

## **RESOLUCIÓN (Expte. R 79/94 Tandem - Ruta Sur)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.  
Fernández Ordóñez, Presidente  
Alonso Soto, Vicepresidente  
Bermejo Zofío, Vocal  
Alcaide Guindo, Vocal  
de Torres Simó, Vocal  
Soriano Garcia, Vocal  
Menéndez Rexach, Vocal  
Petitbò Juan, Vocal

En Madrid, a 15 de diciembre de 1994

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada Al Margen Y Siendo Ponente El Vocal Sr. Bermejo Zofío, Ha Dictado La Siguiete Resolución en el expediente R 79/94 (842/92 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado para resolver el recurso interpuesto por Tandem Transportes, S.A. y Ruta-Sur, S.A. contra el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia, de 28 de marzo de 1994, por el que se sobreseyó el expediente inicialmente incoado como consecuencia de la denuncia de Tandem Transportes S.A. y Ruta-Sur S.A. contra la Unión Española de Explosivos S.A.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 28 de marzo de 1994 el Director General de Defensa de la Competencia acuerda un segundo sobreseimiento del expediente incoado el 8 de junio de 1992 a instancia de D. Pedro Cabeza Generoso, en representación de Tandem Transportes S.A. y Ruta-Sur S.A. (TT-RS), contra la Unión Española de Explosivos S.A. (UEE) porque *"aceptada la situación de posición de dominio de la UEE en el mercado de transportes de largo recorrido de los explosivos fabricados por ella, ... procede examinar si se ha producido o no abuso desde esa posición dominante, puesto que la existencia o no del mismo definirá la ilicitud o licitud, dentro del ámbito de defensa de la competencia, de la conducta de la entidad denunciada.*

*Efectivamente, las razones de ésta respecto al reparto de los riesgos en cuanto a los transportes de explosivos intentando bajar el índice de dependencia respecto a las empresas denunciantes no puede tener, en ningún momento, la calificación de abuso, teniendo en cuenta, además, los términos en que están redactados los contratos, -no exclusividad, no*

*cantidades mínimas de tonelaje a transportar, no facturación mínima, etc.- y, por ello, ante la reacción llevada a cabo por las entidades denunciantes, de la que hay profusa información en el expediente (folios 620 a 630 y 1194 a 1197), ante esta política o estrategia comercial hizo que la empresa arrendadora de estos servicios perdiera la confianza para encargar estos delicados transportes y diera lugar a la denuncia de los correspondientes contratos.*

*Por todo ello, cabe concluir que no existe abuso de posición de dominio por parte de Unión Española de Explosivos, S.A., procediendo el sobreseimiento del presente expediente".*

2. El Acuerdo es recurrido por D. Pedro Cabeza Generoso, en la representación que ostenta. Llegado el recurso al Tribunal, se solicita informe del Servicio, el que afirma que el recurso está interpuesto dentro de plazo y, en cuanto al fondo, que mantiene su postura; se designa Ponente y se pone de manifiesto a las partes para alegaciones. Recibidas éstas, el Tribunal decide, como diligencia para mejor proveer, solicitar de la UEE determinados datos e informaciones que, con posterioridad, se trasladan a la parte recurrente para alegaciones.
3. Los motivos de la impugnación del sobreseimiento se pueden resumir en las alegaciones siguientes:
  - 3.1. El Servicio no ha realizado todos los estudios que le había mandado el Tribunal en su Resolución de 11 de mayo de 1994 por la que estimaba el recurso anterior del mismo recurrente contra un primer acuerdo de sobreseimiento dictado por el Servicio.
  - 3.2. Las causas invocadas por la UEE para justificar la ruptura de la relación contractual con las recurrentes no son consistentes, por lo que el Servicio debería haber formulado acusación por abuso de posición dominante, como se le ordenaba en la Resolución del Tribunal de 11 de mayo de 1994 "si de los datos que resulten no se justificara debidamente la ruptura de la relación contractual con el denunciante".

La razón primeramente invocada por la UEE consiste en que TT-RS han recibido un trato de favor frente a los demás transportistas, en el reparto de los encargos de transporte que necesita la UEE, debido a la vinculación de un antiguo administrador suyo con las sociedades que representa D. Pedro Cabeza Generoso. Pero, alegan las recurrentes, la vinculación no ha sido probada y los encargos de transportes que se han encomendado a TT-RS no han supuesto ningún perjuicio económico para la UEE. Los precios pagados a

todos los transportistas son los mismos y el que los portes los realicen éstos o aquéllos no genera ningún otro tipo de ventajas o diferencias económicas para la UEE, según ésta reconoce expresamente.

