

RESOLUCIÓN (Expte. r 579/03, Diario La Región)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente

Huerta Trolèz, Vicepresidente

Pascual y Vicente, Vocal

Comenge Puig, Vocal

Del Cacho Frago, Vocal

Torremocha y García-Saénz, Vocal

Conde Fernández-Oliva, Vocal

Cuerdo Mir, Vocal

En Madrid, 8 de junio de 2004

El **PLENO** del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, Tribunal), con la composición expresada al margen, y siendo Ponente el Vocal Sr. Cuerdo Mir, ha dictado esta Resolución en el expediente r579/03, Diario LA REGIÓN (2388/02 en el Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio), de recurso, interpuesto por Distribuciones GRAÑA, S.A. contra el Acuerdo del Ilmo. Sr. Director General de Defensa de la Competencia de fecha 9 de junio de 2003, por el que se archivaban las denuncias formuladas por Distribuciones GRAÑA, S.A. contra Diario LA REGION, S.A. y Distribuciones GLADIS, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 13 de mayo de 2002, tuvo entrada en la Dirección General de Defensa de la Competencia un escrito de D. Félix Mener Fernández por el que, en nombre y representación de Distribuciones GRAÑA, S.A. (GRAÑA, en lo sucesivo), formulaba denuncia contra LA REGIÓN, S.A. (en adelante, LA REGION), editora del Diario La Región, por supuestas conductas prohibidas por la ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), modificada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, consistentes en la ruptura unilateral del contrato de distribución suscrito por ambas, la formalización de un contrato de distribución de LA REGION con GALDIS, S.L (en adelante, GALDIS) y la imposición de cláusulas abusivas en el contrato rescindido. También denunciaba a GALDIS por la supuesta apropiación de su red de distribución.

2. Con fecha 17 de octubre de 2002, el Servicio decidió abrir una información reservada como diligencia previa a la incoación del correspondiente

expediente. De acuerdo con el art. 32.1 de la LDC, se requirió al denunciante para que facilitara información y datos en torno a:

1. Las condiciones de distribución que le impuso LA REGION, S.A. en el año 2001.
2. El alcance de la conexión informática entre la distribuidora y la editora con referencia a la obligación estipulada en la cláusula 6ª del Contrato de Distribución.
3. Modelo relativo a la Inspección por la distribución de los puntos de venta, referido a la cláusula 5ª del Contrato de Distribución.
4. Otras publicaciones que distribuía GRAÑA a la vez que LA REGION.
5. Tipo de infracción en la que incurrió GALDIS para ser denunciada por GRAÑA desde el punto de vista de la competencia.

3. Con fecha 8 de noviembre de 2002, se recibe en el Servicio de Defensa de la Competencia escrito de contestación al requerimiento anterior por parte de GRAÑA. A la primera cuestión, GRAÑA contesta que el cambio en las condiciones se basaba en una reducción en el margen de distribución. En cuanto al alcance de la conexión informática, contesta que LA REGION le exigía dar información sobre el número de ventas de otros periódicos y revistas que distribuían así como sondeos sobre productos competidores, a pesar de no ser distribuidos por GRAÑA. Con esta información, según el denunciante, LA REGION se hizo con “toda la información relevante sobre los puntos de venta (quioscos) que formaban parte de la red comercial de distribuciones GRAÑA”. En cuanto al tipo de infracción cometida por GALDIS, el denunciante le acusa de colaborar “con la limitación de competencia, además de haberse apropiado de la cartera de clientes” de GRAÑA (folio 154). En todo caso cita el art. 1 en su apartado 1, letras b y c, de la LDC como disposiciones vulneradas por GALDIS.

4. Con fecha 9 de enero de 2003, el Servicio vuelve a requerir a GRAÑA para que en el plazo de 10 días, remita la información pendiente que ya se había solicitado con fecha 17 de octubre de 2002.

5. Con fecha 20 de enero de 2003, el Servicio requiere a LA REGION para que facilite información y datos acerca de:

- Motivos de la rescisión del Contrato de Distribución con GRAÑA.
- Número de puntos de venta del Diario LA REGION en noviembre de 1998 y en noviembre de 2001.
- Empresa distribuidora de LA REGION anterior a GRAÑA.

- Implantación y utilización de una red de distribución por parte de GRAÑA a partir de 1998.

6. Con esa misma fecha 20 de enero de 2003, el Servicio solicita información y datos a la Oficina de Justificación de la Difusión acerca del número de ejemplares de cada uno de los diarios de información general vendidos en la provincia de Ourense durante el año 2001.

