

Id Cendoj: 28079130032003100224
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 4495/1998
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: SEGUNDO MENENDEZ PEREZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- DISCIPLINA DE MERCADO
- DEFENSA DE LA COMPETENCIA
- ABUSO DE POSICION DE DOMINIO

Resumen:

Derecho de la Competencia. Abuso de posición de dominio. Inexistencia.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Mayo de dos mil tres.

VISTO por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo los recursos de casación interpuestos por la ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO, con la representación que le es propia, y por la mercantil UNION ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS, S.A. (UEE), representada por el Procurador Sr. Ramos Cea, contra sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 18 de febrero de 1998, sobre abuso de posición de dominio.

Se han personado en este recurso, como partes recurridas, la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO y las mercantiles TANDEM TRANSPORTES S.A. y RUTASUR, S.A., representadas por el Procurador Sr. Núñez Armendáriz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo número 154/95, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con fecha 18 de febrero de 1998, dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "FALLAMOS: Que estimando el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por el procurador JOSE NUÑEZ ARMENDARIZ, en la representación que ostenta de TANDEM TRANSPORTES S.A. y **RUTA SUR** S.A., contra la resolución descrita en el primero de los fundamentos de esta resolución, debemos anular y anulamos dicha resolución por ser contraria a derecho, declarando que UNION ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS ha abusado de su posición de dominio devolviendo el expediente a su procedencia a fin de que se adopte la resolución que proceda en atención al anterior pronunciamiento. Todo ello sin haber lugar a expresa imposición de costas a ninguna de las partes".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia han interpuesto recursos de casación el ABOGADO DEL ESTADO, en la representación que ostenta, y la representación procesal de la mercantil UNION ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS, S.A. (UEE), formalizando sus recursos, al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley de la Jurisdicción, en base a un mismo motivo de casación, cual es la infracción por la sentencia recurrida del artículo 6, en relación con el artículo 37.4 y concordantes, de la Ley de Defensa de la Competencia.

El Abogado del Estado termina suplicando a la Sala en su escrito que "...dicte sentencia por la que, estimando este recurso, case y anule la sentencia recurrida, y dicte en su lugar otra más conforme a Derecho, por la que sea declarada la conformidad a Derecho del Acuerdo del TDC que la misma dejó sin

efecto".

La representación procesal de la mercantil UNION ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS, S.A. (UEE) termina suplicando a la Sala en su escrito que "...dicte en su día sentencia por la que, estimando el motivo de impugnación, case y anule dicha sentencia y, en su lugar, dicte otra señalando que UEE no ha infringido el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, imponiendo las costas causadas en la instancia a la Administración demandada".

TERCERO.- La representación procesal de las mercantiles TANDEM TRANSPORTES S.A. y RUTASUR, S.A., se opuso a los recursos de casación interpuestos y termina suplicando a la Sala en su escrito que dicte sentencia desestimándolos, con expresa imposición de costas a los recurrentes.

CUARTO.- El Abogado del Estado, también parte recurrida en este recurso y en el trámite de oposición, presentó escrito en el que manifiesta que en su criterio la presente impugnación debe ser estimada, declarándose la conformidad a Derecho del Acuerdo del TDC que la sentencia impugnada dejó sin efecto.

QUINTO.- Mediante Providencia de fecha 12 de febrero de 2003 se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 24 de abril d,el mismo año, en cuya fecha han tenido lugar dichos actos procesales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 15 de diciembre de 1994, dictada en el expediente R 79/94, desestimó el recurso interpuesto por "Tandem Transportes, S.A." y " **Ruta - Sur** , S.A." (Tandem- **Ruta Sur** , en lo sucesivo) contra el acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 28 de marzo del mismo año, que había decidido sobreseer el expediente incoado, a instancia de aquéllas, a la mercantil "Unión Española de Explosivos, S.A." (UEE).

La sentencia ahora recurrida en casación anula aquella resolución, declara que UEE abusó de su posición de dominio y ordena a los órganos administrativos de defensa de la competencia que adopten la resolución que proceda en atención a dicha declaración.

SEGUNDO.- Algunos de los párrafos de la sentencia recurrida facilitan un conocimiento, no pleno, pero sí aproximado, del supuesto sobre el que decide. Así, se lee en ellos lo siguiente:

"UEE tiene una posición de dominio, desde el lado de la demanda, en el mercado de transporte a larga distancia dentro del territorio nacional de explosivos para uso industrial".

"UEE tiene un contrato tipo para contratar con los transportistas y que es el que usa para contratar con las empresas recurrentes [Tandem- **Ruta Sur**] a partir del 1 de marzo de 1990".

