

RESOLUCION

Expte. SA CAN 0009/10 DISTRIBUCIÓN PRENSA Y REVISTAS

Consejo

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 30 de junio de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición expresada y siendo Ponente la Consejera D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente SA CAN 0009/10 DISTRIBUCIÓN PRENSA Y REVISTAS tramitado por el Servicio canario de Defensa de la Competencia contra la SOCIEDAD GENERAL ESPAÑOLA DE LIBRERÍA, S.A. y TOTALDIS, S.L., por denuncia de LA MILAGROSA 2010 por un supuesto abuso de posición de dominio que podría constituir una infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El día 13 de septiembre de 2010 tuvo entrada en la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la U.E. denuncia formulada por la mercantil LA MILAGROSA 2010, S.L.U. (en adelante La Milagrosa), contra la SOCIEDAD GENERAL ESPAÑOLA DE LIBRERÍA, S.A. (en adelante SGEL) y TOTALDIS, S.L., (en adelante TOTALDIS) por presunta infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC).

La Milagrosa denuncia el supuesto abuso de posición de dominio de las Sociedades TOTALDIS S.L. y SGEL S.A. en la distribución al por mayor de prensa y revistas en la provincia de Las Palmas, consistente en la negativa de TOTALDIS de suministrar a dicho minorista su catálogo de publicaciones y por parte de SGEL en la imposición del establecimiento de un aval bancario desproporcionado, como condición previa al suministro de sus publicaciones.

2. El Servicio Canario de Defensa de la Competencia se dirigió a La Milagrosa, mediante escrito de 17 de septiembre de 2010, solicitándole que remitiese poder de representación y documentación acreditativa de los hechos denunciados. El denunciante remitió información con fecha 30 de septiembre y 15 de octubre de 2010.
3. Con fecha 8 de noviembre, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, el Servicio canario de Defensa de la Competencia remitió a la Dirección de Investigación de la

CNC copia de la denuncia y nota sucinta sobre los hechos básicos de la misma, a efectos de la asignación del órgano competente, indicando que por tener la distribución de prensa y revistas un marcado ámbito local, consideraba que dicha competencia pertenecía al órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma de Canarias, es decir el Servicio de Defensa de la Competencia, adscrito a la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la Unión Europea. Con fecha 17 de noviembre de 2010, la Dirección de Investigación de la CNC manifestó que coincidía con este criterio.

4. Con objeto de conocer en lo posible la realidad de los hechos para determinar si puede haber indicios de infracción, la Viceconsejería procedió a realizar una información reservada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC. Con fecha 17 de noviembre de 2010 se notificó a TOTALDIS y a SGEL los elementos objetivos de la denuncia y se les solicitó aclaración sobre determinados aspectos relativos a la misma, así como documentación e información relativa al negocio.

En el marco de esta información reservada se ha requerido información en diversas ocasiones no sólo a los denunciados, sino también a otros distribuidores de prensa y revistas en la provincia de las Palmas (Distribuidora Roigcar, S.L., Prensa Noruega, S.L.U., DISBELMAG, S.L., García y Correa, S.L, Canaria de Avisos, S.A. e Interline, S.L.)

5. Con fecha 7 de marzo de 2011 se recibe escrito de “La Milagrosa 2010 S.L.U.”, en el que se reitera la denuncia realizada y se solicita resolución de la misma, haciéndose hincapié en el lucro cesante de la mercantil, que procede a estimar.
6. El Servicio canario de Defensa de la Competencia realiza la siguiente descripción de las partes:
 - **LA MILAGROSA 2010, S.L.U.** fue constituida el 5 de Mayo de 2010 como Sociedad Mercantil de Responsabilidad Limitada Unipersonal. Tiene su domicilio social en la C/ Murga, 4, bajo, en Las Palmas de Gran Canaria. La sociedad tiene por objeto, entre otros muchos: 1) La explotación y administración de un punto de venta de loterías y apuestas del Estado (CNAE 9200); 2) La importación y exportación, representación, distribución, almacenaje, comercialización...de (...) 2.12) Artículos de oficina, revistas, librería y papelería (CNAE 4762).
 - **TOTALDIS, S.L.** es una empresa cuya actividad principal está clasificada dentro de la clase Intermediarios del comercio de productos diversos (CNAE 4619). Tiene su domicilio social en la C/ Los Dragos 13-15, Pol. Ind. Arinaga Fase IV CP 35118 de Agüimes y comenzó su actividad empresarial en marzo del año 2001. Se trata de una empresa con un volumen de ventas anual superior a los veinticinco millones de euros, y realiza además operaciones de comercio exterior. Su objeto social es la distribución de todo tipo de bienes y servicios y, de forma especial, la distribución de prensa, revistas y demás tipo de bienes y publicaciones. Comercialización, compra y venta, importación y exportación. Almacenamiento, transporte y distribución de toda clase de productos y bienes de consumo que habitualmente se suministran a kioscos, estancos, supermercados, hipermercados. Distribuye prensa local, nacional e internacional, entre ellas periódicos de gran difusión como el Canarias7, La Provincia, el ABC, El Mundo y El País, además de