A más de la razón anterior, se alega por la UEE su excesiva dependencia de TT-RS al efectuar entre las dos alrededor del 43% de los transportes de explosivos de largo recorrido que precisaba UEE. Pero, argumentan las recurrentes, si la UEE quiere redistribuir sus encargos debe hacerlo de forma ordenada, mediante negociaciones con las partes y no suprimiendo bruscamente los encargos a TT-RS, hecho que ha provocado su expulsión del mercado. Porque los camiones especiales de cuatro ejes que TT-RS tienen dedicados a los transportes que les encomienda la UEE no son susceptibles de emplearse en transportes de otros productos sin una previa transformación muy costosa y no rentable, según el informe pericial aportado al expediente. La reordenación o reparto entre los diversos transportistas de los portes que quiere la UEE no sirve como justificación para no contratar ninguno con TT-RS.

La tercera razón alegada por la UEE es la reacción airada de TT-RS ante la falta de encargo de portes que motivó su pérdida de confianza en TT-RS, induciéndola a no prorrogar el contrato de 1990. Para las recurrentes es una apreciación o juicio subjetivo y la reacción de sus trabajadores frente a la UEE no constituye una causa objetiva para terminar una relación contractual. TT-RS han prestado un inmejorable servicio de transporte y han venido cumpliendo estrictamente sus obligaciones contractuales: no hay, en todo el expediente, una queja de la UEE en este sentido.

4. Por último, las recurrentes insisten en una nueva interpretación del contrato de 1 de marzo de 1990 que se separa de la interpretación mantenida por la UEE y compartida por las propias recurrentes en el escrito de denuncia que originó el expediente. Se decía en aquel escrito que el contrato se caracterizaba, entre otras notas, por ser un contrato marco que no garantiza un nivel mínimo de carga o servicios, de modo que cada encargo constituye *per se* un contrato de transporte independiente dentro del contrato marco, y por tener una duración de un año renovable salvo preaviso de seis meses. Se dice ahora que es un contrato de colaboración permanente, que debe durar lo que exija la amortización de los camiones en él previstos, y que genera la obligación de UEE de encargar unos portes que se correspondan también con los camiones enumerados en el propio contrato. Concluyen solicitando que el expediente continúe para que se declare esta responsabilidad.

5. Son interesados:
  - Tandem Transportes S.A.
  - Ruta-Sur S.A.
  - Unión Española de Explosivos S.A.
  
6. Ha sido Ponente el Sr. Bermejo Zoffío, si bien el Presidente del Tribunal, de conformidad con las facultades que le otorga el artículo 40 e) del Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia, encargó la redacción al Vocal Sr. Soriano García.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. A la vista de la abundante información acumulada en la larga tramitación de este expediente puede afirmarse que los elementos básicos que delimitan la cuestión planteada no ofrecen dudas. UEE tiene una posición de dominio, desde el lado de la demanda, en el mercado del transporte a larga distancia dentro del territorio nacional, de explosivos para uso industrial. UEE tiene un modelo de contrato sustancialmente igual para todos sus transportistas, contrato que a partir del 1 de marzo de 1990 regula también sus relaciones con TT-RS. UEE disminuye drásticamente, en abril de 1992, los encargos de transporte a larga distancia que venía encomendando a TT-RS, y anuncia el 7 de julio de 1992 su voluntad de no prorrogar el contrato más allá de su vencimiento, esto es, del 1 de marzo de 1993. UEE considera, a partir de este momento, que no está obligada, ni por la Ley 16/1989 ni por el contrato de 1990, a contratar más transportes con TT-RS.
  
2. En primer lugar, es necesario determinar cuáles son las infracciones de la Ley 16/1989 que podrían en principio imputarse a un monopolista de demanda (monopsonista) por una conducta consistente en dejar de contratar con uno de sus suministradores de bienes y servicios.

La Exposición de Motivos de la Ley explicita que se prohíbe tanto el ejercicio abusivo del poder económico como aquellas conductas unilaterales que por medios desleales sean capaces de falsear sensiblemente la competencia.

A este respecto sería posible aplicar la prohibición de abuso de posición de dominio contenida en el artículo 6 y/o la de falseamiento de la libre competencia por actos desleales contenida en el artículo 7.