"Desde abril de 1992 UEE disminuye sus encargos de transporte a TT-RS [Tandem- **Ruta Sur**], y el 7 de julio de 1992 le anuncia su intención de no prorrogar el contrato en el momento de su finalización, que es el 1 de marzo de 1993".

"Posteriormente UEE ha contratado con otra empresa, perteneciente a su mismo grupo de empresas, rebajando en parte las exigencias de contratación en cuanto a tipo de camiones y condiciones de los mismos para realizar el transporte".

"[...] resulta que UEE ha prescindido de los servicios de las empresas ahora recurrentes sin que se haya acreditado, ni tan siquiera alegado, una defectuosa prestación de los servicios de transporte que venía desempeñando, por lo que no existía razón contractual alguna que justificara el cese de sus relaciones comerciales".

"[...] UEE no ha acreditado tampoco, para justificar su decisión de contratar el transporte con otras empresas, que esas otras empresas le ofrecieran mejores precios ó más favorables condiciones de prestación de la misma clase de servicios".

"[...] la realidad es que se expulsa a las empresas recurrentes del mercado ocasionándoles a éstas notables pérdidas y perjuicios económicos sin que se ofrezca ninguna justificación a esta conducta".

"No debe olvidarse que la especificidad del transporte en cuestión impide que los vehículos de las

empresas recurrentes se reconviertan con facilidad para ser utilizados en otras actividades; ni parece posible que se dediquen a otro transporte que no sea el de explosivos (sin que se tengan que hacer importantes modificaciones en los vehículos) [...].

"[...] no se trata ahora de decidir con que empresa se contrata, sino que, manteniéndose vigente un contrato, se decide no prorrogarlo sin que existan razones concretas que justifiquen esta conducta y ocasionando notables perjuicios económicos y empresariales a las empresas que venían prestando, con toda normalidad, los servicios que ahora se contratan con otra empresa".

TERCERO.- Salvo que se articule correctamente algún motivo de casación que abra paso a ello, este Tribunal no puede, como es sabido, modificar el supuesto de hecho que enjuició la Sala de instancia.

Ahora bien, esa vinculación en el plano de los hechos no impide al órgano de casación (1) precisar y completar, sin alterarlos, tales hechos; (2) corregirlos incluso, siempre que ello no exija un nuevo proceso de valoración de la prueba, por tratarse de correcciones que dejan los hechos tal y como las partes, sin contradicción, los definieron en el debate procesal; y (3) discrepar, modificar, adicionar, ampliar o restringir el significado o transcendencia que en el plano jurídico deba otorgarse a aquellos hechos.

CUARTO.- Podemos, por ello, añadir las siguientes consideraciones para definir con más exactitud el supuesto de hecho objeto de enjuiciamiento, en aquello, y sólo en aquello, que es jurídicamente relevante para decidir sobre los motivos de casación articulados, que niegan, en suma, que UEE haya abusado de su posición de dominio:

A) El 27 de mayo de 1992 tuvo entrada en la Dirección General de Defensa de la Competencia un escrito en el que Tandem- **Ruta Sur** denunciaban determinados hechos. En síntesis, los siguientes:

"[...] el 1 de marzo de 1990 suscribieron contrato de transporte con UEE ... Características de mención de dicho contrato lo son: a) contrato-tipo de adhesión suscrito entre UEE con todos los transportistas; b) duración de un año, prorrogable por periodos sucesivos de idéntico término salvo denuncia por cualquiera de las partes con preaviso de 6 meses de antelación a su finalización; c) no garantiza el nivel mínimo de carga o servicios, cada uno de los cuales constituye "per se" un contrato de transporte independiente, dentro del contrato marco; d) se impone como obligación a los transportistas el efectuar una renovación de flota, y por tanto a invertir en vehículos, mediante un calendario que se prolonga hasta 1999".

"[...] las relaciones comerciales entre Tandem- **Ruta Sur** y UEE se venían desarrollando de la forma más satisfactoria para todas las partes, hasta que, por motivos desconocidos, UEE decide unilateralmente y sin comunicación alguna, concertar el servicio que Tandem- **Ruta Sur** venían desarrollando hasta la fecha, con un nuevo transportista, "TRACENES, S.A.", el cual pone a disposición de UEE una flota de camiones tipo "trailer" [...].

"[...] Tandem- **Ruta Sur** consideran existen vínculos mercantiles y empresariales entre UEE y TRACENES, S.A., toda vez que esta mercantil pertenece en un 50% de su capital social a ERCROS, S.A.,... (que) es accionista mayoritario en UEE [...].

