

RESOLUCIÓN (Expte. 366/95 Vendedores Prensa Santander)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente

Alonso Soto, Vicepresidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alcaide Guindo, Vocal

Fernández López, Vocal

Berenguer Fuster, Vocal

Hernández Delgado, Vocal

Rubí Navarrete, Vocal

En Madrid, a 4 de julio de 1996

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 siguiente Resolución en el expediente 366/95 (1009/93 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado en virtud de denuncia de Distribuidora Peña Sagra S.A. (Peña Sagra) contra la Asociación de Vendedores de Prensa de Santander (Asociación) y los miembros de su Junta Directiva, por la comisión de prácticas restrictivas de la competencia consistentes en acordar el boicot de la denunciante.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 4 de noviembre de 1993 tiene entrada en la Dirección General de Defensa de la Competencia un escrito de D. José Manuel Casuso Palazuelos, en su calidad de Director Gerente y Presidente del Consejo de Administración de Peña Sagra, en el que denuncia a la Asociación Profesional de Vendedores de Prensa de Santander (rectius: Cantabria) y a los miembros de su Junta Directiva individualmente considerados, que cita nominalmente, por haber acordado el 7 de octubre de 1993 hacer un llamamiento a todos los asociados para que, a partir del día 29 de ese mes, procedan a cancelar temporalmente la recogida del género de Peña Sagra y a dejar de vender las publicaciones distribuidas por la misma. El acuerdo había sido precedido de propuestas similares hechas por anteriores Juntas de la Asociación y fué seguido del envío de una circular que lo comunicaba a los vendedores y de la entrega de un boletín que éstos deberían suscribir para enviarlo a la distribuidora en el que la notificaban la no recogida de sus publicaciones. El acuerdo se tomó como medio de presión frente a Peña Sagra al no haberse llegado a un acuerdo sobre diversas cuestiones que enfrentaban a la distribuidora y los vendedores. La denunciante califica

esta conducta como constitutiva de una infracción del Art. 1 LDC y pide la apertura de expediente sancionador y la adopción de medidas cautelares.

2. El 18 de enero de 1995 el Servicio solicita información a los denunciados al amparo del Art. 32.1 LDC (deber de colaboración) contestando la Asociación el 8 de febrero de 1994. El 7 de marzo de 1994, invocando asimismo el Art. 32.1 LDC, el Servicio solicita información del Sr. Casuso Palazuelos, que contesta el 21 de marzo de 1994.
3. El 7 de julio de 1994 el Director General ordena la incoación de expediente a instancia de parte interesada y nombra instructor y secretaria, notificándolo a los interesados.

El 2 de agosto de 1994 la Asociación denunciada solicita el traslado de la denuncia completa. El Servicio atiende la petición el 5 de agosto de 1994.

El 14 de septiembre de 1994 la Asociación envía alegaciones y el 21 de marzo de 1995 el Servicio formula el siguiente pliego de concreción de hechos:

"1º) La ASOCIACION PROFESIONAL DE VENDEDORES DE PRENSA DE CANTABRIA (en lo sucesivo la Asociación), celebró una asamblea el día 7 de Octubre de 1.993 con objeto de tratar los problemas que tienen los vendedores de prensa con la empresa DISTRIBUIDORA PEÑA SAGRA, S.A. En dicha reunión se acordó "aplicar las medidas que ya se habían propuesto en anteriores asambleas (...) es decir, la cancelación temporal de la recogida del género de Peña Sagra, dejar de vender sus publicaciones".

2º) La Asociación comunicó el anterior acuerdo a los vendedores de prensa mediante una carta circular (identificada como "Circular 10/93") a la que acompañaba un boletín que debía ser rellenado y firmado por aquellos vendedores que estuvieran conformes con la medida adoptada y devuelto a la Asociación, a fin de que ésta lo hiciera llegar a la Distribuidora junto con una serie de peticiones relativas a las condiciones en que debía desarrollarse la relación comercial, "de forma que si ahora también, pese a las firmas y la decisión tomada sigue cerrado a modificar sus métodos, aplicaremos el acuerdo de cancelar la recogida del género de Peña Sagra a partir de la fecha fijada en dicha circular..." (En el boletín mencionado el vendedor potencialmente firmante indicaba a la Distribuidora "que se abstenga de servirle género temporalmente y hasta nuevo aviso. ULTIMA ENTREGA 29 DE OCTUBRE").

