

## **RESOLUCIÓN (Expte. R 285/98, Prensa Santander)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.

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

En Madrid, a 23 de junio de 1998.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición arriba expresada y siendo Ponente el Vocal D. José Hernández Delgado, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 285/98 (1315/95 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio) incoado para resolver el recurso interpuesto por la Asociación de Vendedores Profesionales de Prensa de Cantabria contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 23 de diciembre de 1997, por el que se sobreseía el expediente abierto de oficio contra la Distribuidora Peña Sagra S.A. (en adelante, Peña Sagra) por supuestas prácticas restrictivas de la competencia tipificadas en los artículos 1 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), debido a las condiciones en que dicha empresa realizaba el suministro de sus publicaciones.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 16 de enero de 1998 se recibió en el Tribunal un escrito de D. Antonio Muñoz Muñoz, Presidente y representante legal de la Asociación de Vendedores Profesionales de Prensa de Cantabria, por el que interponía recurso contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 23 de diciembre de 1997, por el que se sobreseía el expediente 1315/95, abierto de oficio. Dicho expediente tuvo su origen en el escrito del Tribunal de fecha 20 de octubre de 1995 por el que se resolvía admitir a trámite el expediente 366/95 (1009/95 del Servicio) incoado como consecuencia de una denuncia de Distribuidora Peña Sagra, S.A. contra la Asociación Profesional de Vendedores de Prensa de Santander y, asimismo, se remitía al Servicio fotocopia compulsada de determinados folios del expediente precitado a fin de que se incoara expediente a Peña Sagra

para sustanciar sus posibles vulneraciones de los arts. 1 y 7 LDC.

2. El recurrente alega que el Servicio ha prescindido del procedimiento legalmente establecido, puesto que no se ha tenido en cuenta su escrito de oposición a la Providencia del Instructor proponiendo el sobreseimiento, el cual fue presentado el día 19 de diciembre de 1997 y, por tanto, dentro del plazo concedido, ya que afirma que la Providencia le fue notificada el 9 de diciembre de 1997. Por lo que solicita que el Acuerdo de 23 de diciembre de 1997 sea declarado nulo de pleno derecho.
3. Dado que el citado recurso no venía firmado, el Tribunal con fecha 19 de enero de 1998 acusa recibo del mismo y da plazo para subsanar dicho defecto formal, lo que el recurrente hace en fecha 2 de febrero de 1998.
4. En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 48.1 LDC, mediante escrito de 3 de febrero el Tribunal solicitó al Servicio la remisión del expediente, así como su informe sobre el citado recurso.
5. En contestación al requerimiento del Tribunal, el Servicio, mediante escrito de 6 de febrero de 1997, informaba que: a) el recurso fue interpuesto dentro del plazo de diez días establecido en el art. 47 LDC; b) no consta en el expediente acreditación relativa a la representación del recurrente; c) el escrito de alegaciones a la Propuesta de Sobreseimiento fue presentado en la Delegación del Gobierno de Cantabria en la fecha afirmada por el recurrente (folio 79), pero fuera del plazo de diez días hábiles, pues, según consta en la tarjeta de acuse de recibo, la citada Propuesta le fue notificada con fecha 4 de diciembre de 1997 (folio 74 vlt.); en consecuencia, se ha observado el procedimiento legalmente establecido; d) independientemente de lo anterior, se han analizado las alegaciones, en las que se afirma que la conducta que mantenía Peña Sagra en el momento en que ésta presentó su denuncia contra la Asociación Profesional de Vendedores de Prensa de Cantabria, es constitutiva de un abuso de posición dominante. El Servicio considera que con ocasión de la postura de boicot a la Distribuidora tomada por la Asociación, se modificaron las condiciones del servicio de suministro de publicaciones, aunque algunas de ellas, a juicio de la Asociación, siguen siendo manifestaciones del mencionado abuso y, en concreto, las relativas a devoluciones, pago por domiciliación bancaria obligatoria, fianzas, interrupción de suministro por impago y portes; y e) sobre las mencionadas condiciones el Servicio realiza determinadas precisiones y concluye que no se desvirtúa el contenido del Acuerdo de Sobreseimiento, que debe mantenerse.
6. Con fecha 6 de febrero de 1998 la Subdirección General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia envía escrito al Tribunal indicando que,