revistas nacionales e internacionales especializadas. Está participada por Editorial Prensa Canaria, S.A. en un 99,21% (Grupo Editor del Periódico La Provincia/Diario de Las Palmas), que a su vez tiene como accionista principal a Editorial Prensa Ibérica S.A. (98,39%). Tiene organizada una estructura de reparto nocturna, especializada en prensa, para la entrega de mercancía con antelación a la apertura de los puntos de venta, así como una diurna ideada para el reparto de revistas, prensa extranjera y promociones.

- **SOCIEDAD GENERAL ESPAÑOLA DE LIBRERÍA, S.A. (SGEL)** es una empresa dedicada principalmente al comercio al por mayor no especializado (CNAE 4690) y realiza también operaciones de comercio exterior. Tiene su domicilio social en Madrid. Posee 30 oficinas repartidas por todo el territorio español. Se trata de una gran empresa con un volumen de ventas anual superior a los 450 millones de euros. Dentro de su objeto social está incluido el comercio al por mayor y al por menor de artículos de escritorio y otros artículos de venta habituales en kioscos, librerías, papelerías así como la venta a crédito de todos los artículos citados. Toda clase de artículos de regalo, recuerdo, souvenirs, juguete, regalos para niños, etc. Tiene como accionista a Lagardere Services SAS, con una participación del 100%. Participa como matriz en Zendis SL, Freaction SL, Aerobutique, S.A, Maekedis LDA, Topcodi SL y Sigma, S.A. Pertenece al grupo de matriz Hachette Distribution Services, S.A., en un 100%. Absorbió a Dispress S.A, Cedina Distribuidora de Ediciones S.A., Publi Sevilla S.A., Distribuciones de Publicaciones Fuentes SL, Apolpres Distribuciones SL, Cadena de Servicios S. A., Centrodís S.A, Mundiedit S.A., Distribuidora Insular de Prensa con Servicio Autónomo SL.

7. El Servicio canario hace la siguiente descripción del sector con base en el Informe sobre la problemática de los contratos de distribución, elaborado por la Dirección General de Política Económica y Comercial del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio en Marzo de 2009: *“el sector de la prensa “se caracteriza por la existencia de tres colectivos interesados: los editores, los distribuidores y los vendedores de publicaciones periódicas. En la cadena de distribución de ediciones periódicas intervienen tres sujetos: el distribuidor nacional, los distribuidores locales y los puntos de venta. El distribuidor nacional suministra a los distribuidores locales las cuotas adecuadas por áreas geográficas según la tirada determinada por el editor y éstos, a su vez, suministran a los puntos de venta de la zona geográfica contratada.(...)”*

La mayoría de las relaciones contractuales en el sector de la distribución en prensa se establecen mediante contratos estimatorios. (...) “en esencia consiste en la operación comercial por la que un distribuidor (mayorista) entrega a un comerciante (minorista) determinadas mercancías con valor estimado que éste podrá vender en su establecimiento, sin previa adquisición en firme de las mismas y sin anticipo de aquél valor, que se hará efectivo en el momento usual o convencionalmente determinado. A ello se añade, como característica esencial, la posibilidad que tiene el minorista de devolver las no vendidas” (Lázaro Sánchez).

Esta modalidad contractual es adecuada para regir las relaciones entre vendedores de prensa y distribuidores por la brevedad de la vida del producto a comercializar que se

suministra, lo cual implica un fuerte riesgo de oportunidad para los vendedores. La prensa y publicaciones periódicas son un producto perecedero.

Las relaciones comerciales entre los distribuidores y los vendedores son relaciones de confianza en las que se entregan los albaranes en los puntos de venta antes de su apertura y luego se devuelven las publicaciones no vendidas, lo cual origina muchas veces errores en el recuento de los ejemplares que se entregan y de los que se devuelven por no vendidos (...)

