mínimo lo hace con los transportistas en las épocas bajas, todo ello relacionado con la existencia o no de cupos en un momento determinado del año, y con la cuantía de los mismos. Se pretende, en definitiva, mantener el servicio en idóneas condiciones y evitar su degradación o incluso desaparición, ya sea por envilecimiento de los precios por debajo de los costes, bien por superar los niveles a extremos tales que sólo puedan ser satisfechos por empresas muy poderosas, con el grave quebranto que esto representaría para una competencia leal en el sector correspondiente.»

⁹⁵ Comisión Nacional de la Competencia, *Informe sobre la fijación de tarifas mínimas en el transporte de mercancías por carretera*, de 10 de junio de 2008, págs. 43-55: «En cuanto a que se trata de una intervención desproporcionada se deduce de las circunstancias de hecho que concurren en el supuesto. Los transportistas consideran que, en una situación de exceso de oferta, los operadores más necesitados de ingresos trabajan por debajo de costes, haciendo inviable el futuro de las empresas. Y con independencia de que se trate de una afirmación de carácter genérico que sólo puede ser admitida con cautela, existen otros medios de solución menos lesivos para la competencia y el funcionamiento del mercado que la aprobación de tarifas por los poderes públicos. (...) se debe ahora insistir en el hecho de que la medida intervencionista que se propone carece de virtualidad para conseguir el fin que se pretende. La propia estructura del sector y el funcionamiento del mercado conducen a que existan múltiples posibilidades de trabajar por debajo de las tarifas (descuentos, ventajas adicionales, imposibilidad de que tales tarifas resultaran obligatorias para empresas del resto de los países de la UE, etc.). Nadie, por otra parte, puede pretender que se establezca un marco tarifario rígido y que, además, los poderes públicos se conviertan en vigilantes de su cumplimiento (...).»

⁹⁶ Vid. para la distinción, J. TORNOS MAS, *cit.*, págs. 95-99.

⁹⁷ Totalmente en contra, G. ARIÑO ORTIZ, *Principios constitucionales*, *cit.*, pág. 124. Para una crítica amplia sobre la intervención en los precios en relación con las actividades de servicio público, vid. mismo autor en *La regulación económica*, Buenos Aires, 1996, págs. 132-142. En sentido contrario, E. CARBONELL PORRAS, *Régimen jurídico-administrativo*, *cit.*, pág. 45.

⁹⁸ U. IMMENGA, *Wettbewerbsbeschränkungen*, *cit.*, pág. 63.

⁹⁹ G. ARIÑO ORTIZ, *Principios constitucionales*, *cit.*, pág. 121. En la misma línea y en relación con el servicio de taxis, TORNOS MAS, *cit.*, pág. 140.

56. Este parece ser el criterio que estableció la LOTT, aunque con alguna excepción. Por tanto, las tarifas del transporte público y de las actividades complementarias del transporte debían cubrir la totalidad de los costes reales en condiciones normales de productividad y organización, que permitían una adecuada amortización y un razonable beneficio empresarial y una correcta prestación del servicio o realización de la actividad, no dejando de retribuir, en su caso, las prestaciones complementarias (art. 19.1). Pero excepcionalmente, podían establecerse tarifas más bajas a cargo del usuario, siempre y cuando viniera justificado por motivos económicos, sociales e incluso tecnológicos y se compensara económicamente a los operadores de transporte afectados (art. 19.4). En ningún caso se admitirían subvenciones o apoyos que cubrieran déficits imputables a una inadecuada gestión empresarial (art. 19.4 *in fine*).

57. En definitiva, había que fijar los costes resultantes de una adecuada gestión empresarial (art. 29.1 ROTT). Las empresas cuyos costes de producción estuvieran por encima de una tarifa establecida conforme a este criterio objetivo, se veían obligadas a cesar en su actividad, eran expulsadas del mercado, sin que por ello se viera afectado su derecho a la libertad de empresa¹⁰⁰. La medida era proporcionada si se observa que otros empresarios (deberían haber sido la mayoría) sabían permanecer en el mercado, ya que sus costes de producción se ajustaban a una normalidad. Las empresas expulsadas lo eran exclusivamente por su mala gestión económica¹⁰¹.

58. En el año 2005, las asociaciones de transportistas exigieron al Gobierno español el establecimiento de tarifas mínimas obligatorias como consecuencia de la crisis que estaba atravesando el transporte de mercancías por carretera debido al incremento del precio del gasóleo. El Estado no accedió a intervenir el precio, sino que optó por una medida menos restrictiva para alcanzar el mismo objetivo: el establecimiento de una cláusula de actualización automática de precios de los transportes de mercancías por carretera, en función de las subidas o bajadas del precio del litro de gasóleo producidas desde el día de celebración del contrato y el día de realización del servicio.