"[...] consecuencia de todo lo anterior, es que, con fecha de abril del 92, se ha venido operando en la práctica, una sustitución íntegra de los servicios que hasta la fecha prestaban Tandem- **Ruta Sur** para UEE, las cuales ostentaban conjuntamente una cuota de mercado en torno al 40%, por los prestados por la sociedad TRACENES, S.A..

B) Al folio 94 del expediente administrativo consta una relación nominal de transportistas que, junto a Tandem- **Ruta Sur** , suscribieron idéntico contrato de transporte con UEE. En ella se cita a "Transportes Loroño, S.A.", "Transportes Marín, S.A.", "Transportes Dionisio Bilbao" y "Transportes Melquiades Tomé".

C) A los folios 456 a 459 de dicho expediente obran dos cartas que, por conducto notarial, envió UEE a "Tandem, S.A." y a "**Ruta Sur** , S.A.", ambas de fecha 14 de enero de 1992, en las que - entendiendo que dichas transportistas no habían justificado el cumplimiento en plazo de cuantas normas y disposiciones de carácter oficial son exigibles para la utilización de los vehículos que habían de sustituir a otros dados de baja, y afirmando, además, que estos habían sido utilizados en los servicios de transporte después de la fecha en que debieron ser dados de baja- manifestaba que haciendo uso de la facultad que concedía la estipulación undécima de los contratos, procedía a la sustitución de tales vehículos en la forma y con los medios que estime oportunos.

En autos consta copia de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 36 de Madrid, y de la que la confirma en apelación, que desestima la demanda formulada por "Tandem Transportes, S.A." contra UEE por la decisión a la que acabamos de hacer referencia. En dicha sentencia se relata con el carácter de hechos acreditados, entre otros, lo siguiente:

"H) Ante el deterioro de las relaciones, disminución de portes de la actora respecto a Unión Española de Explosivos, la entrada de otra nueva Empresa de Transportes, TRACENES, S.A., con ciertas vinculaciones con ERCROS, S.A., y UNIÓN ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS, tensiones y problemas con trabajadores de la actora, consecuencia de la disminución del trabajo, paralización de camiones y otras causas, dieron lugar a nuevas protestas y reclamaciones por parte de la actora a UNIÓN ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS reiterando lo anterior y exigiendo daños y perjuicios en forma análoga a lo reclamado en la demanda, lo que realizó por requerimiento notarial de 5-5-92 y carta dirigida al Director General de UNIÓN ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS de 1-6-92 que fue contestada el 7-7-92 por UNIÓN ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS haciendo la denuncia expresa, con antelación superior a la prevista, de extinguir la vigencia del contrato a partir del 1 de marzo de 1993 y haciendo saber su intención de reducir las cuotas de contratación conforme venía haciendo últimamente en los meses de mayo y junio, de lo que daba la explicación correspondiente para el periodo subsistente hasta el 1-3-93, y bajo la condición del cese por parte de TANDEM de toda acción de hostigamiento, contestando ésta el 31-7-92 reiterando argumentaciones anteriores y denunciando el carácter leonino, abusivo y desproporcionado del contrato, situación de monopolio de hecho de UNIÓN ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS y el daño económico que le estaba causando".

Y también obra copia de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Madrid, que desestima igualmente la demanda presentada por " **Ruta Sur** , S.A." contra UEE por la decisión que adoptó ésta aquel 14 de enero de 1992.

D) El 25 de febrero de 1993, el Director General de Defensa de la Competencia adopta acuerdo de sobreseimiento del expediente, conforme a lo establecido en el artículo 37.4 de la Ley 16/1989. En él transcribe una providencia anterior del Instructor en la que, entre otros extremos, se lee:

"El Reglamento Nacional del Transporte de Mercancías Peligrosas por Carretera (TPC) cuyo texto figura en el Real Decreto 74/1992 de 31 de enero recoge en el anexo A las disposiciones relativas al material de transporte y al transporte incluyendo, las condiciones técnicas que deben reunir los vehículos que transportan este tipo de mercancías, sin excluirse los vehículos tipo trailer".