Los distribuidores operan en régimen de exclusividad y son los únicos oferentes de las publicaciones periódicas que tiene contratadas en sus respectivos ámbitos geográficos de actuación. Esto supone que el distribuidor en su zona no tiene competidores y que el vendedor no cuenta con oferta alternativa y tiene necesariamente que tratar con una única distribuidora para abastecerse de las publicaciones de cada editorial”.(...)

La exclusividad va referida a una zona geográfica y a un producto, de manera que sí existen varios distribuidores por zona pero sólo uno por producto. La distribución exclusiva se justifica porque los productos no son identificables individualmente sino fungibles y sin ella, difícilmente podría determinarse qué distribuidor ha suministrado cada ejemplar a los efectos de su abono y devolución al proveedor correspondiente cuando resulta invendido.

En relación con la distribución de prensa y revistas en Canarias las relaciones entre los tres colectivos interesados: los editores, los distribuidores y los vendedores de publicaciones periódicas son análogas a las señaladas en el informe anterior para el conjunto de España. Así [...] SGEL manifiesta que “El ámbito de Distribución de publicaciones es a nivel Provincial, y las publicaciones que distribuimos son todas en exclusiva” y [...] TOTALDIS informa que “distribuye todas estas publicaciones (349) en exclusiva en la provincia de Las Palmas, islas de Gran Canaria, Fuerteventura y Lanzarote como mayorista, cuestión que es práctica habitual en el resto de provincias de España, es decir, que cada editor seleccione un distribuidor local para cada provincia, y este sea quien distribuya sus publicaciones en exclusiva, por una cuestión de racionalidad logística y operativa”.

El mercado de la distribución de prensa y revistas en Canarias es también meramente local. La competencia se realiza entre las empresas situadas en una misma provincia, circunstancia que en Canarias se acentúa con el hecho insular, cuya discontinuidad territorial constituye una barrera para el desarrollo de esta actividad, de forma que si la empresa no dispone de infraestructura en una determinada isla no realiza la distribución en la misma (...)

Según la información recabada en el periodo de información reservada, en la provincia de Las Palmas las empresas que realizan la distribución de prensa y revistas son: TOTALDIS, SGEL, DISBELMAG S.L. DISTRIBUIDORA ROIGCAR S.L. y PRENSA NORUEGA SLU.

En lo que se refiere a la distribución de prensa en la provincia de Las Palmas, de acuerdo con el Servicio canario de Defensa de la Competencia puede concluirse que:

“1) Los diarios de mayor tirada en la provincia de Las Palmas (Canarias 7 y La Provincia) son distribuidos principalmente por TOTALDIS S.L. (94,74 %). Además, de los 10 periódicos de mayor tirada, 8 son distribuidos por dicha empresa.

2) SGEL es la segunda empresa con mayor cuota de mercado en la provincia de Las Palmas. Sin embargo es importante señalar que toda la prensa que distribuye es internacional.

3) Las dos empresas denunciadas (TOTALDIS S.L. y SGEL) ostentan las mayores cuotas del mercado de distribución de prensa en la provincia de Las Palmas y suponen conjuntamente el 94,95% del total de dicha distribución”.

Por lo que se refiere a la distribución de revistas en la provincia de Las Palmas:

“1) La revista con mayor tirada (Bild) es distribuida en exclusiva por SGEL, quien goza de una cuota de mercado del 73,94% en el conjunto de la distribución de revistas.

2) Por su parte TOTALDIS posee una cuota de mercado del 25,19% en el conjunto de la distribución de revistas en la provincia de las Palmas.

3) Al igual que en el caso de la distribución de prensa, las dos empresas denunciadas (TOTALDIS y SGEL) ostentan las mayores cuotas del mercado de distribución en la provincia de Las Palmas y suponen conjuntamente el 99,13% del total de dicha distribución”

En el conjunto del mercado de la distribución al por mayor de prensa y revistas en la provincia de Las Palmas, la empresa TOTALDIS ostenta una cuota de mercado del 54,14% y SGEL del 42,76%. Entre las dos entidades copan el 96,90% del mercado, prácticamente el 100% de los ejemplares impresos en lengua española.

De acuerdo con TOTALDIS, en la Comunidad Autónoma de Canarias hay aproximadamente 2.100 minoristas que venden prensa. En Las Palmas de Gran Canaria hay aproximadamente 354 establecimientos comerciales a los que se suministra prensa/revistas, de los cuales 38 están en la zona Arenales-Triana.

De acuerdo con SGEL, el total de establecimientos suministrados en el municipio de Las Palmas de Gran Canaria asciende a 170. En la zona que ellos entienden por Vegueta-Triana distribuyen a 45 establecimientos.