59. El Ministerio de Fomento modificó la Orden Ministerial por la que se establecen las condiciones generales de contratación del transporte de mercancías por carretera para incluir una nueva cláusula, que las partes podían excluir mediante pacto, en cuya virtud el porteador puede actualizar en su factura el precio inicialmente pactado en atención al incremento experimentado por el precio del gasóleo entre el momento de celebración del contrato y aquél en que se realizó el transporte. A tal efecto se tomaban como referencia los datos relativos al precio medio del gasóleo publicados por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y los consumos referidos al vehículo de que se trate tenidos en cuenta en el Observatorio de costes del transporte elaborado por el Ministerio de Fomento.

60. Cuando no existían acuerdos por escrito, se consideraba como precio usual del tipo de transporte de que se trate en la plaza y momento en que el porteador hubiera de recibir la mercancía, salvo prueba en contrario, el coste que para ese tipo de transporte venía determinado en el último Observatorio de Costes publicado por el Ministerio de Fomento¹⁰².

61. La solución de la Orden ministerial ha venido refrendada por la Ley 15/2009, del contrato de transporte terrestre de mercancías (art. 38 LCTTM). El régimen de revisión del precio es, con carácter general, dispositivo, por lo que las partes pueden establecer un régimen diferente mediante pacto individualmente negociado, o mediante condiciones generales cuando sus obligaciones resulten más

¹⁰⁰ J. TORNOS MAS, *cit.*, págs. 151-152.

¹⁰¹ El criterio de la gestión eficaz junto con la prestación de servicios de transporte de una calidad adecuada, ha sido también elevado a regla jurídica por el Derecho Comunitario en relación con las obligaciones de servicio público, a la hora de compensar la desventaja económica que implican las obligaciones tarifarias (art. 12.1 Reglamento 1191/69).

¹⁰² Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se desarrollan y aplican distintas medidas relativas al sector del transporte por carretera, que se adoptaron en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de junio de 2005, para la mejora de las condiciones de transparencia y de competencia en el sector (BOE núm. 253, de 22 de octubre de 2005) y Orden FOM 3947/2005, de 9 de diciembre.

beneficiosas para el adherente (art. 3 LCTTM). Si el adherente es el porteador, y en las condiciones no figura una cláusula de revisión del precio del transporte por incremento del precio del gasóleo entre el momento de celebración del contrato y el momento de su ejecución, no concurre el supuesto de hecho del art. 3 LCTTM. En este escenario, las condiciones para el adherente-porteador le son más gravosas, por lo que el régimen legal se impone sobre las condiciones generales.

B) La imperatividad del régimen jurídico de la responsabilidad del porteador

62. La Ley 15/2009, de 11 de noviembre, reguladora del contrato de transporte terrestre de mercancías (LCTTM) es, con carácter general, de naturaleza dispositiva. La propia Ley dispone que, salvo expresa estipulación contraria, cabe el pacto sobre cláusulas que se aparten de su contenido (art. 3). Por ello, las partes disfrutan de la libertad contractual, bien en los términos negociados individualmente, o bien según las condiciones generales de adhesión más beneficiosas¹⁰³. Pero la regla general encuentra su excepción en el régimen jurídico de la responsabilidad del porteador, previsto en el capítulo V (arts. 46-63 LCTTM). Las disposiciones de este capítulo tienen carácter imperativo, y toda cláusula contractual que pretenda reducir o aminorar el régimen de responsabilidad del porteador será ineficaz y se tendrá por no puesta (art. 46 LCTTM). Se establecen los supuestos de imputación de la responsabilidad, las causas y presunciones de exoneración, las cuantías y los límites de la indemnización. La imperatividad del capítulo sobre la responsabilidad de porteador tiene una excepción: se presume que el valor de las mercancías perdidas o averiadas es el que aparece en la factura de venta, salvo pacto en contrario (art. 55 LCTTM).

