

## **RESOLUCIÓN 10/2019 – VENDA DE PRENSA E REVISTAS Á MARXE DO DISTRIBUIDOR EXCLUSIVO**

En Pleno:

**D. Ignacio López-Chaves Castro, Presidente.**

**D. Daniel Neira Barral, vogal/Secretario.**

Santiago de Compostela, a 26 de decembro de 2019

A Comisión Galega da Competencia (CGC) coa composición arriba indicada e sendo relator D. Daniel Neira Barral, dita a presente Resolución en relación co expediente 7/2019 -Venda de prensa e revistas á marxe do distribuidor-, pola posible existencia de prácticas prohibidas pola Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia (LDC).

### **ANTECEDENTES DE FEITO**

1.- En data 18 de outubro de 2019 recibíuse nesta Comisión Galega da Competencia un escrito de denuncia presentado por XXX, titular do establecemento YYY, con sede na cidade de Ourense, no que manifesta que o “Kiosko Merlo” estaría a vender diversas publicacións das que distribúe en exclusiva en Ourense a empresa BOYACA (Grupo Boreal) a diversos establecementos da cidade de Ourense, entre eles, o ZZZ, afirmando que o estanco e outros establecementos venderían deste xeito, prensa e revistas sen ter relación contractual coa distribuidora exclusiva de Ourense, coa que a denunciante mantén relacións contractuais.

2º.- A denunciante considera estes feitos como constitutivos dun suposto de competencia desleal pois deberían darse de alta en dita actividade e contratar co distribuidor exclusivo e non a un establecemento de venda ao por miúdo, como estarían a realizar.

A denunciante aporta diversos correos electrónicos intercambiados coa representante da distribuidora BOYACA (Grupo Boreal) en Ourense, á que denunciara tales feitos, así como fotos e tickets de compra que, ao seu xuízo, acreditarían os feitos denunciados.



3º.- Segundo a denunciante, a denuncia efectuada á distribuidora non deu lugar a actividade algunha pola súa parte, pois como indica limitáronse a confirmarlle que tales establecementos non eran clientes da distribuidora e a animar á denunciante a obter probas do que afirmaba. A denunciante manifesta telo feito aportando o materia que puido á citada representante da distribuidora.

4º.- Copia da citada denuncia, co material aportado pola denunciante, foi remitido pola Subdirección de Investigación á Dirección de Competencia da Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), ao obxecto de verificar o trámite de asignación previsto na Lei 1/2002, do 21 de febreiro, de Coordinación das Competencias do Estado e as Comunidades Autónomas en materia de Defensa da Competencia, resolvéndose dito trámite, en data 20 de novembro de 2019, coa asignación da competencia exclusiva á Comunidade Autónoma de Galicia, posto que, segundo o artigo 1, punto 3) da citada Lei 1/2002, “3. Corresponderá ás Comunidades Autónomas con competencias na materia o exercicio no seu territorio das competencias recoñecidas na Lei 16/1989, do 17 de xullo, de Defensa de la Competencia (na actualidade a Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, en diante LDC), respecto dos procedementos que teñan por obxecto as condutas previstas nos artigos 1, 6 e 7 da mencionada Lei (na vixente LDC, trátase dos artigos 1, 2 e/ou 3 LDC), cando as citadas condutas, sen afectar a un ámbito superior ao dunha Comunidade Autónoma ou ao conxunto do mercado nacional, alteren ou poidan alterar a libre competencia no ámbito da respectiva Comunidade Autónoma. No presente caso, en consecuencia, a competencia para coñecer dos feitos denunciados foi asignada á Comunidade Autónoma de Galicia.

5.- Como consecuencia do anterior e co obxecto de coñecer a realidade dos feitos, para determinar se poden existir indicios de infracción, a Subdirección de Investigación, de conformidade co disposto no artigo 49.2 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia (LDC), acordou levar a cabo as actuacións e estudos pertinentes.

6.- O 29 de novembro de 2019 a Subdirección Xeral de Investigación acorda elevar ao Pleno unha proposta de non incoación de expediente sancionador, con arquivo das actuacións seguidas no expediente 7/2019 venda de prensa e revistas á marxe do distribuidor exclusivo.

7.- Son interesados no procedemento:

- XXX, XXX, titular do establecemento YYY,
- Distribuidora BOYACA (Grupo Boreal)
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC).

## **FUNDAMENTOS DE DEREITO**

**PRIMEIRO: COMPETENCIA.-**



1º.- Con carácter preliminar é preciso destacar que conforme ao artigo 26.1, do Decreto 118/2016, do 4 de agosto, polo que se crea o Instituto Galego do Consumo e da Competencia e se aproban os seus estatutos, a Comisión Galega da Competencia, como órgano colexiado independente, adscrito ao Instituto Galego do Consumo e da Competencia, é a encargada, da aplicación na Comunidade Autónoma de Galicia da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, segundo os criterios establecidos pola Lei 1/2002, do 21 de febreiro, de coordinación de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas en materia de defensa da competencia.