8. De las actuaciones del Servicio canario de Defensa de la Competencia se concluyen los siguientes hechos:

LA MILAGROSA se habría dirigido a SGEL y TOTALDIS para que la provean de publicaciones periódicas al objeto de desarrollar la actividad del comercio al menor de la misma. Manifiesta el denunciante que *“recibí idéntica contestación en ambos casos en el sentido que debería aportar una Fianza o Aval por un importe de 2.500 euros. Posteriormente, ambas Sociedades rectificaron esta decisión y nos NEGARON LA POSIBILIDAD DE PROVEERNOS de la mercancía, aludiendo a que en la zona (Arenales-Triana) se contaba ya con suficientes puntos de venta, por lo que se negaban a que abriese otro establecimiento que se dedicara a la venta de este género”.*

Supuestamente, sin embargo, no queda constancia escrita de estas peticiones ni de las respuestas.

La denunciante se dirigió al Servicio de Atención Jurídica de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Las Palmas solicitando un acto de conciliación, al que no comparecieron las partes. No obstante, SGEL sí respondió en un escrito de 26 de agosto de 2010 poniendo de manifiesto que entre ambas no había existido relación comercial y que el único contacto entre las partes fue una llamada telefónica por parte de LA MILAGROSA solicitando los requisitos establecidos para la venta de prensa y revistas. En dicho escrito adjunta las condiciones generales para la distribución, entre las que figura la prestación de un AVAL bancario o una FIANZA por importe de 7000€

Con posterioridad a la denuncia, el 29 de septiembre de 2010 la denunciante envía a las denunciadas sendos burofaxes al objeto de obtener respuesta a los mismos. Mediante escrito de fecha 15 de octubre de 2010, la denunciante comunica al Servicio canario de Defensa de la Competencia *“Que al día siguiente de la presentación mencionada (30 de septiembre de 2010), recibo llamada telefónica de la mercantil SOCIEDAD GENERAL ESPAÑOLA DE LIBRERÍA, S.A., por la que se me ofrece una rebaja en las condiciones económicas requeridas para poder operar con ellos, pasando el aval requerido de 7.000€ a 5.000€, a lo cual les respondo que dicha cifra continúa siendo totalmente desproporcionada a la capacidad económica de nuestra sociedad, que posee el capital social mínimo legalmente previsto para una sociedad limitada.*

Que de la mercantil TOTALDIS, S.L., hasta la fecha, no he tenido noticia alguna.”

9. Solicitud de suministro a TOTALDIS

Según la documentación que obra en el expediente, no consta respuesta por parte de TOTALDIS a las solicitudes de La Milagrosa hasta el 11 de abril de 2011. No obstante, previamente en escrito de 15 de diciembre de 2010 dirigido al Servicio canario, al describir el funcionamiento de su sistema de distribución, la empresa expone lo siguiente:

“Respecto a la reserva del derecho de distribución, TOTALDIS reconoce que “se reserva el derecho a distribuir a un punto de venta y los criterios son los siguientes:

1. *Criterio de Morosidad: (...) Previo a la apertura del negocio, los inspectores de distribución del mayorista acuden a las instalaciones del minorista, si observan la presencia de alguna persona que haya sido titular de un antiguo negocio cerrado que adeude importes sin cobrar a TOTALDIS, S.L., hacemos uso del derecho a no distribuir prensa a ese minorista.*
2. *Criterio de Racionalidad Logística: En este sector, para abastecer de servicio de prensa y revistas, los mayoristas cubren zonas geográficas con criterios de racionalidad logística, es decir, suministran sus productos a los minoristas hasta que cubren las zonas geográficas dentro del ámbito de distribución del mayorista.*

La prensa/revistas son productos perecederos, lo que hace que sus propietarios, los editores, exijan a los mayoristas locales distribuidores, que la mercancía esté en los minoristas vendedores de prensa antes de su apertura. Si se abrieran nuevos

minoristas de forma limitada, para cubrir las exigencias horarias de llegada de las publicaciones el mayorista tendría que habilitar nuevas rutas de reparto, disparando los costes de transporte y llevando a la quiebra a los mayoristas”.