"UEE contrató los servicios de transporte de los productos explosivos de su fabricación y/o comercialización, sin carácter de exclusiva, además de con otras empresas con TANDEM y DIMERSA (luego RUTASUR) el 1 de marzo de 1990 y con TRACENES, S.A. el 15 de julio de 1991 por subrogación de los derechos y obligaciones contraídos por Gabriel en marzo de 1990. El 6 de abril de 1992 TRACENES y UEE acuerdan suscribir un Addendum al contrato de 15 de julio de 1991 el cual amparaba la utilización inicial de un solo vehículo, dejando abierta la posibilidad de que TRACENES pudiera incrementar el número de vehículos acordándose a partir del 6 de abril de 1992 la utilización de seis vehículos tipo trailer".

"TRACENES desde la fecha de contratación realiza los servicios de transporte encomendados por UEE con vehículos tipo trailer admitidos en la cláusula décimo primera del contrato de julio de 1991".

E) El 11 de mayo de 1993, el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, conociendo del recurso interpuesto por las denunciadas contra aquel acuerdo de 25 de febrero, dicta resolución en la que echa en falta determinados datos y estudios y decide, por ello, anular el acuerdo de sobreseimiento, devolver al Servicio el expediente para que proceda a realizar tales estudios y formule, en su caso, la correspondiente instrucción por abuso de posición de dominio de UEE, "si de los datos que resulten no se justificara debidamente la ruptura de la relación contractual con el denunciante en el citado mercado".

F) El 28 de marzo de 1994, el Director General de Defensa de la Competencia acuerda de nuevo el sobreseimiento del expediente. En el acuerdo se transcribe una providencia del Instructor en la que, entre otros extremos, se leen los siguientes:

"El número de transportistas de largo recorrido en los años 1989 a 1993 fue de 10 entre los años 1989 a 1991, de 8 en 1992 y 10 en 1993".

"Los transportistas que en la actualidad no pactan sus servicios son Dicuersa, Transportes Iñaqui Ibarreche, S.L., Gabriel y Transportes Loroño, por resolución de contrato por mutuo acuerdo; Tracenes,

S.A., por suspensión de pagos y disolución de la sociedad y Tandem Transportes S.A. y **Ruta Sur**, S.A., por denuncia del contrato correspondiente, debido al cambio de política de transportes de UEE con el fin de ir igualando la cuota entre todos los transportistas dada la excesiva dependencia con las entidades denunciadas que llegaron a superar el 43% de estos servicios de transporte".

"El volumen de facturación en miles de pesetas en los citados años da el siguiente resultado:

En 1989, de 294.319, 145.500 correspondieron a Tandem y **Ruta Sur**, repartiéndose los 148.819 entre los seis transportistas restantes.

En 1990, de 331.626, 174.771 correspondieron a Tandem y **Ruta Sur**, repartiéndose los 156.855 entre los seis transportistas restantes.

En 1991, de 383.668, 200.664 correspondieron a Tandem y **Ruta Sur**, repartiéndose los 183.004 entre los siete transportistas restantes.

En 1992, de 279.475, 73.186 correspondieron a Tandem y **Ruta Sur**, repartiéndose los 206.289 entre los seis transportistas restantes.

En 1993, hasta el 15 de septiembre, de 144.522, 2003 correspondieron a Tandem y **Ruta Sur**, repartiéndose los 142.519 entre los siete transportistas restantes".

"Respecto al número de camiones empleados en estos años y el tipo de los mismos se disponen de los siguientes datos:

En 1989, se emplearon 21 camiones de 4 ejes, 6 de 3 ejes, 1 de 2 ejes y 1 trailer.

En 1990, se emplearon 19 camiones de 4 ejes, 6 de 3 ejes, 1 de 2 ejes y 3 trailer.

En 1991, se emplearon 22 camiones de 4 ejes, 3 de 3 ejes, 2 de 2 ejes y 10 trailer.

En 1992, se emplearon 20 camiones de 4 ejes, 1 de 3 ejes, 1 de 2 ejes y 10 trailer.

En 1993, se emplearon 19 camiones de 4 ejes, 1 de 3 ejes, 2 de 2 ejes y 13 trailer."

"Todos los transportistas han tenido posibilidad de utilizar camiones tipo trailer y así fue ofrecida dicha posibilidad a las empresas denunciadas en diciembre de 1991, sin que las mismas hicieran ninguna manifestación".

Dato, éste último, sobre el que alegaron Tandem- **Ruta Sur** que cuando recibieron esa comunicación ya habían procedido a formalizar la renovación de flota contractualmente exigida de vehículos de 4 ejes.

G) El 15 de diciembre de 1994, el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia dictó resolución confirmando el acuerdo de sobreseimiento, en la que "concluye que de lo actuado se deduce que los hechos denunciados no conceden base para imputar un abuso de posición de dominio a UEE", afirmando, además, que "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 [...]".