7. También con fecha 20 de enero de 2003, se requiere a GRAÑA para que facilite como información reservada la respuesta a la pregunta de si impidió LA REGION a GRAÑA distribuir alguna publicación de la competencia, denegándole la autorización a que hacía referencia la estipulación 16 del Contrato de Distribución.

8. Con fecha 30 de enero de 2003, la Oficina de Justificación de la Difusión remite certificado sobre tirada y difusión promedio de los diarios en la provincia de Ourense.

9. Con fecha 6 de febrero de 2003, contesta LA REGION al requerimiento del Servicio, indicando que la rescisión se produce por incumplimiento grave de las obligaciones de GRAÑA establecidas en la cláusula 6ª del contrato, por docenas de quejas provocadas por suscriptores y “quiosqueros” además de irregularidades administrativas como la caducidad de los administradores de GRAÑA y la no presentación de las cuentas anuales en el Registro Mercantil correspondiente a varios ejercicios.

10. Por otra parte, ORPUDIS, S.L., era la empresa distribuidora antes de hacerlo GRAÑA y desde el 3 de julio de 1992. En opinión de LA REGION, GRAÑA se sirvió de la red de distribución que venía utilizando ORPUDIS.

11. En los folios 165 a 168 del expediente, consta un Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Ourense, por el que GRAÑA pide que se adopten medidas para suspender temporalmente la interrupción de la realización de sus servicios de distribución y ordene a LA REGION a seguir suministrando el diario. El Juez, con fecha 3 de octubre de 2001, desestima la solicitud.

12. En los folios 169 a 176 del expediente, el Notario, D. Antonio López-Calderón Vázquez levanta acta con fecha 24 de agosto de 2001, por la que LA REGION se pone en contacto con GRAÑA para dar cumplimiento a la cláusula 6ª del Contrato de Distribución. El Notario realiza una Diligencia en la que hace constar que el destinatario no ha efectuado contestación alguna a la Sociedad requirente.

13. En los folios 177 a 179 se describen los puntos de venta a los que se suministraba LA REGION en 1998 y en noviembre de 2001.

14. Con fecha 31 de enero de 2003, mediante escrito presentado en la Subdelegación del Gobierno en Ourense, GRAÑA contesta a parte de la petición de información que tenía pendiente con el Servicio. GRAÑA considera que existen pruebas de carácter testifical respecto de las prohibiciones que le imponía LA REGION para distribuir otros productos de la misma clase. Por otra parte, como consecuencia de la pérdida de la distribución del Diario LA REGION, el denunciante afirma que otros periódicos “Abandonaron (con posterioridad) la distribución” y de ello la empresa tiene las cartas de cese de contrato y los certificados contables, si fuera el caso. (El único certificado que consta en el expediente, en el folio 194, es un certificado de la propia GRAÑA relacionando “las publicaciones que hemos dejado de distribuir”).

15. Con fecha 27 de febrero de 2003, GRAÑA cumplimenta parte de la documentación que le había solicitado el Servicio, esta vez relativa a la asignación del producto y del mercado, la dependencia logística y las relaciones con los quioscos.

16. Con fecha 3 de abril de 2003, el Servicio requiere a “LA VOZ DE GALICIA” para que facilite información respecto a los distribuidores del periódico en la provincia de Ourense desde 1998 hasta finales de 2001 y si GRAÑA ha realizado gestiones durante ese periodo para que distribuyera LA VOZ DE GALICIA en la provincia de Ourense. Con la misma fecha el Servicio realiza el mismo requerimiento al FARO DE VIGO.

17. Con fecha 22 de abril de 2003, el FARO DE VIGO contesta que en ese periodo los distribuidores han sido por orden cronológico ORPUDIS, GALDIS y, actualmente, BOREAL, no constando ninguna negociación con GRAÑA. De igual forma, LA VOZ DE GALICIA da una relación de distribuidores (folio 203) en los que no consta GRAÑA. Por otra parte, LA VOZ DE GALICIA dice no haber realizado ninguna gestión con GRAÑA durante el periodo señalado.

18. Con fecha 9 de junio de 2003, el Servicio de Defensa de la Competencia acuerda el archivo de las actuaciones que tienen como origen la denuncia formulada por D. Félix Menor Fernández en representación de distribuciones GRAÑA y que da origen al expediente del Servicio 2388/02.