advertida la existencia de dos documentos de Aviso de Recibo correspondientes al mismo envío de notificación de la Providencia de propuesta de sobreseimiento del expediente de referencia a la Asociación Profesional de Vendedores de Prensa de Santander, en los que figuran diferentes fechas de recepción de la misma (días 4 y 9 de diciembre, respectivamente), determinantes a efectos del cómputo de plazo para efectuar alegaciones, y teniendo dudas razonables sobre la autenticidad del segundo de los mismos, se había solicitado al Servicio de Correos la oportuna verificación de datos de entrega y la emisión del correspondiente certificado.

7. Mediante escrito de 9 de febrero de 1998, el Tribunal da plazo para acreditar poder bastante para recurrir en nombre de su representada, lo que se realiza con fecha 4 de marzo de 1998.
8. Por Providencia de 16 de marzo de 1998 el expediente se puso de manifiesto a los interesados, por término de quince días hábiles, para que formularan alegaciones y presentaran los documentos y justificaciones que estimaran pertinentes. Dicho trámite fue evacuado por los interesados.
9. Por Providencia de 1 de abril de 1998 y habiendo cesado en este Tribunal el Vocal Ponente Sr. Fernández López, se nombra en sustitución como Ponente al Vocal D. José Hernández Delgado.
10. Por Providencia de 30 de abril el Tribunal recabó del Servicio determinados documentos relativos a la notificación de la Providencia de propuesta de sobreseimiento del expediente, lo que se recibió con fecha 11 de mayo de 1998.
11. El Pleno del Tribunal terminó de fallar el presente expediente en la sesión de 2 de junio de 1998, encargando al Vocal Ponente la redacción de la Resolución.
12. Se consideran interesados:
  - Distribuidora Peña Sagra, S.A.
  - La Asociación de Vendedores Profesionales de Prensa de Cantabria.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. El objeto del presente procedimiento es decidir si se estima el recurso contra el Acuerdo del Servicio de sobreseer el expediente abierto de oficio contra la Distribuidora Peña Sagra. En su escrito de recurso la Asociación de Vendedores de Prensa de Cantabria solicita que se declare nulo de pleno

derecho el Acuerdo del Servicio porque, a pesar de haber presentado escrito de alegaciones dentro del plazo legalmente establecido oponiéndose a la Providencia de propuesta de sobreseimiento del Instructor, el mismo no había sido tenido en cuenta por el Servicio al adoptar dicho Acuerdo, por lo que se habría prescindido totalmente del procedimiento establecido.

Posteriormente, en su escrito de alegaciones ante el Tribunal, la Asociación argumentó sobre el fondo del asunto, manifestando, en esencia, que Peña Sagra, con anterioridad a 1993 abusaba de su posición de dominio por diversas razones, particularmente al no permitir que los vendedores rechazaran el género enviado hasta la llamada de devolución por parte de la distribuidora, así como establecer una fianza sin ofrecer la posibilidad de prestarla mediante aval bancario.

2. En relación con la nulidad del Acuerdo del Servicio al no haberse tenido en cuenta las alegaciones de la Asociación a la Providencia de propuesta de sobreseimiento del Instructor (se recibió en el Servicio con posterioridad a dictarse el Acuerdo recurrido), hay que señalar que, a pesar de las dudas inicialmente existentes sobre si el escrito de alegaciones se presentó en tiempo hábil, ha quedado acreditado que así se hizo, de lo que se deduce que el Servicio debió esperar algunos días más antes de dictar dicho Acuerdo para asegurarse que no se recibían objeciones al contenido de la Providencia por parte de los interesados. Sin embargo, el Servicio con ocasión de su informe al Tribunal en este expediente de recurso ha analizado extensamente dichas alegaciones de la Asociación, que por otra parte no eran nuevas, llegando a la conclusión de que no desvirtúan el contenido del Acuerdo de Sobreseimiento.