3º) De los 306 clientes reconocidos por la Distribuidora, 103 (de ellos 74 pertenecientes a la Asociación) secundaron el acuerdo tomado por la Asociación, negándose a aceptar las publicaciones suministradas por Peña Sagra los días 1 y 7 de Noviembre de 1.993".

Estos hechos constituyen una infracción del Art. 1 LDC.

4. Notificado el pliego, la Asociación formula alegaciones y propone prueba que el Servicio acepta y practica. Comunicado el resultado de la prueba a la Asociación, ésta envía un escrito de valoración de la prueba, con lo que el Servicio da por terminadas las actuaciones y formula su Informe en el que mantiene los hechos y la calificación antes expuestos en el pliego de concreción de hechos.
5. Recibido el Expediente en el Tribunal, el 19 de octubre de 1995, se admite a trámite, se nombra Ponente y se pone de manifiesto a los interesados para alegaciones, previniendo a los directivos de la Asociación de la posible utilización por el Tribunal de la facultad sancionadora que le concede el Art. 10.3 LDC. Asimismo se envía al Servicio copia compulsada de determinados folios de las actuaciones para que incoe expediente a Distribuidora Peña Sagra S.A. a fin de sustanciar sus posibles vulneraciones de los Arts. 1 y 7 LDC.
6. La Asociación pide la suspensión del expediente hasta que se resuelva el mandado incoar a Peña Sagra, lo que el Tribunal deniega, y propone determinadas pruebas, que el Tribunal acepta y practica. Valorada la prueba, los interesados formulan conclusiones en las que se reiteran en sus respectivas peticiones.
7. El 25 de marzo de 1996, como diligencia para mejor proveer, el Tribunal solicita copia de los estatutos de la Asociación y de cuantos acuerdos complementarios hagan referencia a la representación de sus órganos rectores.
8. El 4 de junio de 1996 se nombra nuevo Ponente en sustitución del anterior, que había cesado por renuncia aceptada por Real Decreto 1272/1996, de 24 de mayo, publicado en el BOE del 25.5.96; y el Tribunal delibera y falla el expediente en el Pleno celebrado el 11 de junio de 1996.

9. Son interesados en este expediente:
- Distribuidora Peña Sagra S.A.
 - La Asociación de Vendedores de Prensa de Cantabria
 - Don Antonio Muñoz Muñoz
 - Don José Antonio San Emeterio
 - Don Miguel Angel Bustillo Revuelta
 - Doña Josefina Ortega Pérez
 - Don Rafael Amodia
 - Don Dionisio Gómez Sainz
 - Doña Mar Orizaola Jorganes
 - Don Enrique P. Franco Gómez

HECHOS PROBADOS

1. La Asociación Profesional de Vendedores de Prensa de Cantabria está constituida al amparo de la Ley 19/1977, de 1 de abril, con ámbito provincial, requiriéndose la condición de vendedor de prensa para ser socio. No consta el número de socios, afirmando la Asociación que lo son la mayoría de los vendedores. Distribuidora Peña Sagra S.A. es una compañía de distribución de publicaciones que cuenta con un amplio fondo editorial que distribuye en exclusiva en Santander y provincia. De los 380 puntos de venta de publicaciones que existen en este territorio son clientes suyos 306.
2. En el primer semestre de 1993 se producen disensiones entre Peña Sagra y la Asociación sobre seis puntos importantes, entre otros menores, relativos a las condiciones que rigen las relaciones contractuales de la Distribuidora y los vendedores (puntos precisados en la Circular 8/93 de la Asociación), que dan lugar a negociaciones entre las partes y en cuya solución se interesa a la Cámara de Comercio de Cantabria que el 11 de mayo de 1993 dirige una carta al Presidente de la Asociación en la que, después de citar la doctrina del Tribunal que cree aplicable al caso, recomienda "que planteen sus problemas ante los Tribunales de Justicia con anterioridad a adoptar medidas de presión que pueden acarrear graves consecuencias a todos los interesados en el conflicto".
3. La Asociación informa a los asociados de las negociaciones con Peña Sagra en la Asamblea General Extraordinaria celebrada el 11 de junio de 1993, acordándose "presionar para bajar los portes, empezando por la distribuidora Peña Sagra por ser la más complicada, avisando primero a los distribuidores y a los editores nacionales, y dejar de vender todo su género a partir del día 13 de julio, lunes; siendo esta medida indefinida. Hacer llegar a la opinión pública los motivos. Mandar una circular a todos los

puntos de venta con los motivos, solicitando el apoyo y recogiendo firmas" (Acta de la Asamblea).