H) En el escrito de demanda, la representación procesal de Tandem- **Ruta Sur** alegó, dicho en síntesis y limitándonos, de nuevo, a aquello que es jurídicamente relevante para el análisis del motivo de casación sobre el que luego hemos de decidir, que UEE, abusando de su posición de dominio en el mercado nacional del transporte de largo recorrido de productos explosivos de carácter industrial, "exigió condiciones diferentes a los distintos transportistas para la prestación del mismo servicio, favoreciendo a TRACENES en detrimento de mis representadas", que "han sido las únicas mercantiles a las que UEE denunció el contrato concertado", "sin causa objetiva relacionada con la prestación del servicio o el cumplimiento de las obligaciones inherentes a lo pactado", "por motivos nimios y fútiles", manteniendo el resto de los transportistas "su cuota de mercado"; y sin que la expulsión de las actoras del mercado haya supuesto para UEE "ni menores costes ni ventaja competitiva alguna".

A lo largo de dicho escrito (1) se acepta que TRACENES comenzó a prestar servicios para UEE "a mediados del ejercicio 1991"; (2) se afirma que a TRACENES no se le impone la obligación de transportar

con vehículos de 4 ejes, pudiendo transportar con vehículos trailer desde el mismo momento en que comienza a prestar servicios para UEE; (3) que sólo se le impone un calendario de renovación de flota para la cabeza tractora de sus vehículos, no para los remolques; y (4) que en 1993, cuando TRACENES entra en suspensión de pagos y es posteriormente disuelta, UEE concertó nuevos contratos de transporte con "SATO, S.A.", "STAR ESPAÑOLA, S.A." y "TRANSPORTES ROYO, S.A."

I) Obra en los autos copia de una resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 2 de noviembre de 1992, dictada en el expediente A28/92, que confirma otra del Director General de Defensa de la Competencia de 8 de julio del mismo año que, a su vez, había acordado el archivo de una denuncia presentada por el presidente de "Seguridad Ceres, S.A." el 25 de junio anterior, motivada por el hecho de haber resuelto UEE el contrato de prestación de servicios de seguridad que tenía concertado con ella, encargando a otra empresa, "Quasar Seguridad, S.A.", la prestación de tales servicios. Dicho presidente figura en la escritura de poder incorporada a estos autos como Consejero-Delegado de "Tandem Transportes, S.A." y de " **Ruta Sur** , S.A."

QUINTO.- Tanto el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado, como el interpuesto por la mercantil UEE, se fundan en un único motivo, en el que se denuncia que la sentencia recurrida infringe el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

A) Aquélla argumenta que dicha sentencia: (1) fuera de la cita de los apartados a) y d) de ese artículo 6, no razona ni justifica que la conducta enjuiciada se incluya en ninguno de ellos; (2) es imprecisa en la determinación del mercado relevante; (3) contiene afirmaciones gratuitas, como las relativas a la naturaleza -de adhesión- de los contratos pactados entre las denunciadas y la denunciada, y a que los responsables de las primeras no hubieran podido negociar unos contratos de mayor duración; (4) olvida el principio de presunción de inocencia cuando exige a la denunciada determinadas justificaciones; y (5) deja de considerar algunos extremos de interés que resultan del expediente, tales como:

- que nada autoriza a pensar que en una situación de libre competencia podían las empresas denunciadas tener la expectativa de que los contratos suscritos les garantizaban unas relaciones suficientemente largas como para amortizar los activos dedicados al servicio de transporte de que se trata.

- que la no renovación de los contratos no distorsionó el mercado y permitió la entrada de nuevos operadores.

- que una cosa es incidir en el mercado imponiendo condiciones inhabituales y abusivas, o distorsionarlo aplicando condiciones discriminatorias para los diferentes actores del mismo, y otra muy diferente hacer un uso legítimo de la libre facultad de opción que como contratante corresponde a cualquier operador, sin distorsionarlo en forma alguna ni alterar las reglas ordinarias de funcionamiento.

B) Por su parte, UEE argumenta que el razonamiento de que no podía dejar de prorrogar los contratos sin una causa justificada, infringe aquel artículo 6 y constituye, además, una flagrante infracción del principio de libertad contractual y del principio constitucional de libertad de empresa. Es un razonamiento que lleva al absurdo y es, además, claramente anticompetitivo, ya que la empresa que tuviera "la suerte" de ser contratada por una compañía en posición dominante, tendría garantizada "de por vida", mientras no incumpliera el contrato, su vínculo con el proveedor dominante, en claro perjuicio de la libre competencia.