19. Con fecha 1 de julio de 2003, tiene entrada en el Tribunal de Defensa de la Competencia un escrito de GRAÑA, por el que se muestra disconforme con la resolución del Servicio de 9 de junio de 2003 y presenta recurso contra la misma.

20. Con fecha 2 de julio de 2003, el Tribunal informa al Servicio que no le consta la fecha de notificación del acuerdo recurrido y, por otra parte, que el recurrente no acredita ante el Tribunal la representación con la que actúa.

21. Con fecha 8 de julio de 2003, tiene entrada en el Tribunal escrito del Servicio en el que informa de lo siguiente:

- El recurso ha sido interpuesto en el plazo legalmente establecido.
- El recurrente ha acreditado la representación ante el Servicio (folios 40-43).
- Las alegaciones expuestas por el recurrente no desvirtúan las razones que fundamentan el acuerdo recurrido. En opinión del Servicio, se trata de un conflicto entre dos empresas que dirimen controversias derivadas de su estructura, de su relación contractual y que no parecen afectar a la competencia.

22. Con fecha 9 de julio de 2003, el Tribunal, mediante Providencia, incorpora al expediente el Informe solicitado al Servicio de Defensa de la Competencia, así como las actuaciones seguidas en dicho Servicio. Designa como ponente al Vocal Sr. Franch Meneu y pone de manifiesto el expediente a los interesados para que en el plazo de 15 días presenten las alegaciones y los documentos que estimen pertinentes. Se declaran interesados GRAÑA, S.A., LA REGION, S.A. y GALDIS, S.L.

23. Con fecha 10 de septiembre de 2003, LA REGION presenta Escrito de alegaciones.

24. Con fecha 10 de septiembre de 2003, GALDIS presenta Escrito de alegaciones.

25. Con fecha 22 de marzo de 2004, mediante Providencia, el Tribunal nombra como ponente al Vocal Sr. Cuerdo Mir, en sustitución del anterior Ponente Sr. Franch Meneu.

26. El Tribunal deliberó y falló el presente recurso en su sesión plenaria de 26 de mayo de 2004.

27. Son interesados: GRAÑA, S.A., LA REGIÓN, S.A. y GALDIS, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El asunto que se ventila concierne a una denuncia formulada por GRAÑA, S.A. contra LA REGIÓN, editora del diario LA REGION de Ourense y contra la distribuidora GALDIS. El Director General de Defensa de la Competencia, con fecha 9 de junio de 2003, acordó su archivo y contra esa decisión el denunciante recurre ante este Tribunal.

La denuncia ante el Servicio se basaba en que los denunciados (LA REGION y GALDIS) habían incurrido en una conducta prohibida por el art. 1.1 apartado b) y c) de la LDC, puesto que suscribieron un acuerdo entre ellos por el que se apropiaban de la red de distribución del denunciante. Ahora, el recurrente considera que el Servicio no ha tenido en cuenta el concepto de red comercial como “toda la actividad que se desarrolla de forma constante y fiel a medio de un proveedor como en este caso es GRAÑA”. Para ello, GRAÑA argumenta que los puntos de venta han manifestado su deseo de mantener sus relaciones comerciales con GRAÑA y no con otros suministradores y, en este sentido, se trunca la fidelidad y la voluntad de los puntos de venta de periódicos al imponerles la editora de LA REGIÓN un distribuidor distinto a GRAÑA.

SEGUNDO. Como cuestión previa y como ya ha manifestado este Tribunal en otras resoluciones (entre las más recientes, el r564/03, Distribuidora Peña Sagra), cuando se aplica la LDC no se debe perder de vista que la misma responde a un objetivo específico de “garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público” (Exposición de Motivos de la LDC). Ello significa que “los intereses privados solamente pueden tener acogida de manera secundaria” (Resolución TDC r564/03) y siempre que coincidan con el objetivo específico señalado. En este sentido, resulta razonable abstenerse de aplicar la LDC cuando se trata de relaciones entre individuos sin efectos en el orden público económico. En el caso que nos ocupa, el origen de la denuncia se encuentra en la rescisión unilateral de un contrato mercantil entre el denunciante y uno de los denunciados, LA REGIÓN. Lo único que cabe resolver es si, en tanto que los hechos denunciados se desprenden de una relación de “carácter individualizado” derivada de “un vínculo jurídico existente” entre Partes, se produce o no alguna vulneración del art. 1 de la LDC.

