

A. DERECHO
CIVIL

COMPETENCIA DESLEAL Y PRENSA

Núm.
115/2001

José Manuel SUÁREZ ROBLADANO
Magistrado

• **ENUNCIADO:**

Con ocasión de la distribución de publicaciones de prensa en diversos quioscos de Madrid, cuyos propietarios estaban agrupados en una Asociación de Vendedores de Prensa, se plantea un conflicto sobre si la empresa distribuidora, a la sazón sociedad limitada, está facultada para aplicar determinados descuentos en los precios facturados a aquéllos, a cortar el suministro o distribución en determinados casos y a cobrar gastos por portes o conceptos similares que no responden a gasto real habido o realizado por la distribuidora.

El abogado encargado de redactar la demanda sobre posibles actos de competencia desleal duda sobre si la cuestión se engloba en el ámbito de competencias de la autoridad administrativa encargada de controlar las prácticas restrictivas de la competencia o en el de los Juzgados y Tribunales de la Jurisdicción Civil así como si, a su vez, debe fundar la demanda en la Ley de Competencia Desleal o en la Ley de Defensa de la Competencia.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

a) Problemática de la competencia de jurisdicciones: ¿la civil o la contencioso-administrativa? ¿El Tribunal de Defensa de la Competencia?

b) Precios diferentes y descuentos de distribuidoras de prensa: enfoque posible de competencia desleal.

c) ¿Existirá abuso de posición dominante de la distribuidora en el caso planteado, y propia competencia ilegal o desleal?

• **SOLUCIÓN:**

a) Debe partirse de una regla básica establecida en la legislación española. Esta regla está contenida en el artículo 9.º 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ): la jurisdicción o los Juzgados de Primera Instancia y Tribunales Civiles, conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional.

Por su parte, el mismo artículo 9.º 4 de la propia LOPJ atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para el conocimiento de las pretensiones contra actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo, disposiciones reglamentarias y Decretos Legislativos así como contra la inactividad de la Administración y contra actuaciones de las mismas que sean vías de hecho, y la responsabilidad patrimonial de aquéllas.

Ello significa que, en principio, es la jurisdicción civil, denominada tradicionalmente como ordinaria, la que debe conocer del resto de las cuestiones no atribuidas expresamente a la jurisdicción contencioso-administrativa en virtud de la denominada *vis atractiva* de dicha jurisdicción, o sea, del carácter residual de la competencia de dicha jurisdicción. Todo lo no expresamente atribuido a la contencioso-administrativa o a otros órdenes jurisdiccionales le corresponde a los Tribunales Civiles.

Debe recordarse que, en virtud de ello, la atribución a favor del Tribunal de Defensa de la Competencia no ha de considerarse, en materia de competencia desleal, como la regla general sino que, al ser órgano de la Administración cuyas resoluciones están sujetas a impugnación posible ante la jurisdicción contencioso-administrativa, los actos de competencia desleal realizados por particulares o empresas han de ser controlados en un proceso civil, con eventuales medidas cautelares, por la jurisdicción civil y no por la contencioso-administrativa.

La Sentencia de la Audiencia Provincial (AP) de Madrid (Secc. 11.^a) de 25 de septiembre de 2000 trata, en primer lugar, de la cuestión de la competencia jurisdiccional. Se mantenía por la distribuidora condenada que, según los artículos 25 a) y 49 de la Ley de Defensa de la Competencia de 17 de julio de 1989, era competente para conocer del caso el Tribunal de Defensa de la Competencia (recuérdese, órgano de la Administración, pese a su equívoco nombre) y no la jurisdicción civil. El Ministerio Fiscal informó, a solicitud de la Sala, que era competente para conocer del caso el Tribunal Civil. La Audiencia decide la cuestión a favor de su propia competencia para conocer del caso razonando que, habiéndose basado la demanda en la existencia de una actividad de competencia desleal definida en el artículo 16.2 de la Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991 (al denunciarse la situación de dependencia económica en que se encuentran los proveedores que no disponen de otra alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad), el artículo 22 de la misma Ley remite al juicio ordinario (antes al juicio de menor cuantía) previsto en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), a tramitar por el Juzgado de Primera Instancia competente para conocer de dicha demanda. No obsta a ello la íntima relación del asunto con la Ley de Defensa de la Competencia con la que está relacionado el caso tratado.