63. El régimen jurídico de la responsabilidad es parte del contenido del contrato, y su imposición tiene efectos sobre la autonomía privada, en la medida en que limita la facultad del sujeto para regular algunos aspectos de su relación jurídico-negocial. La regla legal está por encima de la regla pactada, y la sustituye. Se trata de una regulación parcialmente heterónoma del contrato de transporte. Pero no puede afirmarse que esta restricción a la libertad contractual sea lesiva (restrictiva) de la libertad de empresa¹⁰⁴. La regulación de la disciplina del riesgo y, por ende, de la responsabilidad, exigen un grado de certeza en favor de la seguridad del tráfico jurídico que justifica la imperatividad de sus normas¹⁰⁵. Los límites de la autonomía de la voluntad responden en este caso a razones de orden público (art. 1255 CC), y repercuten en beneficio del propio empresario transportista (porteador) cuya libertad negocial se limita. La seguridad sobre el riesgo que cada parte debe correr se convierte en un bien aprovechable en la gestión de su actividad económica. No hay propiamente una colisión entre la libertad de empresa y otro bien jurídico que demanda protección, y frente al cual aquélla debe sacrificarse. La autonomía privada se limita para asegurar su correcto funcionamiento y el de la misma libertad de iniciativa económica¹⁰⁶. Así, se pone de manifiesto que la autonomía privada no se explica únicamente a nivel individual, sino también desde un enfoque colectivo¹⁰⁷.

64. Cuestión distinta es que la uniformidad en la disciplina del riesgo tenga como efecto la supresión del esfuerzo de los transportistas competidores en el ofrecimiento de condiciones más ventajosas para el usuario, consistentes en un agravamiento de la responsabilidad del porteador y la consecuente ampliación del grado de tutela del crédito del usuario. El régimen legal restringe, al menos formalmente, la competencia. Pero es dudoso que ello suponga una restricción material y perjudicial para el usuario, pues el porteador intentará compensar el agravamiento de su responsabilidad mediante su repercusión

¹⁰³ Vid. Exposición de Motivos II, párrf. cuarto.

¹⁰⁴ G. OPPO, "L'iniziativa economica", *cit.*, pág. 327.

¹⁰⁵ F. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, págs. 326-327.

¹⁰⁶ F. JORDANO FRAGA, *cit.*, págs. 322 y 324 (nota 2). En contra, L. FERRI, *La autonomía privada*, *cit.*, págs. 291-291 y 349-350, quien sostiene la tesis de que los límites de la actividad privada autónoma tienen siempre un carácter negativo, y no se traducen en un límite finalista o funcional de la propia autonomía privada; ésta, según el autor, no está al servicio de intereses generales o públicos.

¹⁰⁷ A. PAVONE LA ROSA, *cit.*, pág. 27.

en el precio. De este modo se equilibraría la prestación global con respecto a las ofertas de los competidores. Por otro lado, se niega la relevancia concurrencial de las normas que disciplinan el riesgo¹⁰⁸. Se puede incluso afirmar que el régimen uniforme garantiza la igualdad en la lucha competencia¹⁰⁹.

65. En todo caso, nótese que tras declarar la imperatividad del régimen de la responsabilidad del porteador, la ley sólo declara ineficaces las cláusulas que reduzcan o aminoren la responsabilidad de este sujeto (art. 46.2 LCTTM). Nada dice, al menos no expresamente, de las cláusulas que agraven la responsabilidad. Una interpretación teleológica en el sentido de que la norma únicamente busca la protección del usuario-cargador, mantendría la validez de aquellas cláusulas. En tal caso, no se plantearía la cuestión en términos de competencia.

C) La imposición del tipo contractual a los intermediarios de transporte

66. La legislación administrativa define las agencias de transporte como las empresas especializadas en intermediar en la contratación de transportes de mercancías, como organización auxiliar interpuesta entre los usuarios y los transportistas (artículos 120.1 LOTT y 159.1 ROTT). Y a los transitarios como aquellas especializadas en organizar, por cuenta ajena, transportes internacionales de mercancías, recibiendo mercancías como consignatarios o entregándolas a quienes hayan de transportarlas y, en su caso, realizando las gestiones administrativas, fiscales, aduaneras y logísticas inherentes a esa clase de transportes o intermediando en su contratación (artículos 121 LOTT y 167 ROTT). Por su parte, los operadores logísticos se especializan en organizar, gestionar y controlar, por cuenta ajena, las operaciones de aprovisionamiento, transporte, almacenaje o distribución de mercancías que precisan sus clientes en el desarrollo de su actividad empresarial (art. 122 LOTT). Con independencia de la realización de otras labores, su actividad esencial es la intermediación en la actividad de transporte. También los almacenistas-distribuidores en su tareas de distribución necesitan la colaboración de transportistas, y en este sentido actúan como intermediarios entre éstos y los cargadores (arts. 123 LOTT y 172 ROTT).