En escrito de 11 de febrero de 2011 contestando a un requerimiento del Servicio canario de Defensa de la Competencia, TOTALDIS también pone de manifiesto lo siguiente:

“TOTALDIS efectivamente recibe solicitud de cesión de las publicaciones distribuidas por esta distribuidora para comercialización de las mismas, solicitud que es negada por los siguientes motivos, argumentados en base a los criterios expuestos en nuestro anterior escrito (ANTECEDENTE QUINTO)

Criterio de morosidad: TOTALDIS argumenta que *“Con fecha 29 de septiembre de 2010, Doña XXX, titular de la sociedad La Milagrosa 2010, S.L.U. nos solicita aprovisionamiento de nuestras referencias, solicitud que le es denegada pues Doña XXX es familiar de primer grado, hija, de D. XXX con DNI 42.751.962.E, responsable comercial de TUREMSA, S.L. B35821784, sociedad de la que TOTALDIS, S.L. es acreedor actual.*

TOTALDIS aclara que hasta el 1 de julio de 2007 distribuía su fondo editorial al punto de venta Multitiendas MD, cuya razón social era MEDINANDEZ S.L. Así mismo, *“el contacto comercial y la persona que solicita la apertura de este punto de venta fue D. XXX con DNI 42.751.962.E”*, quien solicitó un cambio de razón social *“para que la facturación del establecimiento Multitiendas MD pase a realizarse a la sociedad TUREMSA S.L. (...).”*

Criterio de Racionalidad logística: *“La zona geográfica donde se encuentra ubicado el minorista La Milagrosa 2010, C/Murga nº 4 -esquina Venegas CP 35003- Las Palmas de GC está comercialmente cubierta de manera amplia por otros minoristas que son los siguientes:*

- ESTANCO MURGA, C/Murga Nº 2 – Esquina León y Castillo
- ESTANCO VENEGAS, C/Venegas 13
- 24 HORAS BUHO 3, C/Venegas 12

Estos tres establecimientos cubren de manera adecuada el ámbito de influencia geográfica que pueda tener el establecimiento de La Milagrosa 2010.

Como ya se dijo anteriormente este establecimiento puede nutrirse de prensa y revistas a través de otros minoristas (1300) que venden a su vez a otros minoristas, por lo que la comercialización está asegurada.”

Con fecha 11 de abril de 2011 TOTALDIS remite un correo al Servicio Canario de Defensa de la Competencia, en el que nos adjuntan copia del burofax enviado en la misma fecha a La Milagrosa, en el que *“se le reitera (a la denunciante) lo que en su día le fue comunicado por nuestro personal de Att. al cliente respecto a que por la racionalidad logística de la empresa, el suministro de la empresa podrá realizarse en los almacenes de TOTALDIS S.L., [...] en las siguientes condiciones:*

A. *Se daría de alta en condiciones normales aportando la documentación habitual*

que TOTALDIS S.L. le requeriría así como la información comercial y fiscal básica para poder realizar la actividad comercial habitual con normalidad.

- B. Fianza: 3.950,00 Euros sería el importe de la Fianza exigida al establecimiento para el alta en el servicio.(...) Esta fianza estará en poder de TOTALDIS S.L. como garantía de pago de la mercancía que se entrega en depósito mientras dure la relación comercial que fundamenta la misma, en caso de que finalice esta relación comercial, la fianza le será devuelta en forma de transferencia a la cuenta en la que se hayan estado cobrando los recibos mensuales tras 60 días naturales a partir de la fecha de finalización de la relación comercial.*
- C. Para la formalización del alta de su comercio, se debe personar usted (...) le haremos entrega de la documentación necesaria....se le notificará el alta efectiva del servicio para que pueda comenzar la retirada de la mercancía en nuestras instalaciones diariamente en un plazo no superior a 5 días laborales.*
- D. Facturación semanal, plazo estándar en el que TOTALDIS S.L. factura a la red de ventas.*
- E. La retirada de la mercancía en nuestras instalaciones de Gran Canaria, C/ Los Dragos 13-15, Pol. Ind. Arinaga Fase IV CP 35118 de Agüimes sería en los siguientes horarios (...). La recogida se realizará 362 días al año, siendo los restantes festivos en los que no hay servicio de prensa.*
- F. Política de devolución: En los mismos términos que el resto de la red de ventas, la prensa y resto de artículos de venta diaria, la devolución debe ser diaria en el momento de recoger la mercancía del día. La devolución de revistas y otras publicaciones con periodicidad diferente de la diaria deberán ser devueltas en el albarán correspondiente en el momento que la distribución realice lo que se denomina “llamada de devolución” de la publicación afectada. Es la operativa habitual que se sigue en la totalidad de la red de ventas”.*

TOTALDIS ha argumentado que esta fianza se fundamenta en un análisis del mercado local en relación a la facturación semanal media de 3 establecimientos minoristas de la zona, considerando asimismo la Ley 16/2009, del 13 noviembre, de Servicios de Pago, que en su artículo 34 establece que “*el ordenante podrá solicitar la devolución a que se refiere el artículo 33 por una operación de pago autorizada iniciada por un beneficiario o a través de él durante un plazo máximo de 8 semanas, contadas a partir de la fecha de adeudo de los fondos en su cuenta*”.

