

RESOLUCIÓN (Expte. 434/98, Prensa Segovia)

Pleno:

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Berenguer Fuster, Vicepresidente
Bermejo Zofío, Vocal
Alonso Soto, Vocal
Hernández Delgado, Vocal
Rubí Navarrete, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 18 de febrero de 1999.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal), con la composición expresada arriba y siendo Vocal Ponente D. Julio PASCUAL Y VICENTE, ha dictado la presente Resolución en el expediente 434/98 (1475/96 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio) iniciado por denuncia de Distribuidora Segoviana de Publicaciones SA (la Distribuidora) contra la Asociación de Vendedores de Prensa y Revistas Segovianos (la Asociación) y los miembros de su Junta Directiva, por supuestas prácticas prohibidas por la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en acordar que no se venda prensa durante dos días y recomendar a los vendedores que cumplan el acuerdo, lo que algunos hacen.

ANTECEDENTES

1. El 25 de noviembre de 1996 el Servicio recibe un escrito de la Distribuidora en el que se formula denuncia contra la Asociación y los miembros de su Junta Directiva por prácticas presuntamente prohibidas por el art. 1 LDC consistentes en: a) Acuerdo de la Asamblea de la Asociación de 30 de mayo de 1996 por el que se convoca a los vendedores para que no vendan prensa ni revistas los días 25 y 26 de junio siguiente. b) Recomendación colectiva de la Asociación a los vendedores para que sigan lo acordado, instrumentada mediante circular de 31 de mayo de 1996. c) Seguimiento de la recomendación por muchos puntos de venta, que cerraron en esas fechas exhibiendo un cartel con el siguiente texto: "Debido al fracaso de las negociaciones con la distribuidora, se ha acordado no vender prensa, revistas ni fascículos los días 25 y 26 de junio de 1996".

2. El 13 de enero de 1997 el Servicio, mediante Providencia, acuerda la admisión a trámite de la denuncia y la incoación de expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el art. 1.1.b) de la LDC, que se registra con el núm. 1475/96. En la Providencia, que se notifica a los interesados al mismo tiempo que se les traslada la denuncia, se designan Instructor y Secretaria.
3. El 6 de febrero de 1997 los denunciados presentan un escrito de alegaciones en el que se hace constar lo que seguidamente se resume: a) La conducta denunciada no es contraria a la LDC, sino que es la denunciante quien ha infringido la ley, en concreto el art. 7 del Código Civil, pues actúa en disconformidad con la buena fe, con flagrante abuso de derecho y en fraude de ley, desatendiendo las quejas y reclamaciones reiteradamente presentadas por los vendedores, a los que reclama e intimida injustificadamente. b) La distribuidora denunciante actúa en régimen de monopolio, del que se aprovecha impidiendo cualquier tipo de acuerdo por la vía del diálogo, lo que debe ser considerado como un abuso de posición dominante. c) Las denunciadas actuaciones de los vendedores han sido provocadas por la denunciante que los ha colocado en un estado de necesidad absoluta, por su incorrecta y unilateral actuación, vulnerando y menospreciando sistemáticamente los derechos de aquellos.
4. El 2 de marzo de 1998 se notifica a los interesados la Providencia dictada por el Instructor el 27 de febrero, en la que, a la vista de las actuaciones practicadas, se formula Pliego de Concreción de Hechos en el que constan como acreditados los siguientes:

«1) En la reunión de 16 de mayo de 1996, la Asociación de Vendedores de Prensa y Revistas Segovianos (AVEPRES) adoptó el acuerdo de no vender prensa ni revistas en un determinado día laborable, a concretar con posterioridad, como medida de presión contra la Distribuidora Segoviana de Publicaciones, S.A. en caso de que las conversaciones que se habían de mantener con ésta no dieran el resultado apetecido.

»2) No habiendo obtenido resultados satisfactorios en su diálogo con la Distribuidora, AVEPRES convocó reunión de sus asociados para el día 20 de junio de 1996, en la que acordó "por unanimidad dejar de vender prensa, revistas, fascículos, etc. los días 25 y 26 de junio de 1996", decidiendo, asimismo, "distribuir entre todos los asociados unos carteles informativos para que sean expuestos en los puntos de venta, así como unas octavillas con los principales motivos que nos llevan a esta acción para distribuir entre nuestros clientes".

»3) La postura acordada se llevó a efecto en los días señalados, siendo secundada por 55 clientes de la Distribuidora, según ella misma indica, o de acuerdo con los datos de AVEPRES, 50 puntos de venta en Segovia capital y 20 "aproximadamente" en la provincia».

A juicio del Instructor, los hechos acreditados pueden constituir infracción del art. 1.1.a) y b) de la LDC, de la que se considera responsable a la Asociación de Vendedores de Prensa y Revista Segovianos.