SEXTO.- El artículo 6 de la Ley 16/1989, en la redacción que tenía antes de la modificación y adición operada en él por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, y, por tanto, en la redacción que hemos de tomar en consideración en esta sentencia, era del tenor literal siguiente:

1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en

- a) La imposición, de forma directa o indirecta de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos.

- b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.

- c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de

servicios.

d) La aplicación en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

3. Se aplicará también la prohibición a los casos en que la posición de dominio en el mercado de una o de varias empresas haya sido establecida por disposición legal.

SÉPTIMO.- Sobre tal precepto conviene hacer las siguientes consideraciones previas:

A) Como es obvio, lo prohibido no es la posición de dominio, sino la explotación abusiva de esa posición.

B) Se contiene en él una lista de comportamientos calificables como abusivos, pero tal lista no es exhaustiva, sino meramente ejemplificativa, que ilustra sobre el concepto de explotación abusiva pero no lo agota.

C) La explotación abusiva pasa, así, a ser la noción fundamental del precepto, el cual, sin embargo, no contiene, más allá de lo que aporta la citada lista, una definición de lo que debe entenderse por tal.

D) La explotación abusiva no es sólo una conducta prohibida, sino también una conducta "típica", que la Ley considera constitutiva de infracción administrativa, ligando a ella, por tanto, la posibilidad de la imposición de una sanción en sentido estricto (artículo 10 de la Ley 16/1989).

E) Por ello, al enjuiciar si una conducta es constitutiva de explotación abusiva, han de tenerse presentes los principios propios del derecho sancionador, en el sentido de exigencia de que tal calificación de la conducta pudiera ser predecible por su agente, de prohibición del uso de la analogía y de resolución a favor del imputado de las dudas razonables que no hayan podido ser despejadas.

F) Por fin, dada la similitud existente entre el artículo 82 (antiguo artículo 86) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y aquel artículo 6, que transcribe casi literalmente la norma de antiabuso comunitaria al Derecho de Defensa de la Competencia español, cabe tomar en consideración la doctrina comunitaria sobre el abuso de posición de dominio como instrumento auxiliar para la interpretación de nuestro Derecho interno (así lo entendió, también, el Tribunal de Defensa de la Competencia en su resolución de 2 de febrero de 1992, asunto A 36/92, Talleres Muñoz).

OCTAVO.- Para decidir sobre estos recursos de casación no hay necesidad de detenerse en el examen de cual sea el mercado de referencia y de si en él la empresa denunciada ostenta una posición de dominio. Esta posición era, al tiempo de los hechos enjuiciados, indudable en el mercado de la producción de explosivos para uso industrial, como también era indudable que el mercado del transporte de dichos explosivos era un mercado conexo y vinculado a aquel mercado dominado. En este sentido, no hay obstáculo alguno para partir de la afirmación que hizo el Tribunal de Defensa de la Competencia y que aceptó como probada la Sala de Instancia ("UEE tiene una posición de dominio, desde el lado de la demanda, en el mercado de transporte a larga distancia dentro del territorio nacional de explosivos para uso industrial"); ni es relevante la oscilación que se detecta en el razonar de la sentencia recurrida, que en un momento posterior a la afirmación de ese hecho probado identifica como mercado relevante no el del transporte y sí el de la fabricación de explosivos para uso industrial, indicando finalmente que mantener el criterio de la resolución administrativa impugnada en el proceso conduciría a que UEE ostentara posición de dominio no sólo en el sector de fabricación de explosivos sino, también, en el de distribución.

En este punto, baste decir ahora, aunque sólo a los meros efectos de entender que esas oscilaciones e imprecisiones no son relevantes en el caso de autos, que la prohibición de aquel artículo 6, al igual que la del artículo 82 del Tratado, es aplicable, también, al abuso cometido en un mercado distinto, pero conexo y vinculado, estrechamente, con el mercado dominado (por todas, sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión). Aquellas oscilaciones e imprecisiones no deben, pues, desviar la atención sobre el problema, en realidad único, de si la conducta denunciada era o no constitutiva de un supuesto de explotación abusiva.