Dada esta situación, si el Tribunal dictase Resolución anulando el Acuerdo del Servicio al no haberse respetado el procedimiento (pues el art. 37.4 LDC establece que el Servicio podrá sobreseer el expediente "previa audiencia de los interesados") es lógico pensar que, como el Servicio ya ha analizado y rebatido todas las alegaciones de la Asociación, volverá a sobreseerlo, con lo que lo único que se conseguiría sería dilatar innecesariamente el procedimiento, siendo contrario a la más elemental economía procesal y al derecho -derivado del principio constitucional (art. 24 CE) de tutela judicial efectiva- a un juicio rápido.

En este sentido, por ejemplo, la Sentencia de 22 de marzo de 1994 del Tribunal Supremo (RP 3297) reitera la doctrina sobre la nulidad o anulabilidad procedimental de los actos administrativos, recordando que en la esfera administrativa la teoría jurídica de las nulidades ha de ser aplicada con moderación, advirtiendo que en la apreciación de supuestos vicios de nulidad ha de ponderarse la importancia que revista el derecho a que afecte, las

derivaciones que motive, la situación y posición del interesado en el expediente y cuantas circunstancias concurren, resultando contraproducente decretar una nulidad del acto que conllevaría una nulidad de actuaciones con la consiguiente reproducción de los mismos, para desembocar en idéntico resultado, lo que desaconseja la adopción de tan drástica medida.

*Como señala la mencionada sentencia "el derecho no es un fin en sí mismo, ni los trámites pueden convertirse en ritos sacramentales, disociados, tanto en su realización como en su omisión, de los efectos que produzcan, toda vez que el culto a la forma ha de ser rendido en cuanto sirve de protección y amparo frente al ejercicio precipitado o desmedido de la potestad administrativa. En definitiva, no puede confundirse el vicio de nulidad, derivado de la omisión total y absoluta del procedimiento establecido o de los demás supuestos contemplados en el artículo 47 de la entonces vigente Ley de Procedimiento Administrativo, con la simple irregularidad formal no productora de indefensión."*

Por todo lo expuesto y dado que el Servicio ha valorado las alegaciones de la Asociación y mantiene su criterio de sobreseer el expediente, en el presente caso no se produce indefensión y carece de sentido reproducir las actuaciones, pues sólo llevaría a dilatar innecesariamente el procedimiento.

3. Entrando, por tanto, en el fondo del asunto, es decir, en las razones que han llevado al sobreseimiento del expediente hay que tener en cuenta que el sector de venta de publicaciones tiene características peculiares que no se deben ignorar a la hora de examinar los comportamientos que concurren en él. Por un lado, las empresas distribuidoras ostentan una posición de dominio derivada de la concesión que los editores hacen a las mismas de su fondo editorial con carácter de exclusividad y que en el caso de Peña Sagra suponía un fondo de distribución de 1.101 publicaciones vigentes con exclusiva para Cantabria (publicaciones del Grupo ZETA, G+J y COEDIS). Por otro, el vendedor de publicaciones no adquiere éstas en firme, pudiendo devolver todo aquél género que no venda, de manera que no corre con el riesgo de otros operadores mercantiles de quedarse con invendidos a los que no se les pueda dar salida.

Como señala el Servicio, teniendo en cuenta dicha posición de dominio, es reclamable a las distribuidoras un trato cuidadoso con sus clientes, los vendedores de publicaciones, por lo que las condiciones en que se establece la relación de suministro a los mismos deben estar desprovistas de requisitos no razonables o injustificados. Pero esta exigencia también se puede aplicar a la otra parte de la relación, que no puede pretender la imposición de un determinado tipo de gestión u organización a la empresa distribuidora. Otra cuestión es que esta gestión del suministro adolezca de defectos, carencias o

imprevisiones que la hagan insatisfactoria, pero no necesariamente abusiva.