2º.- O artigo 1 LDC establece que *“prohíbese todo acordo, decisión ou recomendación colectiva, ou práctica concertada ou conscientemente paralela, que teña por obxecto, produza ou poida producir o efecto de impedir, restrinxir ou falsear a competencia en todo ou parte do mercado nacional...”*

3º.- Pola súa banda, o artigo 5 LDC establece que *“as prohibicións recollidas nos artigos 1 a 3 da presente Lei non se aplicarán a aquelas condutas que, pola súa escasa importancia, non sexan capaces de afectar de maneira significativa á competencia...”*

## **SEGUNDO: OBXECTO DA RESOLUCIÓN.**

1º.- O artigo 49.2 LDC prevé que ante a noticia da posible existencia dunha infracción da lexislación de competencia, a Subdirección de Investigación da CGC poda realizar unha información reservada, co fin de determinar con carácter preliminar se concorren as circunstancias que xustifiquen a incoación dun expediente sancionador, conforme ao procedemento establecido na Lei de Defensa da Competencia. Verificada, no seu caso, a información reservada, o artigo 49.3 LDC prevé que o Pleno, tras recibir a correspondente proposta da Subdirección Xeral de Investigación, poderá acordar a non incoación dos procedementos derivados da presunta realización das condutas prohibidas polos artigos 1, 2 e 3 LDC e acordar o arquivo das actuacións cando considere que non existen indicios de infracción da lexislación de competencia.

2º.- No presente caso, a denuncia presentada ten por obxecto a presunta deslealdade na que incorrerían determinados establecementos que polo miúdo estarían a vender prensa e revistas sen ter adquirido dito material do distribuidor exclusivo e sen dispor dos requisitos preciso para facelo.

3º.- Situados deste xeito os feitos denunciados compre centrar o exame da denuncia na posible vulneración do artigo 3 LDC, isto é, na comisión dunha práctica desleal susceptible de afectar ao interese público, que é o marco no que as autoridades de competencia poden entrar a examinar e aplicar a Lei 3/1991, do 10 de xaneiro, de Competencia Desleal. Non debemos esquecer que a vixente LDC mantén como ilícito antitrust a realización de prácticas desleais pero limita o reproche, desde a perspectiva das Autoridades da competencia, aos supostos en que ditas prácticas falseen a competencia por afectar ao interese público.

*O artigo 3 LDC dispón o seguinte:*



*“Artigo 3. Falsoamento da libre competencia por actos desleais.*

*A Comisión Nacional da Competencia ou os órganos competentes das comunidades autónomas coñecerán, nos termos que esta lei establece para as condutas prohibidas, dos actos de competencia desleal que por falsear a libre competencia afecten o interese público.”*

Trátase dunha norma vixente, que forma parte do dereito positivo e que por iso debe de ser aplicada por este Pleno. Trátase dunha norma que contempla un suposto de ilícito anticompetitivo distinto dos regulados nos artigos 1 e 2 da LDC, con plena autonomía substantiva, que actúa a modo de peche do sistema de defensa da competencia

4º.- O referido precepto limita a súa posible aplicación polas autoridades de competencia non a calquera práctica desleal senón só a algunhas delas, cualificadas pola súa incidencia no funcionamento competitivo dos mercados desde a perspectiva da defensa da competencia, xa que a lóxica do sistema español atribúe inicialmente o axuízamento das prácticas desleais aos xuíces e tribunais ordinarios.

5º.- Neste punto é preciso subliñar que é doutrina consolidada en sede de defensa da competencia é que para que se puidera sancionar pola LDC as posibles condutas desleais fan falta dúas condición que deben ser adecuadamente acreditadas:

- primeira, que a conduta poida producir unha xenuína distorsión nas condicións de competencia no mercado de xeito tal que afecte significativamente ao interese público; e
- segunda, que resulte acreditada unha conduta que poida reputarse un ilícito desleal.

Neste senso as Resolucións do Consello Galego da Competencia de 27 de setembro de 2011 Expte. S 1/2011 Clínica Dental Vigo e de 18 de decembro de 2012 Expte. R 6/2012 Gas envasado de Pontevedra.

En resumen, o artigo 3 de la LDC establece a prohibición de actos de competencia desleal que por falsear a libre competencia afecten ao interese público. Elo supón, en definitiva, que para poder aplicar o artigo 3 LDC se ten que producir un acto de competencia desleal prohibido pola LCD ou por outras normas do Dereito ou incluso, como indicou a Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), do 8 de xullo de 1992 Exp. n.º R 294/91 – Aceites I, pola infracción do artigo 7.2 do Código Civil que prescribe o abuso de dereito e o seu exercicio antisocial. Pero ese acto de competencia desleal debe ter, ademais, unhas consecuencias suficientemente graves no mercado como para afectar ao interese público, entendido como a lesión da competencia no mercado, non só entre competidores; só nestes casos quedan lexitimada a intervención das autoridades de defensa da competencia.