NOVENO.- El estudio de los dos preceptos citados, así como de la jurisprudencia comunitaria [singularmente, la que resulta de las sentencias del TJCE de 21 de febrero de 1973 (Continental Can), 6 de marzo de 1974 (Comercial Solvens), 14 de febrero de 1978 (United Brands), 13 de febrero de 1979 (Hoffmann La Roche), 3 de julio de 1991 (AKZO) y 15 de diciembre de 1994 (DLG)], permite afirmar, como conclusión alcanzada en el debate de posturas discrepantes, que en aquéllos (y también en el de nuestro Derecho interno, pese a la existencia en éste de una singular normativa de defensa de los consumidores) se protege, tanto los intereses económicos - concurrenciales o extraconcurrenciales- de los clientes, proveedores y consumidores en general, como los intereses de los competidores. Velan por la salvaguarda de la competencia residual o potencial, y actúan, también, en defensa directa de consumidores, clientes y proveedores ante conductas que, aunque no afecten a la estructura competitiva, producen resultados lesivos con amparo en la falta o en la insuficiencia de una competencia efectiva. Cabe así diferenciar:

a) los abusos que perjudican los intereses concurrenciales de los competidores que lo son - primera línea de competencia- de la propia empresa dominante, restringiendo sin justificación la competencia residual o potencial del mercado mismo sobre el que se proyecta la posición de dominio. Es, pues, un abuso anticompetitivo, y, dentro de estos, de primer grado.

b) los abusos que lesionan los intereses concurrenciales de los que contratan con la empresa dominante (clientes y proveedores), alterando o restringiendo la competencia interior de sus respectivos mercados -segunda línea de competencia-. Es, también, un abuso anticompetitivo, que cabe denominar, como hace la doctrina, de segundo grado. Y

c) los abusos que lesionan los intereses económicos no concurrenciales de los proveedores y consumidores. Son los denominados abusos explotativos.

DÉCIMO.- Ahora bien, no toda restricción en la estructura competitiva del mercado hecha desde una posición de dominio merecerá ser calificada como explotación abusiva. Lo exige así la lógica de aquellos preceptos y del sistema económico en que se insertan, que ni prohíben la posición de dominio, ni pretenden obstaculizar, tampoco a las empresas dominantes, la consecución de una posible mayor eficiencia. Serán abusivas, pues, las restricciones de la competencia hechas desde una posición de dominio que no sean razonables por carecer de una justificación capaz de ser aceptada como tal por el ordenamiento jurídico-económico.

Del mismo modo, la lesión de los intereses económicos de clientes, proveedores y consumidores producida desde una posición de dominio requerirá, para ser calificada como explotación abusiva de dicha posición, un elemento de carencia de justificación, que cabrá ver allí donde el ejercicio por la empresa dominante de su especial libertad económica deje de acomodarse, sin razón reconocible como tal, al que llevaría a cabo en una situación de competencia efectiva.

UNDÉCIMO.- A lo dicho cabe añadir: a) que la conducta a calificar debe valorarse de forma objetiva, de suerte que su carácter abusivo deberá desprenderse de sus rasgos económicos, sin depender, por tanto, de cual sea su valoración moral o la intención de su autor, aunque esto no permita, sin embargo, prescindir del necesario elemento de la culpabilidad si a la conducta pretende anudarse un efecto sancionador en sentido estricto; y b) que sobre las empresas en posición de dominio pesa una especial responsabilidad y un deber de mayor diligencia que los que son predicables del empresario sujeto al control natural de una competencia suficiente, debido al especial perjuicio que pueden causar sus actividades a la competencia en general y al interés de sus competidores, suministradores, clientes y consumidores, en particular.

DUODÉCIMO.- La explotación abusiva es, en fin, una modalidad singular del abuso de derecho; un tipo cualificado de éste, que con sustento en la privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante, sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho para obtener ventajas de las transacciones, carentes de justificación, que no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz, lesionando directamente los intereses de terceros o el interés general al que atiende el sistema de defensa de la competencia. Es, en suma, un ejercicio antisocial de la excepcional libertad económica que otorga una posición de dominio en el mercado.

DECIMOTERCERO.- La aplicación de las anteriores consideraciones al supuesto sobre el que versan estos recursos de casación, no permite calificar como abusiva la conducta llevada a cabo por UEE respecto de Tandem- **Ruta Sur**, disminuyendo inicialmente el volumen de contratación y no prorrogando, finalmente, los contratos que tenían pactados. O, al menos, no permite otorgar esa calificación sin duda razonable.

En efecto, sin alterar en su esencia el supuesto de hecho que se define en la sentencia recurrida,

pero completando y precisando su relato con los datos que resultan de lo que expusimos en el fundamento de derecho cuarto de esta sentencia, no pueden dejar de tomarse en consideración circunstancias nada irrelevantes en esa labor de calificación. Así:

a) Que el número de transportistas no disminuye en el año 1993, manteniéndose casi constante en el periodo que media entre 1989 y 1993; y que TRACENES, S.A., ya prestaba servicios de transporte para UEE en el año 1991, siendo declarada en estado de suspensión de pagos y disuelta en el año 1993, en que UEE contrata los servicios de transporte de tres nuevas empresas.