Posteriormente, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Alcobendas de 15 de noviembre de 2000 decidió un asunto esencialmente idéntico al anterior recogiendo, prácticamente en su integridad y con identidad de decisión, la jurisprudencia de la Sección 11.^a en términos similares a los en ella contenidos. Interesa destacar, en lo referente a la posible incompetencia de jurisdicción, que ha de estimarse competente la jurisdicción civil cuando el acto que se denuncie como desleal no afectase al interés público en la forma prevista por la Ley de Defensa de la Competencia en su artículo 7.º: se trata aquí de un comportamiento desleal que tiene lugar entre particulares.

La Audiencia Nacional (AN) viene conociendo, en materia contencioso-administrativa, los recursos formulados contra las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia. Se ha venido destacando que, para determinar cuándo es competente un Tribunal Civil o uno de lo Contencioso-Administrativo (Tribunal de Defensa de la Competencia) hay que tener en cuenta el artículo 7.º de la Ley de Defensa de la Competencia: «Falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal siempre y cuando concurren las siguientes circunstancias:

Que ese acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado.

Que esa grave distorsión afecte al interés público.

2. Cuando a juicio del Servicio de Defensa de la Competencia no concurren dichas circunstancias, procederá el archivo de las actuaciones».

Eso significa que sólo será la conducta desleal de la competencia administrativa si concurren los siguientes requisitos acumulados:

- 1.º Que falsee de forma ostensible la competencia.
- 2.º Que este falseamiento altere el funcionamiento de todo o parte del mercado relevante.
- 3.º Que afecte al interés público.

En otro caso, se tratará de cuestión de la competencia del orden jurisdiccional civil.

Tales conclusiones se desprenden de las decisiones de la AN de 17 de noviembre de 1994, 15 de noviembre de 1999, 23 de marzo y 3 y 15 de noviembre de 2000 al conocer, respectivamente, de los Acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia del 30 de diciembre de 1991, 20 de junio de 1996, 31 de marzo y 23 de octubre de 1997 así como el del 13 de marzo de 1998. A destacar de su contenido las declaraciones consistentes en que la aplicación del artículo 7.º por el Tribunal de Defensa de la Competencia exige la existencia de un comportamiento desleal de acuerdo con la Ley 2/1991, que dicho comportamiento afecte al interés público o a la libre competencia, y que tenga una entidad suficiente para causar una grave perturbación en los mecanismos de mercado. Que, en principio, la misma existencia de previsiones contractuales o derivadas de un contrato excluyen el abuso de posición de dominio si, además, no resulta racionalmente que afecten al interés público.

b) Respecto a la posible situación de competencia desleal denunciada, la Audiencia señaló en dicha sentencia que es práctica prohibida por la Ley de Defensa de la Competencia (art. 1.º) la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o condiciones comerciales o de servicio puesto que ello falsea y restringe la competencia, debiendo, por ello, fijarse unos mismos descuentos para todos los vendedores de prensa (art. 14 Constitución Española) con independencia de cuál sea su volumen de ventas (pequeño comerciante con volumen de ventas escaso o punto de venta en zona comercial o de paso con volumen superior). El artículo 1.º d) de la Ley de Defensa de la Competencia prohíbe la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. Al no probarse que las prestaciones ofrecidas por los vendedores de prensa hayan sido equivalentes, las condiciones establecidas entre ellos por la distribuidora también lo han sido, desestimándose el primer apartado del suplico de la demanda inicial de la asociación.

c) La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de julio de 1991 se refirió a un supuesto en el que se denunció un abuso de posición dominante.

Considera que unas cuotas de mercado muy importantes constituyen por sí mismas la prueba de la existencia de una posición dominante, ocurriendo así con una cuota de mercado del 50 por 100.