Como el Tribunal ya ha puesto de manifiesto en el Fundamento de Derecho nº 9 de su Resolución de 30 de diciembre de 1991 (Expte. 295/91, Bombas de Cobalto), en la Ley 16/1989, al contrario de lo que ocurría en la vieja

Ley 110/1963, el artículo 7 debe ser aplicado al margen de los artículos 1 ó 6 en caso de concurso, cuando de las circunstancias se derive que la infracción de la libre competencia persistiría incluso de no existir colusión o abuso de posición de dominio.

- 2.1. Para la resolución de este expediente, conviene comenzar por discutir cuál debe ser la interpretación de la prohibición general del artículo 6 y sus ejemplificaciones contenidas en las diferentes letras de su apartado 2.

El art. 3.1 del Código Civil, establece los modos generales de interpretación de las normas en nuestro Ordenamiento.

Señala este precepto:

*"Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas".*

Se trata, pues, de hacer efectiva una norma. Nunca de inutilizarla. Buscar la interpretación más acorde para que sea efectiva la ejecución de su contenido normativo.

La interpretación debe realizarse siguiendo la idea general de eficacia de las normas de que su existencia responde a un contenido que tiene como finalidad operar sobre la realidad y acomodar tal contexto a la voluntad del legislador, que es precisamente la base de la opción interpretativa que aquí se defiende. Se trata de afirmar, simplemente, que el art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, establece un supuesto general en el que prohíbe la comisión de la figura del abuso de posición de dominio. Y en los varios números que le siguen a continuación, establece especificaciones a esa cláusula general, ya que *modus illustrationis*, lo que se quiere es ofrecer a la comunidad de negocios ejemplos claros de lo que constituye abuso para el legislador, ante la visión general que es en definitiva el concepto "abuso" y el concepto "posición de dominio". Resulta lógico, dentro de la economía de la norma, que ante la necesidad de reflejar claramente lo que la *mens legislatoris* tiene previsto, se quiera ofrecer una lista o elenco de supuestos en los que el legislador tiene claramente establecido que ese supuesto de abuso de posición de dominio sí se da. Pero nunca a modo de "cláusula cerrada" ya que con meridiana claridad el legislador, tras establecer la cláusula global, señala algunos supuestos en los que en particular

se comete el abuso de posición de dominio. Y lo hace así por dejar claro que se trata de supuestos de comisión del tipo infractor, no porque haya establecido un elenco cerrado de supuestos o casos.

Tales casos tienen una aplicación clara, pero sin ningún tipo de jerarquía o preferencia sobre el supuesto general, del que se limitan a ser una mera especificación, una aplicación concreta. Todos los supuestos del número segundo del art. 6 son puros y meros casos de aplicación ejemplificativa de la cláusula general. No, en modo alguno, tipos normativos distintos del general. Por eso, hemos de decir que carece totalmente de sentido pretender otorgar ningún tipo de jerarquía o preferencia a la aplicación de los supuestos del número segundo sobre los del primero: porque el tipo es el mismo, sin ninguna diferencia, más que la que exista de lo general a lo particular.

Pretender lo contrario es, a nuestro juicio, introducir una notable confusión ya que la idea de que exista un tipo general de abuso de posición de dominio, y unos tipos distintos, supone que son figuras jurídicas distintas las del tipo general y la de los tipos particulares. Y eso, sencillamente, no es cierto. Ni lo permite la norma ni parece que exista detrás ninguna lógica económica ni jurídica que permita llegar a la afirmación de que existe un tipo de abuso distinto del contemplado en la cláusula general. Todos los tipos de abusos del número segundo son, sin más, aplicaciones del tipo primero, del tipo general, al que aplican y no matizan o desmienten.

En consecuencia una especificación es, solamente, una aplicación ejemplificativa de un supuesto general que, por su carácter *docendi causa*, su especial frecuencia o intensidad, se quiere mostrar claramente como un supuesto aplicativo de la cláusula general. Pero es siempre esta cláusula general la que define el campo de interpretación. Campo general del cual cada ejemplo de la lista es, solamente, un caso específico que valida para el asunto concreto el tipo general contenido en el precepto. No es un precepto en sí mismo. Y por tanto, no cabe sobre él aplicar las reglas del juego interpretativo cuando el fin y el resultado de tal interpretación sobre el caso concreto se traduzca en interpretaciones singulares de la norma general a la que pueden invalidar, excepcionar, mutilar, etc, etc. Lo fundamental en el caso de cláusulas abiertas es el fin o resultado de la norma, que puede conseguirse a través de una serie de medios, algunos de los cuales son ejemplificados en lista abierta, pero valiendo cualquier otro medio lícito ( es decir, no contrario al ordenamiento).