Este acuerdo se reitera en la Asamblea celebrada el 16 de junio de 1993, sin que se ponga en práctica al continuar las conversaciones entre las partes, informando la Asociación en su Circular 8/93 (sin fecha), que va a realizar un último intento de acuerdo con Peña Sagra, con mediación de las Editoriales, en cuyo defecto "no quedará otro remedio que romper las relaciones comerciales y aplicar los acuerdos tomados en las asambleas respecto a este tema".

4. En la Circular 9/93 (sin fecha) la Asociación pide la asistencia a la Asamblea General que se celebrará el 7 de octubre "para tomar una decisión definitiva sobre la actitud a seguir respecto a esta situación" (la creada por Peña Sagra); y en la Asamblea celebrada el 7 de octubre de 1993, el presidente de la misma, que es el de la Asociación, D. Antonio Muñoz Muñoz, informa de todas las negociaciones habidas, tomándose los siguientes acuerdos:

"- la Asociación notificará a todos los puntos de venta el acuerdo tomado en esta reunión, se les hará ver la necesidad de dejar de vender el género de Peña Sagra desde un día determinado y se les invitará a hacerlo.

- se pondrán notas en los periódicos y saldrá en Telecantabria como noticia.

- junto con la nota informativa, se acordó enviar a todos los puntos de venta una nota en la que cada uno ponga su nombre, nº de cliente y dirección del punto de venta, y en la que se comunique a Peña Sagra que se abstenga de servirle género temporalmente y hasta nuevo aviso, indicando la fecha de la última entrega, así como la solicitud de las hojas de devolución hasta dicha fecha y que cada cual habrá de firmar. Esta se hará por duplicado.

- ambas notas se acordó enviarlas por medio de los repartidores de los periódicos, y recogerlas firmadas al día siguiente.

- la copia se quedará en la asociación, y todos los originales será la asociación la encargada de enviarlos todos juntos a Peña Sagra".(Sic)

5. Estos acuerdos son notificados a los vendedores por la Asociación (Circular 10/93, sin fecha) al tiempo que les envía la hoja o boletín que habrán de firmar y devolver a la Asociación para que se lo haga llegar a Peña Sagra. Esta hoja, en folio apaisado, tiene en cada mitad el mismo

texto, en el que se avisa a Peña Sagra que se abstenga de servir género y que la última entrega será el 29 de octubre.

6. El Presidente de la Asociación entrega a Peña Sagra la totalidad de los boletines firmados, quedando el duplicado en la Asociación.
7. El acuerdo se lleva a efecto desde el 1 de noviembre de 1993 por un total de 103 vendedores -algunos sin haber firmado el boletín- 78 de ellos miembros de la Asociación hasta que el 7 de noviembre la Asociación comunica a los vendedores que ha llegado a un principio de acuerdo con Peña Sagra para que desde el día 8 recojan sus paquetes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El supuesto de hecho que constituye el objeto de este expediente es el acuerdo de la Asociación Profesional de Vendedores de Prensa de Cantabria de suspender la venta de todas las publicaciones que les venía suministrando la distribuidora Peña Sagra como medio de obligarla a modificar determinadas condiciones o estipulaciones de sus relaciones contractuales. Es un supuesto que guarda muy estrecha semejanza, como recuerda el Servicio, con el que contempló la Resolución del Tribunal de 7 de enero de 1993 (Exp. 315/92 Vendedores de Prensa de la Comarca del Bidasoa), cuya doctrina resulta, por ello, aplicable al caso presente.

La citada Resolución estableció que los vendedores de publicaciones, en cuanto venden al público en nombre propio y están vinculados a los distribuidores con un contrato que no es laboral, no son trabajadores asalariados sino empresarios independientes sujetos a las leyes del mercado, entre ellas la LDC. El funcionamiento competitivo del mercado que la LDC tutela exige que las decisiones de quienes en él actúan se tomen autónoma y libremente por cada operador económico (Resolución de 26 de diciembre de 1995 Exp. 360/95 Mutua Madrileña Automovilista), o, como decía la propia Resolución de 7 de enero de 1993 recogiendo doctrina anterior, *"la decisión de una asociación empresarial de negociar un contrato general, corporativo, en interés de los asociados, lo mismo que el acuerdo entre empresarios de llevar a cabo una negociación colectiva, son actos prohibidos por el art.1 de la Ley 16/1989. Porque al sustituir la oferta colectiva a la actuación independiente y al unificar las condiciones contractuales, se está limitando la competencia, que exige tanto una elaboración autónoma de las propias condiciones como su oferta individualizada por cada uno de los operadores presentes en el mercado"*.