6º.- Neste sentido tense pronunciado as autoridades de competencia. En concreto a Resolución do xa desaparecido Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), do 6 de



febreiro de 1995 (Exp. n.º R 104/94 - Roca Radiadores, SA) e a resolución tamén do TDC, do 17 de febreiro del 2000, no Exp. n.º R 405/99 - Caja España) e máis recentemente diversos pronunciamentos da propia CNMC, que afirmou, apoiándose na xurisprudencia do Tribunal Supremo a este respecto, na súa Resolución no Expediente SAMAD/02/2015. CICLOS FORMATIVOS II, do 26 de febreiro de 2015, o seguinte:

*“[...] únicamente los actos desleales capaces de distorsionar el normal funcionamiento de la libre competencia con afectación al interés público suponen una infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. En consecuencia, únicamente en esa clase de conductas desleales tiene competencia la CNMC.*”

O Tribunal Supremo (STS de 20 de junio de 2006, Recurso de Casación Nº 9174/2003, Fundamento de Derecho Décimo, énfasis añadido):

*« [...] Es importante subrayar, pues, que la eventual actuación de los organismos administrativos encargados de preservar la libre competencia sólo resultará pertinente si las conductas desleales de los empresarios, además de serlo [...] distorsionan gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público».*”

7º.- No presente caso, entre os tipos que recolle a LCD, aínda que de xeito meramente indicativo, un que podería resultar máis axustado, no seu caso, sería o artigo 15 LCD, no que tipifica como desleal a “Violación de normas”, pensando que se estarían a incumplir as condicións para o exercicio da concreta actividade de venda polo miúdo de prensa e revistas, ou a vender ao por maior sendo un comerciante final, asemade de poderse estar a incumplir condicións contractuais ou violentando a exclusividade na actividade económica de distribución de prensa e revistas.

É preciso destacar que todas estas circunstancias teríanse que verificar e sen dúbida producirían danos aos operadores concretos afectado no marco territorial de referencia que, dada a natureza do produto, teñen unha dimensión claramente local.

De calquera xeito, o que parece evidente é que nos atopamos, aínda que presuntamente, nunha conduta potencialmente lesiva para os intereses privados de operadores económicos que traerían causa nun ilícito desleal, pero dificilmente reconducible á esixencia de afectación do interese público que é o requisito *sine qua non* da intervención das Autoridades de competencia respecto destas prácticas privadas, cuxa licitude debería acreditarse axeitadamente. O interese público, determinante da intervención nesas prácticas do CGC, non pode apreciarse cando so concorre, como neste suposto, os intereses privados dos operadores e non existe ningún servizo público afectado nin tampouco concesións administrativas que outorguen dereitos exclusivos os titulares, nin elementos de contratación pública, nin un mercado que se atopa nun momento de liberalización, nin afecta os intereses xerais de orde económico, nin, en definitiva, actuación algunha que afecte a institución da libre competencia .

A este respecto cabe reafirmar novamente que a competencia que atribúe o artigo 3 LDC ás autoridades de competencia non pode nin deben entrar, con carácter xeral, a axuizar



calquera xeito de incumprimento de normas ou posibles violacións contractuais, pois elo as levaría a ter unha competencia case que absoluta fronte a calquera incumprimento normativo ou contractual, o que é contrario ao que pretende a LDC ao recoñecerlles competencia para valorar desde a estrita perspectiva da competencia posibles prácticas desleais dos operadores económicos, toda vez que tales posibles incumprimentos teñen a súa sede natural nos órganos xudiciais competentes da orde xurisdiccional civil e/ou, no seu caso contencioso-administrativo, trala tramitación do correspondente expediente sancionador polos órganos cuxa regulación específica se estivera, no seu caso, a incumprir (por exemplo, a normativa municipal relativa ao exercicio de as actividades económicas e os seus eventuais requisitos e tributos correspondentes).

8º.- Á vista do exposto, non procede a incoación dun expediente sancionador polos feitos investigados ao non apreciarse indicio algún de infracción dos artigos 1, 2 e/ou 3 LDC e, en concreto, do artigo 3, falseamento da libre competencia por actos desleais capaces de distorsionar o normal funcionamento da libre competencia con afectación o interese público que supón una infracción de la Lei 15/2007, de 3 de xullo, de Defensa da Competencia, polo que o Pleno da Comisión Galega da Competencia:

## RESOLVE

**Primeiro.-** Arquivar o procedemento sancionador recollido no expediente S 7/2019 RESOLUCIÓN 10/2019 – Venda de prensa e revistas á marxe do distribuidor exclusivo.

**Segundo.-** Comuníquesele esta resolución a Subdirección de Investigación e aos interesados no expediente, facendo saber que a mesma pon fin a vía administrativa e que poden interpor contra ela recurso contencioso-administrativo ante a Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia no prazo de dous meses a contar dende a notificación.

D. Ignacio López-Chaves Castro

D. Daniel Neira Barral

Presidente

Vogal/Secretario