10. Solicitud de suministro a SGEL

Por lo que respecta a SGEL, se tiene constancia de la respuesta a la solicitud de suministro realizada por la denunciante, a través de un correo electrónico de fecha 2 de septiembre de 2010, fecha anterior a la presentación de la denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia de Canarias, en el que se le remiten los “requisitos y documentación para la apertura del punto de venta La Milagrosa 2010 (...)” y entre los que se incluyen el establecimiento de un aval bancario por importe de 7.000 euros, el modelo de orden de domiciliación bancaria y el manual del cliente.

SGEL justifica que la variable utilizada para el cálculo del aval (7.000 Euros), dado que no era un traspaso, fue el volumen de facturación del ejercicio 2009 de varios establecimientos en las proximidades de la calle Murga. Así, según los datos aportados por SGEL, el importe del aval solicitado a La Milagrosa (7.000 Euros) supone un 13% de la facturación media de los establecimientos situados en las proximidades de la zona Triana-Arenales. Esta cifra supone aproximadamente la garantía de cobro de aproximadamente 6,8 semanas de facturación media, inferiores a las 8 semanas establecidas en la Ley de Servicios de Pago que dan derecho a devolución.

Según el denunciante, con posterioridad a la presentación de la denuncia SGEL le ofreció una rebaja en las condiciones económicas requeridas para poder operar con ellos, pasando el aval requerido de 7.000€ a 5.000€

Con fecha 6 de abril de 2011 SGEL remite a La Milagrosa 2010 S.L.U un correo electrónico, con copia al Servicio Canario de Defensa de la Competencia, informándoles que han reconsiderado los requisitos exigidos inicialmente, disminuyendo la garantía solicitada (aval o fianza) a 3.900 euros, inferior a los 7.000 euros solicitados en su correo inicial de 2 de septiembre de 2010. Asimismo, les adjuntan *“el contrato donde pueden observar que ofrecemos otras modalidades de distribución”*.

11. Con fecha 11 de mayo de 2011 la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la Unión Europea de la Comunidad Autónoma de Canarias remite a este Consejo de la CNC Propuesta de Archivo de las actuaciones seguidas en el expediente de referencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la LDC.

En dicha Propuesta se afirma que las mercantiles denunciadas (TOTALDIS y SGEL) ostentan una posición de dominio conjunta en el mercado de distribución de prensa y revistas en la provincia de Las Palmas, caracterizado además por el régimen de exclusividad con el que operan los distribuidores mayoristas, siendo éstas prácticamente las únicas oferentes de las publicaciones periódicas con mayor tirada en dicho territorio.

A partir de aquí examina si las conductas de TOTALDIS y de SGEL pueden constituir un abuso.

Por lo que respecta a la conducta de TOTALDIS, de no proveer de sus publicaciones a La Milagrosa, el Servicio canario se plantea si existe justificación objetiva para dicha conducta. TOTALDIS justifica la negativa de suministro por dos motivos: el primero basado en lo que dicha empresa denomina criterio de morosidad y en segundo lugar por la aplicación del criterio de racionalidad logística. El Servicio canario rechaza el primero de los motivos:

“Según TOTALDIS la razón por la que la solicitud de la titular de la sociedad La Milagrosa 2010, S.L.U., Doña Paula Carmen Hernández Medina, sea denegada, tiene su causa en la existencia de una deuda impagada al denunciado por parte de un familiar de primer grado de la denunciante, criterio de morosidad. Para ello alegan, en su escrito de fecha 25 de marzo de 2011, los argumentos recogidos en la resolución de DISTRIMEDIOS: “Respecto al criterio de morosidad, el Consejo de defensa de la Competencia de Andalucía Resolución Exp. S/01/2009, DISTRIMEDIOS, S.L. señala

que es suficiente y objetiva dicha causa para suspender el suministro, aun cuando pueda ser habilitada la vía judicial para su reclamación y se haya acudido a ésta.