5. El 21 de marzo de 1998 se remite al Servicio, en plazo hábil, escrito de alegaciones de la Asociación al Pliego de Concreción de Hechos, en el que se reiteran las obrantes en el expediente y se hace constar, en resumen, que la conducta de los vendedores de prensa segovianos no es contraria a la LDC, porque no ha habido el propósito ni el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, en todo o en parte del mercado nacional, por medio de fijación de precios, ni otras condiciones comerciales o de servicio, ni limitando o controlando la producción ni la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones, ni, en definitiva, se ha actuado en ninguno de los supuestos que se contemplan como conductas prohibidas en el art. 1, apartados 1 y 2 de la LDC. Los vendedores lo único que han hecho, como está documentado, es intentar infructuosamente defender sus derechos en defensa de una mejor distribución frente al abusivo comportamiento de la distribuidora monopolista, que se ha negado al diálogo y la negociación.
6. El 15 de junio de 1998 el Instructor redacta el Informe previsto en el art. 37.3 LDC, en el cual y a propósito de los efectos sobre el mercado de la conducta de los vendedores, hace algunas consideraciones que es de interés considerar. Así, el Instructor hace notar, por una parte, que los distribuidores gozan de una exclusiva que les confiere una posición dominante frente a los vendedores, lo que se traduce en unas difíciles relaciones comerciales entre unos y otros, y, de otra parte, que la decisión de los vendedores de no vender fue de corta duración, seguida por menos de la mitad de los puntos de venta y con afectación únicamente a la prensa diaria, lo que habrá producido un perjuicio a la Distribuidora y, eventualmente, a algunos consumidores que habrán tenido que acudir a puntos de venta distintos de los habituales, pero no es verosímil que afectase a la competencia, más teniendo en cuenta la incidencia poco significativa de la práctica denunciada. El Informe termina con la siguiente Propuesta:

«1º.- Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, imputable a la Asociación de Vendedores de Prensa y Revistas Segovianas »(AVEPRES), consistente en un acuerdo adoptado por dicha Asociación para no vender publicaciones los días

25 y 26 de junio de 1996, que fue llevado a cabo por 55 puntos de venta.

»2º.- Que se intime a la Asociación de Vendedores de Prensa y Revistas Segovianos (AVEPRES) para que, en lo sucesivo, se abstenga de realizar prácticas semejantes, según prevé el artículo 9 de la precitada Ley 16/1989.

»3º.- Que se imponga a la Asociación de Vendedores de Prensa y Revista Segovianos (AVEPRES) la publicación , a su costa, de la parte dispositiva de la Resolución que se dicte en el BOE y en uno de los diarios editados en Segovia y de mayor circulación en la misma provincia.

»4º.- Que, teniendo en cuenta las circunstancias expresadas (...), que disminuyen la gravedad de la infracción cometida, que el boicot es una coacción colectiva que, en cuanto dirigida contra un empresario determinado, tiene un efecto limitado respecto al mercado en su totalidad (...), y que la Asociación no ha llevado a cabo anteriormente prácticas semejantes, no se imponga multa o, alternativamente, se evalúe en grado mínimo, a juicio de ese Tribunal».

7. El 16 de junio de 1998 tiene entrada en el Tribunal, procedente del Servicio, el expediente instruido y en el Pleno celebrado el siguiente día 26 se dicta Providencia de admisión a trámite del mismo con el núm. 434/98, se nombra Ponente al Vocal D. Julio Pascual y Vicente y se concede a los interesados el plazo de 15 días que establece el art. 40.1 LDC para que puedan solicitar celebración de vista y proponer las pruebas que estimen necesarias. El 2 de julio de 1998 esta Providencia se notifica a los interesados y se comunica a la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia.
8. El 24 de julio de 1998 tiene entrada en el Tribunal escrito de la Distribuidora en el que solicita la celebración de vista y propone diversos medios de prueba.
9. El 31 de julio de 1998 tiene entrada en el Tribunal escrito de la Asociación en el que se solicita la celebración de vista y propone diversos medios de prueba.
10. El 26 de octubre de 1998 el Pleno del Tribunal dicta un Auto de prueba y vista, en el que resuelve en materia de pruebas y acuerda no celebrar vista. Una vez practicada la prueba, el Tribunal dicta una Providencia el 26 de noviembre de 1998, en la que acuerda poner de manifiesto a los interesados el resultado de la prueba practicado, para su valoración durante un plazo de 10 días, de conformidad con el art. 40.3 LDC, y, concluido ese plazo, conceder otro de 15

días para conclusiones, según establece el art. 41.1 LDC.