Además, el concepto de explotación abusiva es de carácter objetivo y se refiere a los comportamientos de una empresa que ocupa una posición dominante que sean de tal naturaleza que influyan sobre la estructura de un mercado en el que, a raíz precisamente de la presencia de la empresa de que se trate, el nivel de competencia esté ya debilitado y que dan lugar, mediante el recurso, a medios

diferentes de los que se dan, rigen una competencia normal de productos o servicios en función de las prestaciones de los operadores económicos a una obstaculización del mantenimiento del nivel de competencia existente aún en el mercado o al desarrollo de dicha competencia.

El artículo 86 (hoy art. 82 en la versión consolidada contenida en el Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001) del Tratado CE prohíbe a las empresas con posición de dominio en el mercado que eliminen a un competidor y refuercen de ese modo su posición, recurriendo a medios distintos de los que rigen una competencia basada en los méritos.

En el mismo sentido se estima que para una empresa que ocupa una posición dominante en el mercado, el hecho de vincular a los compradores -aunque sea a instancia de éstos- mediante una obligación o promesa de abastecerse, respecto a la totalidad o a gran parte de sus necesidades, exclusivamente de dicha empresa, constituye una explotación abusiva de una posición dominante con arreglo al artículo 86 citado.

La Constitución Española en su artículo 38 reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

De la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 interesa destacar que se prohíben por su artículo 1.º los actos que consistan, de forma directa o indirecta, en la fijación de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio así como la limitación o el control de la distribución, y, asimismo, la aplicación en las relaciones comerciales o de servicio de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. También se consideran ilegales por su artículo 6.º los actos que supongan una explotación abusiva en todo o parte del mercado nacional, describiéndose como actos abusivos los consistentes, entre otros, en la aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

Por su parte, la Ley de Competencia Desleal de 1991 establece que la Ley referida tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado al tiempo que establece la prohibición de los actos de competencia desleal (art. 1.º). Como actividades de competencia desleal, el artículo 5.º contiene una cláusula general reputando desleal todo comportamiento que resulta objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

También, entre otras, se considera desleal (art. 16) la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedoras que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad, presumiéndose esta situación cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a un cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se concedan a compradores similares. También en el caso en el que se produzca la ruptura, aun parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor.

La Sentencia de la Sección 11.ª (de lo Civil) de la AP de Madrid de 25 de septiembre de 2000, que es firme y ejecutoria ante la falta de impugnación alguna formulada contra ella y en atención a lo establecido en el artículo 408 de la LEC de 1881, decidió de recurso de apelación formulado por la distribuidora J. Mora, S.L. contra otra Sentencia dictada el anterior 8 de junio de 1998 por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Móstoles.

Este Juzgado de Primera Instancia había condenado a dicha distribuidora de prensa, en demanda formulada contra ella por la Asociación de Vendedores Profesionales de la Zona Noroeste de Móstoles, a las prohibiciones de:

1. Imponer a los demandantes descuentos desiguales para prestaciones equivalentes fijándose para todos los vendedores de prensa el mismo descuento del 30 por 100.
2. De cobrar cantidad alguna en concepto de «portes» ya sea bajo esta denominación concreta o ya oculta bajo otra cuya imposición obedezca a una decisión unilateralmente adoptada por la demandada.
3. De cortar el servicio de la distribución a los puntos de venta de los vendedores que integran la asociación demandante en los supuestos en los que por la distribuidora demandada se realicen las conductas prohibidas recogidas antes.

Respecto a la prohibición de cobrar cantidad alguna por portes, ya sea bajo esa denominación o cualquier otra, cuya imposición obedezca a una decisión unilateral adoptada por la demandada, la alegación de la distribuidora de cobrar, no por portes, pero sí por «embalajes y trabajos auxiliares» o «servicio de revistas», se probó que, desde 1992, se sustituyó la inclusión en las facturas de cantidades en concepto de portes por dichos novedosos epígrafes pero con idéntico código CC448. No se pueden cobrar dichos conceptos ya que la distribuidora se vale de su posición dominante, al ser la única que distribuye periódicos y revistas, cobrando a sus clientes por un servicio absolutamente contrario a la naturaleza del negocio que realiza puesto que los productos editoriales en general se distribuyen dirigidos a la venta final, con posibilidad de devolución si no son vendidos, siendo dicha actividad absolutamente diferente del cobro de portes del transportista de mercancías con independencia del destino final de los productos objeto del transporte.

