

Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia

(Expte. A 277/00, Compra Mínima COFAS)

■ En Madrid, a 26 de marzo de 2001

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada arriba y siendo Ponente el Vocal Sr. Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente A 277/00 (2123/00 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC) iniciado como consecuencia de la solicitud de autorización singular, formulada al amparo del artículo 4 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), por Cooperativa Farmacéutica Asturiana S. Coop. (COFAS) para la modificación de sus Estatutos en relación con la obligación de compra mínima de los socios.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 1 de febrero de 2000, tuvo entrada en la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia escrito de la Cooperativa Farmacéutica Asturiana, S. Coop., (en adelante COFAS), por el que notificaba la decisión de su Consejo Rector de proponer a la Asamblea General Ordinaria a celebrar en mayo de 2000 la modificación de sus Estatutos Sociales en lo relativo a la obligación de compra de los socios de la Cooperativa y formulaba, con carácter subsidiario, solicitud de autorización singular para dicha modificación (folios 1-111 expdte. SDC).

2. Mediante Providencia del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de fecha 18 de febrero de 2000, se acordó la admisión a trámite de la solicitud y la incoación de expediente que quedó registrado con el nº 2.123/00, nombrando, a su vez, Instructora y Secretaria (folio 124 expdte. SDC).

3. El 18 de febrero de 2000 la Instructora dispuso que se formalizase una nota extracto a los efectos del trámite de información pública a que se refiere el artículo 38.3 de la LDC y artículo 5 del Real Decreto 157/1992), publicándose el aviso en el B.O.E. nº 51, de 29 de febrero de 2000 (folio 136 expdte. SDC), sin que como consecuencia de ese trámite se produjeran comparencias o alegaciones por parte de terceros.

4. Con fecha 22 de febrero de 2000 se solicitó al Instituto Nacional del Consumo el informe del Consejo de Consumidores y Usuarios previsto en el artículo 38.4 de la Ley 16/1989 y artículo 5 del Real Decreto 157/1992 (folio 127 expdte. SDC).

5. El 23 de marzo de 2000 se recibió en el Tribunal el expediente 2123/00 del SDC, unido a un informe en el que el Servicio estimaba que la solicitud notificada por COFAS no era susceptible de autorización al amparo del artículo 3.1 LDC.

6. El Tribunal admitió a trámite el expediente mediante Providencia de 27 de marzo de 2000.

7. El 12 de abril de 2000 el SDC remitió al Tribunal el informe del Consejo de Consumidores y Usuarios que muestra su oposición a la modificación solicitada por COFAS por "entender que supone una limitación de la oferta e ir, por tanto, en contra del interés de los consumidores".

8. El 26 de abril de 2000 COFAS presentó alegaciones dejando constancia de su desacuerdo con el contenido del informe del Servicio.

9. El Tribunal consideró la procedencia de abrir la tramitación contradictoria que regula el artículo 10.a del R.D. 157/1992 poniendo de manifiesto el expediente al solicitante mediante Providencia de 27 de septiembre de 2000 para que, en el plazo de quince días, el solicitante y el Servicio propusieran pruebas y pudieran solicitar la celebración de Vista.

10. Por Providencia de 6 de noviembre de 2000 se consideró procedente la incorporación al expediente de las pruebas documentales propuestas por COFAS en su escrito de 20 de octubre de 2000, concediéndole plazos sucesivos de diez y quince días para la valoración de prueba y la formulación de conclusiones, respectivamente.

11. Con fechas 21 de noviembre y 11 de diciembre de 2000, respectivamente, COFAS presentó su valoración de la prueba y sus conclusiones.

12. El Pleno del Tribunal, en su sesión del 13 de marzo de 2001, deliberó y falló sobre este expediente, encargando la redacción de la Resolución al Vocal Ponente.

13. Es interesada :

— Cooperativa Farmacéutica Asturiana, S. Coop.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. COFAS solicita autorización singular para el acuerdo de su Asamblea General que modifica el artículo 9.B de sus Estatutos Sociales elevando la cantidad mínima que los socios deben adquirir de COFAS desde el 35% al 50% de sus posibilidades totales de compra en cada ejercicio.

Según la notificación de COFAS el socio cooperativo que no cumpla con la obligación mínima de compra no tendrá acceso a ciertos derechos económicos y sociales de la Cooperativa como ofertas especiales, descuentos por pedidos *dentro de hora*, descuentos en los pedidos de reposición, devoluciones sin cargo o penalización y servicios accesorios (asesoría fiscal gratuita, utilización de apartamentos propiedad de la Cooperativa, seguro de responsabilidad civil gratuito, programas informáticos de farmacia y cursos de laboratorio) estando, asimismo, previsto que este incumplimiento sea tipificado en los Estatutos como falta muy grave (folios 6 y 121 expdte. SDC).