Cuestión distinta es que nos encontráramos con listas **cerradas**, sin cláusula general. En tales supuestos la lista misma es la que configura el tipo. No se trataría de ejemplificaciones concretas sino del tipo sancionador mismo, al que no cabe aplicar desde luego la analogía o la interpretación extensiva. Entonces, pero solo entonces, sí caben los juegos interpretativos, incluso cabe el recurso, cada vez menos acreditado, de la interpretación *a sensu contrario (inclusius unus exclusius alterius)*. Porque no hay tipo general que invalidar ni excepcionar. Porque en tal caso, el supuesto general no lo ha definido el legislador, sino que ha deseado, normalmente por razones de garantía, establecer *numerus clausus* de medios de conseguir un resultado, de forma tal que el resultado en sí mismo no es lo primordial, sino que lo es a través del medio empleado.

- 2.2. Aplicado al supuesto de hechos, ninguna duda nos cabe de que bastaría atender al apartado primero del art. 6 para plantear si existe o no abuso de posición de dominio aunque quepa entender que los ejemplos establecidos en el art. 6.2, letras a) y d), pueden ser una buena guía aplicable al caso. Todo ello sin perjuicio de que, analizado el caso, comprobemos que no concurren las circunstancias determinantes de la culpabilidad del imputado. Plantearse por el contrario si existe o no condena del monopsonista en vía general no es adecuado a la naturaleza de un expediente, por la razón interpretativa dada. Es decir, porque podría resolverse dando una interpretación a la regla especificativa del número dos como distinta de la establecida en el apartado general del número uno. Lo que es rigurosamente contrario a la eficacia de las normas y al fin de la norma que no es otro que castigar toda forma de abuso de posición de dominio.

La doctrina del Tribunal respecto a los casos de negativa de compra considera que no hay abuso si la conducta se justifica por parte del empresario. Porque, como afirma la Resolución de 2 de noviembre de 1992 (Expte. A 28/92, Seguridad Ceres) *"no existe obligación de contratar a la fuerza un determinado servicio con una empresa determinada por el hecho de tener posición de dominio"*. Y en la de 15 de abril de 1993 (Expte. A 43/92, Izbi S.L.) se dice *"que la simple existencia de una posición de dominio en el mercado que puede ostentar una empresa, no la obliga sin más a contratar con cualquier oferente en condiciones no discriminatorias, como ha destacado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Sentencia, por ejemplo, de 3 de julio de 1991, AZKO contra Comisión CEE II, as. C-62/86, dictada en interpretación del Art. 86 del Tratado CEE"*.

- 2.3. El artículo 7 prevé que el Tribunal conocerá, en los términos que la Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear de manera sensible la competencia, en todo o en parte del mercado nacional, afecten al interés público.

Dado que la explotación de la situación de dependencia económica, en que pueden encontrarse los clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad, es uno de los supuestos de competencia desleal considerados como discriminación en el artículo 16.2 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, es claro que, si se cumplieran los requisitos de afectación de los mecanismos del mercado y de interés público exigidos en el artículo 7 de la Ley 16/1989, no podría excluirse su aplicación a una negativa a contratar por parte de un monopsonista.

3. Considera el Tribunal que, en este caso, es preciso analizar si las justificaciones dadas para la disminución inicial de la contratación y el posterior anuncio de la terminación de las relaciones comerciales que han sido objeto de la denuncia son consistentes con los hechos puestos de manifiesto en la instrucción y si, en ausencia de una situación de monopolio de demanda, los cláusulas contenidas en el contrato concertado entre las dos partes interesadas hubiera permitido a la recurrente esperar el mantenimiento de la relación comercial hasta la amortización de la inversión realizada, lo que daría margen para discutir la existencia de una práctica abusiva tendente a eliminar del mercado a la empresa vendedora.