67. Todos estos intermediarios (titulares de una autorización de operador de transporte deberán), así como las cooperativas de transporte que realicen labores de mediación, deberán contratar en nombre propio tanto con el demandante del servicio como con el transportista que vaya a realizarlo (art. 119.3 II LOTT)

68. Asimismo, la legislación mercantil dispone que los empresarios transportistas, las cooperativas de trabajo asociado dedicadas al transporte, las cooperativas de transportistas y sociedades de comercialización de transportes, los operadores y agencias de transporte, los transitarios, los almacenistas-distribuidores, los operadores logísticos, así como cualesquiera otros que contraten habitualmente transportes o intermedien habitualmente en su contratación, sólo podrán contratarlos en nombre propio (art. 5.2 LCTTM). La propia dicción del precepto revela su carácter imperativo, reforzado por la legislación administrativa que regula esta cuestión en el mismo sentido¹¹⁰. La Exposición de motivos indica que, en líneas generales, se consagra la solución que ya se ofrecía en la normativa de ordenación del transporte terrestre.

69. Esta obligación de contratar en nombre propio implica adquirir la condición de porteador en un contrato de transporte frente al cargador, pues conforme a la definición de la LCTTM, el porteador es, precisamente, quien asume la obligación de realizar el transporte en nombre propio con independencia

¹⁰⁸ Cfr. H. KÖTZ, “Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen?”, *Verh. 50 DJT* (1974) A 35; J. BASEDOW, *Der Transportvertrag*, *cit.*, págs. 27-28.

¹⁰⁹ Cfr. G. OPPO, “L’iniziativa economica”, *cit.*, pág. 327.

¹¹⁰ En contra de la imperatividad del art. 120 LOTT, E. VALPUESTA GASTAMINZA, “Naturaleza jurídica de la comisión de transporte tras la Ley de ordenación de los transportes terrestres”, *CDC* (1991) 9, págs. 106-108.

de que lo ejecute por sus propios medios o contrate su realización con otros sujetos (art. 4.2 LCTTM)¹¹¹. Aun cuando el precepto no nombre expresamente la figura del porteador, sí se refiere a ella la Exposición de motivos de la Ley¹¹². De ahí se sigue que el intermediario de transporte, cuando realice labores de intermediación con carácter profesional, no puede elegir entre la celebración de un contrato de comisión (art. 275 C. Com.) y el contrato de transporte. Éste último y su régimen imperativo de la responsabilidad del porteador se imponen. Se trata, por tanto, de una restricción de la libertad de empresa por la imposición del tipo contractual y de su contenido¹¹³.

70. El régimen anterior del Código de comercio planteaba importantes problemas en cuanto a la naturaleza jurídica de la relación del intermediario profesional de transporte con el cargador. Esta cuestión fue largamente discutida por la doctrina española, otorgándose argumentos tanto a favor del contrato de comisión, si bien de garantía, como del contrato de transporte¹¹⁴. Con la aprobación de la Ley 15/2009, este tema ha quedado resuelto: el intermediario que desarrolla esta actividad con carácter profesional asume obligatoriamente la posición jurídica del porteador, por lo que celebra un contrato de transporte terrestre de mercancías.

71. Desde la perspectiva de la restricción de la libertad de empresa, debe analizarse la justificación de esta opción legislativa. El fundamento de esta imposición es la seguridad del tráfico y la protección del cargador¹¹⁵. Éste puede encontrar grandes dificultades a la hora reclamar contra el porteador efectivo (transportista), que ha sido elegido por el intermediario en tanto que profesional de la actividad de transporte. Probablemente tanto el transportista como las condiciones del contrato de transporte sean desconocidas para el cargador (STS de 11 de octubre de 1986). Incluso cabe que carezca de medios para averiguar quién ha transportado efectivamente las mercancías¹¹⁶. Si el cargador concluye el contrato de transporte con el intermediario, tendrá identificado al deudor de la prestación de transporte contra el que, en su caso, podrá entablar la pertinente reclamación judicial. Siendo éste el fundamento, es dudoso que la razón de interés general subsista en aquellos casos en los que (aun siendo marginales en la práctica) el cargador elige al transportista (porteador efectivo), imponiéndoselo al intermediario. En tal caso, éste estaría actuando como un auténtico comisionista y la restricción no estaría justificada.

72. En la mayoría de los casos, en los que sí concurre una razón de interés general, la imposición al intermediario de transporte del tipo contractual es una restricción de la libertad de empresa propor-

¹¹¹ Parece inicialmente en contra, A. EMPARANZA, *El concepto de porteador*, cit., pág. 167 (nota 402), pues en relación con el art. 120 LOTT, el autor entiende que la agencia de transporte no suplente la posición del porteador, sino que se trata de una norma jurídica remissiva que permite la aplicación a un supuesto de hecho de las consecuencias jurídicas de otro al que se remite. Sin embargo, en su interpretación del antiguo art. 379 C. Com. concluye que se trata de un auténtico contrato de transporte, *Id.*, cit., págs. 175-177.