TERCERO. Como el mercado es el de la distribución del periódico LA REGIÓN en Ourense, este Tribunal está de acuerdo con el Servicio cuando éste señala que, de acuerdo a reiteradas Resoluciones del TDC (Expte. A56/93 y A57/93),

“la distribución exclusiva de conjuntos de publicaciones constituye una conducta habitual en el sector, dado que la brevedad de la vida útil de las publicaciones requiere un control de la distribución y de los ejemplares invencidos por parte de las editoras”.

Este mercado funciona así en aras de la eficiencia en la distribución, con una sola entidad mercantil distribuyendo los periódicos La Región, antes, durante y después del contrato de distribución entre GRAÑA y LA REGIÓN. Este hecho, que se considera habitual en este mercado por las razones ya apuntadas, no queda alterado en ningún momento. En todo caso, el monopolio de la distribución del Diario LA REGIÓN lo tenía GRAÑA mientras estuvo vigente el contrato.

CUARTO. Tampoco constituye una conducta prohibida por el art. 1.1 de la LDC, como señala el Servicio, la supuesta apropiación de la red de distribución de la denunciante. Porque, en definitiva, la rescisión del contrato “ni limita la distribución, ni constituye reparto de mercados, ni es contrario a la competencia que los puntos de venta sigan recibiendo el suministro de una publicación aunque su editora cambie de distribuidora”. A lo largo del expediente ha quedado constancia de que la red de distribución es anterior al contrato de distribución entre GRAÑA y LA REGIÓN. De hecho, en uno de los anexos del contrato se establecen las rutas y los puntos de venta en los que hay que depositar los diarios LA REGIÓN. Además, de acuerdo con la cláusula primera de ese mismo contrato, es LA REGIÓN la que puede modificar las rutas de acuerdo a sus necesidades y no la distribuidora. Abundando en ello, la cláusula decimotercera establece que es la editora quien puede ordenar la apertura o el cese de suministro a cualquier punto de venta. En definitiva, es la editora la que determina los puntos de la red. Por otro lado, el número de puntos de venta varió en una proporción muy pequeña entre el momento de firmar el contrato de distribución y el de la rescisión del contrato, por lo que hay que entender que esa red de distribución ya existía con anterioridad al contrato rescindido y tampoco se ha acreditado que el aumento sea atribuible a la distribuidora.

QUINTO. El denunciante enfatiza como acto ilegal “que como comprador de ejemplares se le niegue este derecho con la finalidad de que pierda una red comercial en beneficio de otra empresa”. Es un argumento cosido al anterior, pero se podría interpretar una conducta prohibida, de acuerdo con el artículo 1.1.b) de la LDC, por limitación de la distribución, aunque por el literal, se referiría más bien al artículo 6.2.c) de la LDC. No obstante, la venta de periódicos a GRAÑA se justifica en su calidad de distribuidor de LA REGIÓN y de ninguna otra. Por lo que si pierde esa condición, pierde también, de acuerdo con los términos de la relación comercial establecida, el derecho al suministro de los diarios en unas determinadas condiciones.

SEXTO. De igual forma, el denunciante también considera vulnerado el art. 6 LDC, en la medida en que la rescisión unilateral del contrato de distribución, por parte de LA REGIÓN, no respetó el plazo de preaviso que establece el art. 6.2 apartado f) de la citada Ley. Con ello, según el denunciante, “resulta inútil la reacción de la distribuidora o de los puntos de venta para evitar que se impongan las condiciones de distribución”. El denunciante discrepa sobre la consideración del Servicio cuando establece que la rescisión del contrato no tiene que suponer un quebranto definitivo en la actividad de la distribuidora.

En cuanto a las denuncias de abusos por el art. 6 de la LDC, este Tribunal en su Resolución del expediente R 450/00, de Prensa de Cataluña, señaló en sus Fundamentos de Derecho que el artículo 6 de la LDC tiene una redacción “clara al prohibir la negativa injustificada de venta como forma de explotación abusiva de una posición individual o colectiva de dominio”. Por lo que, en el caso que nos ocupa, se trata de discernir si hay justificación en la negativa de venta de LA REGIÓN a GRAÑA con fecha posterior al 13 de septiembre de 2001. En primer lugar, en el mercado de distribución el “titular de una posición de dominio” es la distribuidora, como ya señaló este Tribunal en la Resolución A57/93, Distribuciones Muñoz Climent, SA, “de acuerdo con una práctica habitual en el sector”.