La transcripción literal de dicha resolución dicta: “El impago acreditado por los Tribunales de justicia de varias facturas entendemos que constituye una justificación de carácter objetivo y suficiente de la conducta de la distribuidora de suspender el servicio de suministro a crédito en el punto de venta”.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, entendemos que no es de aplicación lo señalado en la resolución de DISTRIMEDIOS y alegado por TOTALDIS, ya que estamos ante dos supuestos de hecho distintos. Así, en la resolución invocada, el deudor era el propio distribuidor minorista, mientras que en el caso analizado en la presente propuesta, el deudor de TOTALDIS, S.L. es la sociedad TUREMSA, S.L. B35821784, cuyo responsable comercial, según TOTALDIS es D. XXX, padre de Doña XXX, titular de la Milagrosa. Sin embargo, consultados los datos del Registro Mercantil, no aparece el nombre del Sr. XXX ni como administrador, ni como socio ni como apoderado, no disponiéndose de datos en el expediente sobre la vinculación de este señor con dicha empresa.

Además, según la escritura de constitución de la Milagrosa 2010 S.L.U., de fecha 5 de mayo de 2010, Doña XXX es la única propietaria de dicha sociedad limitada unipersonal. (FOLIOS 69-108) No consta tampoco en el expediente ninguna prueba de relación económica ni laboral de D. XXX, que justifique la existencia de algún tipo de vínculo empresarial del mismo con la mencionada empresa”.

Por lo que respecta a la segunda causa aducida para la negación del suministro a La Milagrosa. TOTALDIS argumenta que la zona geográfica donde se encuentra ubicado el minorista La Milagrosa 2010, C/Murga nº 4 -esquina Venegas CP 35003- Las Palmas de GC está comercialmente cubierta de manera amplia por otros tres minoristas, situados en calles adyacentes. TOTALDIS considera que estos tres establecimientos cubren de manera adecuada el ámbito de influencia geográfica que pueda tener el establecimiento de La Milagrosa 2010. Asimismo, TOTALDIS ofrece la alternativa de retirar la mercancía de sus instalaciones en Agüimes o de nutrirse de prensa y revistas a través de otros minoristas, por lo que garantizan que la comercialización está asegurada. Concluye el Servicio Canario de Defensa de la Competencia: “Por tanto, a la vista de todo lo expuesto anteriormente y considerando el derecho a la libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la Constitución Española, se considera que, pudiera ser razonable aludir al criterio de racionalidad logística para la negativa al suministro en el propio establecimiento...”

Respecto a la conducta de SGEL consistente en la imposición de un aval a LA MILAGROSA como condición para operar, el Servicio canario recuerda la doctrina contenida en Resoluciones del TDC, como la recaída en el expediente R 564/03, Distribuidora Peña Sagra: “(...) el vendedor de las publicaciones no adquiere éstas en firme, sino que puede devolver todo aquel género que no venda, de manera que no corre el riesgo de otros operadores mercantiles de quedarse con invendidos a los que no les pueda dar salida, lo que hace, como ha dejado sentado este Tribunal en diferentes Resoluciones, que el derecho de las distribuidoras a exigir, para la buena

marcha de las relaciones comerciales, una garantía, siempre que no sea desproporcionada o discriminatoria, no se pueda considerar abuso”.

El criterio que utiliza SGEL, con carácter general, para el establecimiento del aval a sus distribuidores minoristas es el de que *“Aproximadamente el aval o fianza supone un 12% de la venta estimada anual, para esta estimación se usan los datos históricos en caso de traspaso, y en su defecto los datos de otro u otros establecimientos de la misma zona y características. Por otra parte, siempre se revisan y negocian con cada nuevo cliente”.*

A la vista de los razonamientos dados pro SGEL el Servicio canario considera que el criterio de cálculo es proporcional y objetivo: responde al riesgo financiero o garantía de pago de la facturación media de aproximadamente 6,8 semanas, tomando como referencia las ventas medias de siete establecimientos en la misma zona de influencia de La Milagrosa (Triana – Arenales). Este periodo es inferior al permitido por el artículo 34 de la Ley 16/2009 de Servicios de pago. Asimismo, se observa que se ha producido una disminución en el importe solicitado del aval, desde el estipulado en el correo del 2 de septiembre de 2010.

Por otra parte, LA MILAGROSA argumenta en la denuncia el carácter desproporcionado del importe del aval *“al más que duplicar nuestra cifra de capital social”* (3.050 Euros según la escritura de constitución). El Servicio canario de Defensa de la Competencia pone de manifiesto que no es admisible esta medida de proporcionalidad, ya que la fianza se establece como garantía de pago en función del riesgo financiero proporcional al volumen de negocio entre ambas entidades y no guarda ninguna relación con el importe del capital social.

En vista de todo ello, el Servicio canario de Defensa de la Competencia considera que no existen indicios de que las denunciadas hayan incurrido en una infracción del artículo 2 de la LDC y propone por tanto el archivo de las actuaciones conforme al artículo 49.3 de la LDC.

12. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló esta Resolución en sus reuniones de 18 de mayo y 29 de junio de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El artículo 49.1 de la LDC dispone que la Dirección de Investigación incoará expediente sancionador cuando observe indicios racionales de existencia de conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley. En el número 3 del mismo precepto legal se añade que el Consejo, a propuesta de la Dirección de Investigación acordará no incoar procedimiento sancionador y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas cuando considere que no hay indicios de infracción.

De acuerdo con el apartado 1 del artículo 13 de la LDC, los órganos de las Comunidades autónomas competentes para la aplicación de esta Ley ejercerán en su territorio las competencias ejecutivas correspondientes en los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de esta Ley de acuerdo con lo dispuesto en la

misma y en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

La Comunidad Autónoma de Canarias ha optado por un sistema de defensa de la competencia articulado en torno a un único órgano instructor: el Servicio Canario de Defensa de la Competencia, creado en virtud del Decreto 118/2006 y adscrito a la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la Unión Europea.

Corresponde por ello al Consejo de la CNC la resolución de los expedientes instruidos por el Servicio canario en aplicación de la Disposición Transitoria Única de la Ley 1/2002.

La conducta analizada consiste en una posible negativa de suministro de publicaciones periódicas por parte de SGEL y TOTALDIS a LA MILAGROSA, que impediría a esta mercantil el desarrollo de una actividad de comercialización minorista. Dicha negativa de suministro se habría producido en términos absolutos según el denunciante en un primer momento, para luego plasmarse en el ofrecimiento de unas condiciones que considera igualmente abusivas y desproporcionadas que le impedirían igualmente operar de manera rentable en el mercado minorista.

Segundo. La negativa de suministro es una conducta que guarda relación con los abusos exclusionarios. La jurisprudencia reconoce la posibilidad de que un abuso producido en el mercado dominado deje sentir sus efectos en otro mercado (Tetra Pak Internacional S.A. contra Comisión CE, Asunto C-333/94). En particular, el abuso en mercados conexos se produce cuando una empresa con posición de dominio en un mercado desarrolla una conducta que le permite extender su posición a otro mercado o reforzar la que tiene. Para que esto suceda deben concurrir ciertos requisitos. A) La empresa en cuestión debe tener posición de dominio sobre un bien para el que no hay sustitutivos efectivos; B) La conexión entre ambos mercados debe ser estrecha, de tal forma que desde el mercado dominado se pueda realmente afectar a la competencia en el mercado conexo y C) Debe ser factible que la empresa dominante extienda su poder al mercado conexo o se refuerce en el que ya está presente, de tal forma que la competencia se debilite.

Estos requisitos no concurren en el presente caso. Incluso si se concluyera que SGEL y TOTALDIS tienen una posición de dominio en la distribución mayorista de publicaciones periódicas, revistas y prensa respectivamente, no cabe argumentar que con la negativa de suministro, absoluta o constructiva, pretendan extender su poder al mercado minorista de publicaciones periódicas, donde no se encuentran presentes.

Está en el interés de estas empresas tener una red de distribución competitiva que les permita distribuir su producto en las mejores condiciones. Por ello, no resulta reprochable desde un punto de vista de competencia que un distribuidor con posición de dominio seleccione los puntos de venta minorista, siempre que lo haga en base a criterios objetivos y razonables desde un punto de vista económico y no se restrinja la competencia en el mercado minorista de forma arbitraria y contraria al interés general.

En el presente caso no se ha constatado que la actuación de SGEL y TOTALDIS esté contraviniendo este principio. De hecho, como pone de manifiesto el Servicio canario de Defensa de la Competencia, no se ha producido una negativa de suministro como tal puesto que las partes acceden a entregar el producto y de los términos en que se establece

el aval no se puede concluir que resulten desproporcionados desde un punto de vista económico.

No existiendo, pues, indicios de prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, el Consejo considera ajustada a Derecho la Propuesta de Archivo de las actuaciones realizadas en el marco del expediente SA CAN 0009/10 DISTRIBUCIÓN PRENSA Y REVISTAS.

En mérito a lo que antecede, vistos los preceptos citados y los de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

HA RESUELTO

ÚNICO.- No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones reservadas iniciadas contra la SOCIEDAD GENERAL ESPAÑOLA DE LIBRERÍA, S.A. y TOTALDIS, S.L., por denuncia de LA MILAGROSA 2010 por un supuesto abuso de posición de dominio que podría constituir una infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución al Servicio Canario de Defensa de la Competencia adscrito a la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la Unión Europea y notifíquese al denunciante y a las denunciadas, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.