La negociación asociativa resulta prohibida en tanto no la permita la Ley o la autorice singularmente el Tribunal (Art. 4 LDC) a solicitud de parte; nada de ésto ha ocurrido en este caso -la autorización ni siquiera se ha solicitado- en el que, a más de la negociación con Peña Sagra, la Asociación ha adoptado el acuerdo de boicot, acuerdo colusorio que aunque no esté expresamente contemplado en los supuestos específicos enumerados en el Art. 1.1 LDC, debe considerarse incluido en su cláusula general al atacar directamente la libertad empresarial de un operador -el boicoteado- que se ve forzado a tomar, contra su voluntad, ciertas decisiones de política empresarial para que no se resientan sus ventas e, incluso, para no tener que abandonar el mercado. Es decir, que el funcionamiento competitivo del mercado, basado en decisiones tomadas autónoma y libremente, queda alterado por la coacción ejercida colectivamente por unos operadores. El boicot, como forma de coacción colectiva, como ataque a la libertad, es un acuerdo colusorio que no puede tener justificación, incluso en el caso hipotético de que lo que se pretende imponer no fuera injusto.

2. La Asociación ha alegado, como justificación de su conducta, que el acuerdo de boicot se ha tomado como reacción frente al abuso que de su posición de dominio hace la distribuidora imponiendo unilateralmente a todos ellos condiciones no equitativas; posición dominante que proviene de que Peña Sagra tiene la exclusiva en Santander y provincia de las publicaciones que distribuye.

La elegación no es aceptable. La actuación de Peña Sagra frente a los vendedores no es objeto de este expediente, aunque el Tribunal ha interesado de oficio al Servicio que realice la correspondiente investigación por si pudiera ser constitutiva de una infracción de la LDC. Pero aún en el supuesto de que la conducta de Peña Sagra infringiera la LDC, es de recordar que la respuesta a una conducta contraria a la LDC no es la comisión de otra infracción, sino la denuncia al Servicio del obrar anticompetitivo para que proceda a su persecución (Resolución de 30 de julio de 1992 FD 3.1 Mutua Madrileña Automovilista, Resolución de 7 de octubre de 1993 citada, Resolución de 28 de junio de 1995 FD 1.3 Exp. 351/94 Asociación Tocoginecólogos de España). Y la reacción, en este caso, ha ido más allá del mero negociar colectivo y ha llegado a acordar y practicar un boicot a Peña Sagra, empleo de la coacción que nada puede justificar. Por ello el Servicio ha centrado su acusación en el acuerdo de boicot, estimando implícitamente que esta conducta absorbe o incluye la negociación, previa y posterior el acuerdo, de la Asociación con Peña Sagra.

3. Se ha alegado también que el acuerdo del 7 de octubre de 1993 no fué un acuerdo de la Asociación porque a la Asamblea acudieron una multitud de vendedores que no eran socios, con lo que el acuerdo quedó desnaturalizado o nulo.

Frente a esta alegación cabe observar que en el acta de la Asamblea, a la que no se acompaña lista de asistentes, no se hace mención de b que ahora se dice ni se pone en duda que fué una Asamblea convocada por la Asociación "para tratar de Peña Sagra" y presidida por su Presidente. Y si fuera cierta la asistencia y votación de personas ajenas a la Asociación - cuya identificación no se ha proporcionado-, se plantearía una cuestión de coautoría -de la Asociación y de los vendedores no miembros- y no una exclusión de la autoría de la Asociación, que es lo que la alegación pretende. La Resolución de 7 de enero de 1993 antes citada, declaró autores a los vendedores individualmente considerados porque el acuerdo fué tomado por ellos en tal concepto y no como miembros de una persona jurídica, de modo que no hubo intervención, mediación o utilización de ninguna asociación o persona moral equivalente.

4. Se alega también, en la misma línea de negación de la autoría de la Asociación, que la decisión de no recoger la mercancía de Peña Sagra fué tomada individualmente, por cada vendedor, al suscribir el boletín en el que el firmante manifestaba a Peña Sagra que la última entrega aceptada sería la del 29 de octubre.

La Asociación confunde aquí el acuerdo de boicot -que fué el tomado en la Asamblea- y su ejecución, que únicamente pueden realizar los vendedores, a quienes iba dirigido, porque la Asociación como tal no vende publicaciones. Por otra parte la Asociación ha hecho todo lo que estaba en su mano para llegar al acuerdo de boicot -se venía anunciando en anteriores Asambleas- y para el éxito de su ejecución, comunicando su adopción a todos los vendedores de prensa y no sólo a los socios, facilitando el boletín a rellenar y entregándolo a Peña Sagra al tiempo que conservaba una copia para control de los ejecutores del acuerdo; y la Asociación ha decidido poner fin al boicot cuando Peña Sagra cedió, comunicándolo así a los ejecutores.