Pero, además, este Tribunal estima que no hay posición de dominio, puesto que LA REGIÓN no tiene poder económico o independencia de comportamiento en el mercado de la prensa diaria de información general en la provincia de Ourense, aunque su cuota sea del 47,7%. Hay otros periódicos de información general que se distribuyen en Ourense con los que tiene que competir LA REGIÓN y que tienen una presencia real, como ha quedado de manifiesto en el expediente. Por ejemplo, LA VOZ DE GALICIA, alcanza casi el 30% del mercado de Ourense. Tampoco considera el Tribunal que GRAÑA dependiera económicamente de LA REGIÓN, puesto que ha quedado probado que la distribución del diario LA REGIÓN le suponía el 16% de su facturación y que tenía otras actividades que le permitían desarrollar su actividad al margen de esta distribución concreta. En definitiva, no se puede aplicar el artículo 6.2.f).

SÉPTIMO. El denunciante añade la existencia de un conjunto de “estipulaciones” supuestamente abusivas en el contrato rescindido, así como por el hecho de que la información estadística, facilitada por GRAÑA a LA REGIÓN, de acuerdo con el contrato suscrito entre ambas, hubiera sido utilizada por la editora con el fin de desplazar a la distribuidora de ese mercado. Además, el denunciante considera que no se puede utilizar como argumento que la editora pueda imponer un control sobre un punto de venta

cuando no mantiene ningún contrato ni riesgo con ese punto de venta, aunque el denunciante reconoce que la editora llega a establecer “unos parámetros objetivos de calidad...a todos los puntos de venta de forma ecuánime”. De igual forma, tampoco están de acuerdo sobre la diferencia que establece el Servicio entre “prohibir una distribución de otras editoriales” y “se condiciona esta distribución a la autorización de LA REGIÓN”.

En cuanto a las supuestas estipulaciones abusivas, hay que señalar que la denuncia llega después de la resolución del citado contrato y sin mediar posición de dominio como ha quedado establecido en el Fundamento sexto de la presente resolución. Pero además, no debe considerarse un abuso de los tipificados en el art. 6.2 de la LDC, la información requerida de tipo estadístico, respecto de la venta de sus periódicos, porque en ello se basa parcialmente la decisión de suministrar o no a un determinado punto de venta y esto es una condición que pretende ser objetiva e igual para todos. Finalmente, en cuanto a la diferencia entre prohibir y condicionar, se debe insistir en la matización del Servicio en el sentido de que la editora no prohibía la distribución de otros diarios de contenido regional local a la distribuidora sino que condicionaba su distribución a una autorización expresa.

OCTAVO. Por último, el denunciante mantiene que se trata de actos prohibidos por el art. 7 de la LDC al impedir con la rescisión del contrato que GRAÑA compita con la nueva distribuidora GALDIS y en este sentido la editorial LA REGIÓN “ha invadido la esfera de otras empresas...y...ha impedido...competir [a GRAÑA]”. A este respecto, el Tribunal está de acuerdo con el Servicio en que es difícil concebir una competencia desleal entre el distribuidor y editor en la medida en que se trata de actividades diferentes y no sustitutivas, sino complementarias, y tampoco la nueva distribuidora comete una deslealtad al firmar un contrato de distribución que se hizo efectivo una vez finalizado el contrato de distribución vigente entre GRAÑA y LA REGIÓN.

Por otra parte, el comportamiento desleal de la nueva distribuidora GALDIS tampoco tiene lugar, entre otras cosas, porque una distribuidora desempeña la misma función que otra, por lo que los usuarios siguen recibiendo con normalidad sus diarios y los editores pueden seguir poniendo en circulación sus periódicos. Por tanto, en absoluto supone una “grave distorsión” que afecta al “interés público”, como prevé el artículo 7 de la LDC que tiene que ocurrir para considerar esta circunstancia.

NOVENO. En conclusión, de acuerdo con todo lo anteriormente expresado, es preciso confirmar el Acuerdo impugnado, ya que ninguno de los hechos denunciados supone indicios racionales bastantes que permitan sostener que

las empresas denunciadas hayan cometido alguna infracción tipificada en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia; procede, por tanto, la desestimación del recurso y la confirmación del Acuerdo impugnado.

Por todo lo expuesto y vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, este Tribunal

RESUELVE

ÚNICO. Desestimar el recurso interpuesto por DISTRIBUCIONES GRAÑA, S.A. contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de fecha 9 de junio de 2003, confirmando en todos sus extremos dicho Acuerdo.

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