- 3.1. El contenido de la instrucción demuestra que las justificaciones de UEE no se sustentan por los hechos: no se han roto bruscamente las relaciones comerciales, como hubiera ocurrido en un caso genuino de pérdida de confianza en el transportista de mercancías peligrosas. Tampoco las modificaciones en el reparto entre empresas transportistas de los servicios de transporte prestados ha llevado a una disminución importante de la concentración del servicio de transporte en una sola empresa. Lo que ha ocurrido en realidad es que ha cambiado la empresa que se lleva la mayor parte de la contratación del servicio de transporte.

- 3.2. Tampoco se puede admitir la argumentación de la recurrente. El contenido del contrato es tan indefinido y su duración tan corta que no es posible concluir que en una situación de libre competencia la ahora recurrente pudiera esperar mantener relaciones comerciales suficientes y suficientemente largas para amortizar sus activos fijos dedicados a la prestación del servicio de transporte de largo



recorrido de explosivos que no son económicamente reconvertibles para otros usos.

La recurrente ha concertado un contrato que no le garantizaría una relación comercial duradera en condiciones de competencia. Con mucha mayor razón, sabiendo que casi solamente tenía un posible demandante de sus servicios, un administrador de la empresa concienzudo tendría que haber asegurado un contrato mucho más fuerte antes de aventurar la financiación de las inversiones en medios de transporte solamente utilizables para explosivos. No puede culpar ahora de esa falta de previsión a su único cliente.

El Tribunal concluye que de lo actuado se deduce que los hechos denunciados no conceden base para imputar un abuso de posición de dominio a UEE.

4. Por otra parte, la actuación de UEE no ha distorsionado las condiciones de funcionamiento del mercado del transporte de explosivos a larga distancia sino que ha permitido la entrada de nuevos operadores en el mismo y no existe falseamiento sensible de la libre competencia que afecte al interés público. No corresponde por tanto, la aplicación del artículo 7 de la Ley 16/1989.
5. Es necesario añadir, para precisar el alcance de la Resolución del Tribunal, que el pronunciamiento hace referencia exclusivamente a la responsabilidad administrativa de la UEE derivada de la Ley 16/1989.

En su escrito de denuncia las sociedades hoy recurrentes basaban la responsabilidad de la UEE únicamente en la Ley 16/1989, bien por considerar que la no contratación con ellas era resultado de un acuerdo, para excluirlas del mercado, entre la UEE y Tracenes -empresa del grupo que había recibido los encargos de los portes a ellas negados- lo que constituiría un acuerdo colusorio del Art. 1; o bien por entender que la supresión de los encargos era un abuso de posición dominante del Art. 6. Era, en ambas hipótesis, una responsabilidad no fundamentada en el contrato de 1 de marzo de 1990, convenio que las denunciadas definían como un acuerdo marco que la UEE suscribe con todos sus transportistas, que no garantiza un nivel mínimo de encargos y que tiene una duración de un año prorrogable por la tácita.

Más adelante TT-RS han variado el primer enfoque para sostener que la responsabilidad de la UEE deriva del contrato de 1990, acuerdo que interpretado más allá de sus términos literales crea la obligación de la UEE de encargar a TT-RS los transportes precisos para la explotación normal de

los camiones que en él se describen hasta que se produzca su amortización. El Tribunal vendría llamado a declarar el incumplimiento de esta obligación asumida contractualmente por la UEE y a establecer sus consecuencias.

La pretensión no puede ser atendida. La competencia del Tribunal alcanza a declarar la responsabilidad administrativa derivada de la infracción de la Ley 16/1989 y no se extiende al examen de la responsabilidad civil que se sigue de un incumplimiento contractual. Es decir, el juicio sobre la legitimidad y suficiencia de las causas alegadas por la UEE para justificar su no contratación con TT-RS se ha hecho exclusivamente desde el punto de vista del Art. 6 de la Ley 16/1989, dejando imprejuzgada la pretendida existencia de una obligación de la UEE, generada por el contrato de 1990, de seguir contratando con TT-RS, y, por supuesto, sin decidir si el alegado incumplimiento de esta obligación está o no civilmente justificado. Son éstas cuestiones que habrá de resolver el juez civil, a quien TT-RS anuncian que ya han recurrido.

Por todo ello el Tribunal

## **RESUELVE**

Desestimar el recurso interpuesto por D. Pedro Cabeza Generoso, en nombre de Tandem Transportes S.A. y Ruta-Sur S.A. contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 28 de Marzo de 1994 que sobresee el expediente incoado, a instancia de las recurrentes, a la Unión Española de Explosivos S.A., el cual queda confirmado

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.