¹¹² Vid. EM IV: «Con ello se trata, por una parte, de clarificar la posición contractual de los transitarios, operadores de transporte, agencias de transporte y demás personas que intermedien en el transporte, consagrando, en líneas generales, la solución que ya se ofrecía en la normativa de ordenación del transporte terrestre (y, en última instancia, también en el artículo 379 del Código de Comercio), que obligaba a tales intermediarios a contratar el transporte siempre en nombre propio y a asumir la posición del porteador.»

¹¹³ Cfr. H. DILCHER, cit., pág. 1040; J. BASEDOW, *Der Transportvertrag*, cit., pág. 191.

¹¹⁴ Vid. M. GARCÍA AMIGO, “La relación contractual de transporte entre las agencias de transporte y sus usuarios: legislación y condiciones generales de la contratación”, *RDM* 94 (1964), págs. 311 ss; SECO CARO, “El comisionista de transportes”, *RDM* 98(1965), págs. 237 ss; SÁNCHEZ ANDRÉS, “El transporte combinado el mercancías”, *RDM* 135-136(1975), págs. 49-89; E. VALPUESTA GASTAMINZA, cit., págs. 79-109; A. RECALDE, *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte: función representativa*, Madrid, 1992, págs. 367-370; L. M. PILOÑETA ALONSO, *Las agencias de transporte de mercancías*, Barcelona, 1997, págs. 85 ss; J. L. GABALDÓN GARCÍA, “Intermediarios del transporte y porteadores contractuales”, *RDM* 238 (2000), págs. 1723 ss; C. GÓRRIZ, *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías*, Bolonia, 2001, págs. 226 ss; A. EMPARANZA, *El concepto de porteador*, cit., págs. 169-177 y 349-355.

¹¹⁵ En relación con el art. 120.2 LOTT, E. VALPUESTA GASTAMINZA, cit., págs. 94-95. Cfr. A. EMPARANZA, *El concepto de porteador*, cit., págs. 199-200, con anterioridad a la LCTTM, utilizaba este argumento con el objeto de fundamentar la naturaleza imperativa de la responsabilidad del comisionista de transporte derivada de los arts. 120 LOTT y el ya derogado art. 379 C. Com.

¹¹⁶ Vid. E. SIDERA LEAL, “Art. 5”, en J. DUQUE/F. MARTÍNEZ SANZ/A. EMPARANZA/M^a V. PETIT LAVALL, *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, Cizur Menor, 2010, págs. 90-91, donde se presenta esta situación como la habitual en el mercado español de transporte.

cionada: adecuada para la tutela judicial del cargador, necesaria y ponderada. El intermediario concluye un diferente contrato de transporte con el transportista, asumiendo éste último la posición jurídica del porteador y aquél la del cargador; de este modo puede repercutir sobre el porteador efectivo las responsabilidades que tuvo que asumir frente al usuario, y que tenían como origen el incumplimiento por parte del transportista de las obligaciones propias del contrato de transporte que celebró con el intermediario.

IV. Conclusiones

73. En el contexto de la regulación de las relaciones entre particulares en el contrato de transporte de mercancías por carretera es evidente la tensión entre la autonomía privada y la intervención estatal. Distintas medidas son una clara manifestación de la limitación de la libertad contractual. Es el caso de la obligación legal de prestar el servicio de transporte, la imposición de las partes del contrato de transporte o la obligación de asumir la posición jurídica de cargador o de porteador.

74. La resolución de este enfrentamiento se ve condicionada por el reconocimiento de la autonomía privada y la libertad contractual en los textos constitucionales, en tanto que parte del contenido de determinados derechos fundamentales: el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de empresa. En este sentido, las restricciones de la libertad de empresa deben quedar limitadas a aquellos supuestos en los que se halle debidamente (constitucionalmente) justificadas, sujetándose al principio de proporcionalidad (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

75. Ahora bien, no toda regulación del contrato de transporte supone necesariamente una lesión del derecho subjetivo a la libertad de empresa. Cuando la limitación de la autonomía privada repercute en beneficio del propio empresario transportista (porteador) cuya libertad comercial se limita, no cabe hablar de colisión con su libertad de empresa. Así sucede con la imperatividad del régimen jurídico de la responsabilidad del porteador. En la medida en que el porteador conoce de antemano cuál es el riesgo que debe asumir y asegurar, se le facilita la gestión de su actividad económica.