En tercer lugar, en lo relativo a la prohibición de cortar el servicio de distribución al punto de venta de los demandantes, la prueba practicada en el proceso acredita, sin lugar a dudas, que la distribuidora amenaza con cortar el suministro o lo corta cuando existen discrepancias en las condiciones del servicio. Tal circunstancia, unida a la posición de dominio que ejerce la distribuidora en el mercado, al ser la única que distribuye determinadas publicaciones, hace que deba encuadrarse su conducta dentro de la prohibida en el artículo 6.º 2 c) de la Ley de Defensa de la Competencia (negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios).

Concluye la sentencia de la Audiencia confirmando la sentencia antes dictada por el Juzgado de Primera Instancia salvo en el apartado 1.º de su fallo, antes referido.

En lo referente a la posible prescripción de la acción, recordar que el artículo 21 de la Ley de Competencia Desleal establece que la prescripción anual tiene lugar desde el momento en que las acciones pudieron ejercitarse y el legitimado para su ejercicio tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal y, en todo caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la realización del acto, por lo que, de acuerdo con la doctrina de la Sentencia de la Audiencia de Barcelona de 8 de octubre de 1999, tratándose de un caso en que se ejecutan pluralidad de actos que responden a un solo plan, no puede computarse la prescripción desde el último de los actos desleales ni fijar el día inicial desde la ejecución del primer acto, no pudiendo afirmarse que la acción ha prescrito porque todavía no ha nacido el momento en que pueda ejercitarse, toda vez que una misma conducta o comportamiento supuestamente desleal se sucede sin solución de continuidad durante todo este tiempo. Esta sentencia fue ejecutada provisionalmente por Auto de 25 de septiembre de 2001.

En una cuestión entre distribuidora y vendedores de prensa, hay que tener en cuenta la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 4 de julio de 1996 (Asociación de Vendedores de Prensa de Santander). Denunció la distribuidora Peña Sagra, S.A. a dicha asociación porque a partir del 29 de octubre de 1993 se hizo un llamamiento a todos los asociados para que procedieran a

cancelar temporalmente la recogida del género de dicha entidad y a dejar de vender las publicaciones distribuidas por la misma, como medio de obligar a la distribuidora referida a modificar determinadas condiciones o estipulaciones de sus relaciones contractuales. Se sanciona a la asociación al estimar que su conducta ha sido contraria al artículo 1.º de la Ley de Defensa de la Competencia, condenando a la asociación a la publicación del acuerdo en un diario de gran circulación de Santander.

La AN trató en su Sentencia de 7 de junio de 2000 de una denuncia de vendedores de prensa contra una distribuidora. Dicha resolución, tras señalar que el hecho de que la distribuidora cobre el reparto a algunos vendedores y no a otros podría constituir una práctica restrictiva de la competencia descrita en el artículo 1.º d) de la Ley de Defensa de la Competencia, al aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, lo que coloca a unos vendedores en posición de desventaja frente a otros. Por ello, acuerda remitir las actuaciones al Tribunal de Defensa de la Competencia para que analice si los hechos referidos pueden ser constitutivos de práctica sancionada por la Ley de Defensa de la Competencia.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **STJCE (Luxemburgo) de 3 de julio de 1991.**
- **Ss. de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN de 17 de noviembre de 1994, 15 de noviembre de 1999, 23 de marzo, 7 de junio y 3 y 15 de noviembre de 2000.**
- **SSAP de Madrid (Secc. 11.ª) de 25 de septiembre de 2000 y de la AP de Barcelona de 8 de octubre de 1999.**
- **Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Alcobendas de 15 de noviembre de 2000.**
- **Rs. del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de diciembre de 1991, 20 de junio y 4 de julio de 1996, 31 de marzo y 23 de octubre de 1997, así como la de 13 de marzo de 1998.**