Pues esos datos, unidos a la manifestación contenida en el mismo escrito de demanda, en la que se dice que la expulsión de las actoras del mercado no supuso para UEE "ni menores costes ni ventaja competitiva alguna", impiden afirmar, al menos con certeza, que la conducta de UEE objeto de enjuiciamiento, esto es, la que desplegó a lo largo del periodo que media entre abril de 1992 y marzo de 1993, alterara realmente la estructura competitiva del mercado nacional del transporte a larga distancia de explosivos.

b) Que la utilización en el transporte de que se trata de vehículos trailer es un hecho constatado ya en el año 1989, antes, por tanto, de la firma del contrato tipo de 1 de marzo de 1990; incrementándose su número, además, en 1990, antes, pues, de la entrada como transportista de TRACENES, S.A.; siendo ofrecida la posibilidad de su utilización a todos los transportistas en diciembre de 1991.

Con ello, y con los datos que figuran en los contratos de transporte, en donde se identifican los vehículos de que dispone el transportista que lo suscribe, señalando su matrícula, características y año de matriculación, surge una situación de duda acerca de cual fuera la causa última por la que las denunciadas no llegaron a utilizar aquel tipo de vehículos, acerca, también, de que las ventajas que se dicen concedidas a TRACENES, S.A., no hubieran sido disfrutadas por otros transportistas, y acerca, en fin, de cual fue realmente el alcance e importancia de tales ventajas.

c) Que ya desde finales de 1991, surgieron situaciones, calificables al menos de conflictivas, en las relaciones contractuales existentes entre UEE y las dos empresas denunciadas, y entre aquélla y otra mercantil, con objeto comercial distinto pero presidida por quien era Consejero- Delegado en aquellas dos.

Ello, unido al deterioro, tensiones, problemas, protestas y reclamaciones que menciona una de las sentencias civiles entre los hechos que da como probados, no permite, con certidumbre al menos, afirmar que al ejercer UEE su derecho contractual de no prorrogar los contratos suscritos con las denunciadas, sobrepasara los límites normales del ejercicio de tal derecho.

DECIMOCUARTO.- En suma, ni hay constancia segura de una restricción significativa e injustificada en la estructura competitiva del mercado de referencia; ni tampoco la hay de que al ejercer la empresa dominante su libertad económica y su opción contractual de no prorrogar los contratos, previo cumplimiento del preaviso pactado, causando con ello, cierto es, un menoscabo, bien que no imprevisible, a la situación y expectativas empresariales de dos de sus clientes, careciera de toda razón para ello, o de motivo o causa que no le hubiera llevado a actuar como hizo en una situación de competencia más efectiva.

DECIMOQUINTO.- Procede, por todo lo expuesto, estimar ambos recursos de casación; y, por las mismas razones, desestimar el recurso contencioso-administrativo, declarando la conformidad a Derecho de la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 15 de diciembre de 1994, dictada en el expediente R 79/94.

DECIMOSEXTO.- En aplicación de lo dispuesto en el artículo 102.2 de la anterior Ley de la Jurisdicción, no procede hacer especial imposición de las costas causadas en la instancia, debiendo cada parte satisfacer las suyas en cuanto a las de estos recursos de casación.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

HA LUGAR a los recursos de casación que la Administración del Estado y la mercantil "Unión Española de Explosivos, S.A.", interponen contra la sentencia que con fecha 18 de febrero de 1998 dictó la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 154 de 1995. Sentencia que, por lo tanto, casamos, dejándola sin efecto. Y en su lugar:

Primero.- Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de "Tandem Transportes, S.A." y " **Ruta Sur** , S.A." contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 15 de diciembre de 1994, dictada en el expediente R 79/94, por ser ésta conforme a Derecho.

Segundo.- Desestimamos, en consecuencia, todas y cada una de las pretensiones deducidas por la parte actora en dicho recurso. Y

Tercero.- En cuanto a las costas procesales, no hacemos especial imposición de las causadas en la instancia, debiendo cada parte satisfacer las suyas en cuanto a las de estos recursos de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Fernando Ledesma Bartret.- Óscar González González.- Segundo Menéndez Pérez.- Manuel Campos Sánchez Bordona.- Francisco Trujillo Mamely.- Fernando Cid Fontán. Firmado. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de esta Sala Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez, todo lo cual yo, el Secretario, certifico.