En relación con el sistema de devolución de las publicaciones invendidas, el argumento de que otros distribuidores tenían establecido un sistema de devolución "voluntaria" (aquella que se realiza a iniciativa del vendedor) no es en absoluto determinante para que otras empresas también lo hagan, pues no hay obligación alguna de que las empresas uniformicen sus métodos de trabajo. En el sector de la distribución periódica el editor decide el volumen de ejemplares editados de cada publicación/número, así como el asignado a cada provincia, y el distribuidor asigna cuotas a cada punto de venta en función de una serie de parámetros como son: cantidad total de ejemplares recibidos; necesidades reales de venta de cada punto por publicación/número en función del seguimiento estadístico puntual del ratio "servido-devuelto=venta" y evolución de dicho ratio. Por ello la distribuidora puede aplicar criterios propios para el suministro, no pudiendo reputarse como abuso la sola existencia del sistema de devolución a petición de la distribuidora cuando la publicación ha perdido vigencia.

Además, es preciso distinguir dos aspectos, la distribución y la puesta a la venta. Como sistema de distribución selectiva en depósito, no parece injustificado que la distribuidora obligue a tener un surtido completo de publicaciones. Ello no impide que el vendedor decida libremente poner a la venta o no determinadas publicaciones.

4. Por lo que se refiere al sistema único de pago por domiciliación bancaria, éste se exigía a todos los puntos de venta de nueva implantación, pero Peña Sagra disponía de otros sistemas (pago en efectivo en las dependencias de la distribuidora o pago mediante cheque nominativo en el punto de venta), aunque la tendencia era a uniformizar el sistema a través de domiciliación bancaria, lo que no puede considerarse abusivo.

En cuanto a las fianzas, éstas se exigían en metálico o con cheque nominativo, y no en todos los casos, sino a aquellos vendedores que iniciaron su actividad a partir del momento en que se empezó a establecer la fianza, de manera que afectaba aproximadamente al 50% de los clientes, pero tal proceder no suponía en absoluto discriminación, como ya ha dejado sentado el Tribunal, sino reconocimiento de derechos para los antiguos clientes. Las relaciones entre la distribuidora y sus clientes descansan en una relación de confianza imprescindible para la buena marcha de las relaciones comerciales que, no obstante, puede reforzarse tangiblemente a través de una garantía, cuya cuantía el Tribunal sólo exige que no sea desproporcionada. En el presente caso, dada la escasa cuantía de las fianzas, el que se exijan en metálico sin dar opción a aval bancario no puede considerarse abuso.

Por las mismas razones relativas a la relación de confianza entre las partes, no puede considerarse abusiva la interrupción de suministro tras el impago de una factura, ya que esto supone un incumplimiento de un pacto, aunque sea verbal.

Respecto a los portes, se trata de un asunto reiteradamente debatido en las relaciones entre distribuidoras y vendedores de publicaciones, no discutiéndose el beneficio que supone el reparto a domicilio, sino quién debe abonarlo. La licitud del pago por parte del vendedor ha quedado establecida por el Tribunal en numerosas ocasiones, máxime cuando existe la posibilidad para el vendedor de recoger el género en los almacenes de la distribuidora y, por tanto, no abonar nada por tal concepto. Como señala el Servicio, el reparto durante cinco días a la semana puede ser más lógico para el suministro, pero también es más gravoso puesto que Peña Sagra tenía establecido que el coste del servicio se devengaba diariamente. Esto puede tener la contrapartida positiva de que las publicaciones lleguen con más puntualidad al consumidor y puedan estar a disposición de éste al mismo tiempo que las publicaciones de otras distribuidoras, por lo que no parece que el establecimiento de dicha periodicidad pudiera calificarse de arbitrario.

5. Por todo ello, procede desestimar el recurso y confirmar el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 23 de diciembre de 1997.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

### **HA RESUELTO**

- Unico.** Desestimar el recurso interpuesto por la Asociación de Vendedores Profesionales de Prensa de Cantabria contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de fecha 23 de diciembre de 1997 por el que se decretó el sobreseimiento del expediente 1315/95, que se confirma.

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 su notificación.