11. El 14 de diciembre de 1998, en el trámite de valoración de prueba, la Asociación presenta un escrito en el que alega que la prueba pone en evidencia la actitud de arbitrariedad y prepotencia mantenida por la Distribuidora frente a los vendedores de prensa y que esto es lo que decidió a la Asociación a plantear una queja práctica consistente en dejar de vender prensa durante un corto período de tiempo, sin propósito alguno de impedir, restringir o falsear la competencia. El 2 de enero de 1999, en el trámite de conclusiones, la Asociación vuelve a presentar un escrito en el que se ratifica en las alegaciones hechas con anterioridad y hace constar que del conjunto de las pruebas practicadas se deduce que la conducta de la denunciada no ha sido contraria a la Ley de Defensa de la Competencia, sino mera reacción defensiva frente a la inadecuada conducta de la Distribuidora, que había actuado en disconformidad con las exigencias de la buena fe, con abuso de derecho y en fraude de ley.
12. El 4 de enero de 1999 la Distribuidora presenta un escrito de conclusiones en el que hace constar fundamentalmente lo siguiente: a) Que los hechos denunciados han quedado acreditados sin que hayan sido negados por la denunciada que únicamente ha intentado justificarlos. b) Que la prueba testifical practicada a propuesta de la denunciada es más propiamente una manifestación de parte al ser los testigos miembros de la asociación denunciada. c) Que la calificación jurídica que corresponde a los hechos denunciados es la de una conducta prohibida en el art. 1 LDC como señala el Pliego de Concreción de Hechos. d) Que, dada la claridad de los hechos y de su calificación jurídica, no deben admitirse justificaciones que puedan darse por la denunciada en el sentido de que los hechos se produjeran como respuesta contra una situación abusiva por parte de la denunciada. e) Que el Tribunal deberá valorar la cuantía de las sanciones que deba imponer.
13. El TDC deliberó y falló sobre el presente expediente en su sesión de Pleno celebrada el día 2 de febrero de 1999, encargando la redacción de la Resolución al Vocal Ponente.
14. Son interesados:
 - Distribuidora Segoviana de Publicaciones SA.
 - Asociación de Vendedores de Prensa y Revista Segovianos.

HECHOS PROBADOS

1. El día 16 de mayo de 1996 la Asociación de Vendedores de Prensa y Revistas

Segovianos adoptó el acuerdo de utilizar como medida de presión contra la Distribuidora Segoviana de Publicaciones SA, en la negociación que se intentaba llevar a cabo con ésta, el cerrar los puntos de venta durante un día laborable que se concretaría con posterioridad.

2. El día 20 de junio de 1996 la Asociación de Vendedores de Prensa y Revistas Segovianos, celebró una reunión de sus asociados en la que, considerando que no se habían obtenido resultados satisfactorios en el diálogo con la Distribuidora, se acordó por unanimidad dejar de vender prensa los días 25 y 26 de junio de 1996, y distribuir entre todos los asociados unos carteles para ser expuestos en los puntos de venta, así como unas octavillas para distribuir entre los clientes, con los principales motivos que llevaban al cierre.
3. Los días 25 y 26 de junio de 1996, 55 puntos de venta, es decir, algo menos de la mitad de los existentes, ejecutaron los acuerdos tomados el día 20 de junio de 1996 por los socios de la Asociación de Vendedores de Prensa y Revistas Segovianos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La cuestión que se dilucida en este expediente es si la Asociación de Vendedores de Prensa y Revistas Segovianos ha infringido el art. 1 LDC, como estima el Servicio, por haber acordado en asamblea que los puntos de venta cerrasen durante dos días consecutivos y recomendarlo luego, como medio de presión en la negociación con la Distribuidora para organizar el reparto de prensa en la provincia. La recomendación fue atendida por menos de la mitad de los puntos de venta.

Los hechos no han sido discutidos, lo que limita el problema, pues, a resolver si aquellos merecen o no la calificación jurídica que les otorga el Servicio y, consecuentemente, si se deben seguir las consecuencias sancionadoras correspondientes.

2. El art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia prohíbe en su apartado primero todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica contraria o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del territorio nacional. Es decir, las conductas tipificadas están prohibidas si, y sólo si, por lo que respecta al impedir, restringir o falsear la competencia, cumplen una, al menos, de las tres condiciones siguientes: 1) tener el objeto, aunque no lo consiga; 2) producir el efecto, aunque no haya propósito ; o 3) haber podido producir el efecto, incluso sin perseguirlo. Sólo si una de estas tres condiciones se da, puede incurrir en prohibición un acto

de concertación de voluntades entre operadores económicos, que el propio artículo 1.1 ejemplifica, sin afán exhaustivo, añadiendo "en particular, los que consistan en: a) la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. b) la limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. Etcétera." . O sea, dicho con otras palabras, se trata de que la conducta concreta objeto del análisis tenga o no *aptitud* para impedir, restringir o falsear la competencia, aunque no haya tenido efectos prácticos sobre la misma. Si la conducta concreta sobre la que hay que resolver no ha tenido efectos reales sobre la competencia, como manifiesta el Servicio, pero resultara *apta* para vulnerar la competencia, estaría incurso en la prohibición del art. 1 LDC. Y, por el contrario, la conducta concreta en cuestión no estará prohibida si es que carece de aptitud para afectar negativamente a la competencia. (Ver este concepto de *aptitud* en Sentencia de la Audiencia Nacional, de 2 de noviembre de 1998, recaída en un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del TDC, dictada en el expte. 345/94, Máquinas recreativas).