En suma, la pretensión de la Asociación de que sean inculpados sólo los vendedores individuales no puede ser acogida.

5. Por último, tampoco es de estimar la alegación de que no se ha acreditado que el boicot -"la presión"- haya provocado perjuicio a Peña Sagra. En primer lugar, el único perjuicio que exige el Art. 1 LDC para que se produzca la infracción es el de la competencia y no el de los competidores o los consumidores; y este perjuicio a la competencia basta, además, con

que sea potencial: acto "que produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia...". En segundo lugar, el perjuicio a otros intereses lo tiene en cuenta la Ley para graduar la cuantía de las sanciones (Art. 10.2.d) LDC; y, en este caso, se ha producido un perjuicio a los consumidores, que han tenido que acudir a los vendedores que no secundaban el boicot, y un daño a Peña Sagra, que ha tenido que aceptar nuevas condiciones contractuales y que no ha vendido, durante una semana, las publicaciones que no han querido recoger los seguidores del boicot. La cuantificación específica de este daño tiene interés para el ejercicio de la acción indemnizatoria pero no para la resolución de este expediente porque no corresponde al Tribunal el conocimiento de la acción de daños (Art. 13 LDC).

6. El Art. 10 autoriza a imponer una sanción a los autores de la práctica para lo que exige la culpabilidad de la conducta (que infrinjan la Ley "deliberadamente o por negligencia"). Requisito que se cumple porque la Asociación ha actuado con conciencia de la antijuridicidad de su acción - se lo había evidenciado la Cámara de Comercio- y con voluntariedad respecto a la adopción del acuerdo. Y para determinar su cuantía -que respecto de la Asociación, por no tener cifra de ventas, no podrá exceder de 150 millones de pesetas-, el mismo artículo señala unos criterios de cuya aplicación resulta: que el boicot es una coacción colectiva que, en cuanto dirigida contra un empresario determinado, tiene un efecto limitado respecto del mercado en su totalidad; mercado que es el de toda Cantabria, al que alcanza la exclusiva de Peña Sagra; que el boicot se ha practicado por 103 de los 380 vendedores (puestos de venta) existentes, durante una semana, y ha obligado a Peña Sagra a aceptar determinadas condiciones; y que aunque el acuerdo de 7 de octubre de 93 haya sido precedido de algún acuerdo similar anterior, la Asociación no ha sido condenada ni expedientada por hechos similares con anterioridad, por lo que no cabe apreciar la reiteración.

Ponderando estos elementos se estima adecuada una multa de 5 millones de pesetas.

7. El 10.3 permite imponer también una sanción a los representantes legales de la persona jurídica o a quienes integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión. La denuncia atribuía el acuerdo de 7 de octubre de 1993 a la Junta Directiva; pero se ha probado que el acuerdo lo fué de la Asamblea y no de la Junta, por lo que los miembros de ésta quedan exentos de responsabilidad personal. No así Don Antonio Muñoz Muñoz, presidente de la Asociación y a quien corresponde su representación legal (Art. 20.3 de los Estatutos) a quien se le impone una multa de 500.000 pesetas.

8. En cumplimiento de lo dispuesto por el Art. 46.5 LDC se ordena la publicación de la parte dispositiva de esta resolución en el BOE y en uno de los dos diarios editados en Santander y de mayor circulación en Cantabria.

Por todo ello, el Tribunal

RESUELVE

1. Declarar la comisión de una infracción del Art. 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en la adopción por la Asamblea General de la Asociación Profesional de Vendedores de Prensa de Cantabria celebrada el 7 de octubre de 1993 del acuerdo de "la no venta de género de Peña Sagra S.A.", acuerdo que fué seguido por 103 vendedores de prensa. Es sujeto activo responsable de esta infracción la Asociación Profesional de Vendedores de Prensa de Cantabria.
2. Imponer a la Asociación citada la multa de 5 millones de pesetas.
3. Imponer a Don Antonio Muñoz Muñoz, Presidente de la misma Asociación, la multa de 500.000 pesetas.
4. Ordenar a la Asociación Profesional de Vendedores de Prensa de Cantabria la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de esta Resolución en el BOE y en uno de los dos diarios editados en Santander y de mayor circulación en Cantabria.

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.