3. La conducta considerada no ha tenido efectos reales sobre la competencia, según pone de manifiesto el Servicio sin contradicción alguna. Pero ¿tiene aptitud para entorpecerla? El denunciante nada dice al respecto. El Instructor, sin embargo, consideraba en el Informe (AH 6) que, entre otras circunstancias, por la corta duración de la práctica, no se veía que pudiera afectar a la competencia, con independencia de que hubiese podido perjudicar a la Distribuidora e, incluso, a los consumidores que sintieran afectados sus hábitos de compra de periódicos durante los dos días de cierre. Es decir, el acuerdo de cierre por dos días, en el caso concreto que se está resolviendo, ni ha tenido por objeto afectar a la competencia, ni ha tenido efecto real o potencial sobre la competencia. En resumen, carece de aptitud para afectar negativamente a la competencia. No se está en presencia, pues, de una conducta de las prohibidas en el art. 1 LDC.
4. Es lógico, por otra parte, que este acuerdo de los vendedores de periódicos de Segovia que se enjuicia caiga fuera de la órbita de la Ley de Defensa de la Competencia. Los titulares de los kioscos de periódicos formalmente son empresarios. Pero en la práctica, la mayoría son trabajadores autónomos, categoría administrativo-fiscal en la que participan trabajadores sin jefe, profesionales y pequeños empresarios. Además, en la provincia de Segovia hay más de un centenar de ellos frente a un único distribuidor (la Distribuidora) que, abuse (como dice la asociación de vendedores) o no abuse de ello, ostenta una posición de dominio en el mercado de distribución de prensa simplemente porque no hay otro. Por ello, un acuerdo como el que hoy se trata tiene más parecido con una manifestación sindical, de las que pueden legalmente llevar a cabo los trabajadores de una empresa como medio

de manifestar públicamente una protesta, que de un acuerdo entre empresarios apto para perjudicar la competencia que son los que la LDC prohíbe. Además, hay un elemento del acuerdo controvertido sobre el que es de interés reflexionar; es su corta duración, que lleva al Instructor a sugerir que así es difícil que el acuerdo afecte a la competencia. Pero es que la corta duración es consustancial con un acuerdo de protesta de las trazas que tiene el de los kiosqueros de periódicos de Segovia frente a la Distribuidora única de la provincia: cerrar les cuesta dinero a los kiosqueros que, modestos en su mayoría, no es verosímil que tengan gran capacidad económica para aguantar las consecuencias de un cierre prolongado.

5. Se trata, no debe perderse de vista, de un acuerdo entre gran número de pequeños vendedores de prensa para evitar las incomodidades y los perjuicios que les ocasiona tener que aceptar, sin capacidad para negociar algo distinto, en un o lo tomas o lo dejas, las condiciones que para su propia comodidad les impone la única distribuidora que opera en la provincia. En el mercado afectado, que es el de distribución de prensa de la provincia de Segovia, es asimétrica y muy desequilibrada la relación existente entre el único oferente que hay (la Distribuidora) y los numerosos pequeños vendedores que operan en él. En esas circunstancias, es lógico, y no es contrario a la competencia, que esos pequeños vendedores se asocien para poder negociar unas condiciones de la distribución que individualmente les son impuestas, lo que produce los naturales roces en una actividad en la que la implicación personal es muy fuerte, como ocurre en la de venta de prensa al detall en Segovia. Como tampoco es verosímil que pueda alterar la competencia el que, como medio de presión para llevar a cabo una negociación que evite el trágala, los vendedores decidieran dejar de vender periódicos un par de días seguidos. Y no se trata siquiera de insinuar que el comportamiento anterior de la Distribuidora fuera técnicamente abusivo. No es necesario que se diera tal circunstancia para considerar bueno para la eficiencia del mercado procurar en este caso una moderación del desequilibrio existente en las relaciones entre el único oferente y los múltiples pequeños demandantes.

Por todo lo anterior y vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia, con el voto en contra del Vocal Sr. Bermejo Zofío.

RESUELVE

Único.- Declarar que en el presente expediente no se ha acreditado la realización de ninguna práctica restrictiva de la competencia de las prohibidas por la Ley 16/1989, dándose por finalizado el expediente, que se archivará una vez que sea firme esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que agota la vía administrativa y que, por tanto, contra la misma podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.