2. En su escrito de conclusiones COFAS solicita la autorización sólo de forma subsidiaria ya que alega que el mencionado acuerdo de modificación estatutaria está autorizado por el artículo 2 LDC al resultar de la aplicación del artículo 15 de la Ley 27/1999, de Cooperativas, que establece como obligación de los socios el *participar en las actividades cooperativizadas que desarrolla la cooperativa para el cumplimiento de su fin social en la cuantía mínima obligatoria establecida en sus Estatutos*.

Esta alegación había sido ya presentada ante el SDC quien la desestimó recordando la doctrina de este Tribunal expresada, entre otras, en la Resolución TDC de 16 de enero de 1995 (Expdte. r 98/94), que señala: "esta previsión legal no puede dar lugar sin más al juego del artículo 2.1. LDC que declara inaplicables las prohibiciones de su artículo 1 cuando las conductas en él descritas resulten de la aplicación de una Ley o un Reglamento de aplicación de la Ley; por el contrario, el art. 2 hay que entenderlo de aplicación cuando la Ley o Reglamento a que se refiere está



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

regulando expresamente el funcionamiento de un mercado determinado en el que se permite la restricción o impedimento de la competencia en atención a otros intereses generales protegidos por esas normas y en las circunstancias y con los requisitos que en las mismas se determinen. Lo contrario supondría admitir que cualquier pacto acogido a una de las múltiples figuras contractuales previstas en nuestro ordenamiento jurídico o a cualquiera que los intervinientes pudiesen establecer al amparo del principio general de libertad consagrado en el art. 1255 del Código Civil estaría amparado por la excepción”.

El Tribunal considera, además, que aunque, en efecto, la Ley de Cooperativas obligue a los socios a cumplir la cuantía mínima establecida en los Estatutos; el acuerdo para establecer éstos o para reformarlos debe ser autorizado por el TDC si contiene, como en este caso, cláusulas restrictivas de la competencia.

3. En sus alegaciones iniciales ante el Tribunal, COFAS mostraba su desacuerdo con el Informe del Servicio por considerar, fundamentalmente, que COFAS no tiene posición de dominio y que el Servicio ha efectuado una apreciación errónea del mercado geográfico relevante.

El Tribunal no puede acoger estas alegaciones que ya se habían planteado en el expediente 470/99, COFAS porque en su reciente Resolución de 1 de septiembre de 2000 el TDC ya ha establecido tanto la delimitación geográfica del mercado relevante como la posición de dominio de COFAS en el mismo. Los siguientes párrafos pertenecientes, respectivamente, a los fundamentos de derecho 2 y 3 de dicha Resolución resumen la argumentación del Tribunal:

“... teniendo en cuenta la naturaleza y regulación de los productos objeto de la distribución, las considerables diferencias de cuotas de mercado y de condiciones de venta de los territorios vecinos, el Tribunal considera que hay que distinguir un mercado asturiano de distribución al por mayor de especialidades y productos farmacéuticos con unas condiciones suficientemente homogéneas, diferenciado de los mercados limítrofes y, en particular, de Cantabria, lo cual no implica que puedan existir ciertos “desbordamientos” a localidades de las provincias vecinas, pero sin que ello afecte ni cambie la esencia del planteamiento.”

“... es evidente la posición de dominio de COFAS en el mercado asturiano de distribución de especialidades y productos farmacéuticos dado que, como se ha señalado anteriormente, no sólo tiene una cuota de mercado de en torno al 70%, sino que la práctica totalidad (más del 98%) de las OF son socias de COFAS y, al tratarse de una cooperativa de farmacéuticos, existe una fuerte vinculación entre COFAS y sus socios, muy superior a la relación normal suministrador-cliente”

Alega también COFAS, como hechos nuevos producidos tras la publicación de la mencionada Resolución del Tribunal, la reciente adquisición de su competidor CFASA por una empresa multinacional así como la apertura por COFARES de un almacén en Asturias. Aun aceptando que estos hechos constituyen indicios de que COFAS pueda tener que enfrentar en el futuro una competencia más vigorosa, no por ello es admisible que recurra a técnicas de fidelización forzosa (forzosa, en la medida en que el incumplimiento de la obligación de compra mínima conlleva las consecuencias que se exponen en el segundo párrafo del primer fundamento de derecho) para blindarse en su fuerte posición dominante.

4. El Tribunal no valora las pruebas documentales presentadas por COFAS de la misma forma en que ésta lo hace.

En la primera prueba el Director Gerente de COFAS certifica que el 75% de los socios efectúa al menos el 50% de sus compras a esta Cooperativa, siendo el nivel medio de compras de los socios superior a este porcentaje.

Para el solicitante esta prueba indica que la autorización no conllevará ningún cambio sustancial de la estructura de mercado ni en el comportamiento de los socios, que continuarán siendo libres para adquirir gran parte de sus suministros de otros proveedores.

El Tribunal considera, por el contrario, que, si con una obligación de compra del 35% COFAS vendía el 70% del total, la ampliación al 50% de la obligación de compra no afectará a la mayoría que ya adquiriría una cantidad mayor pero obligará a incrementar sus compras a la cuarta parte de los socios que aún no alcanzaban este porcentaje, con gran posibilidad de que disminuya la cantidad disponible para la competencia con otros mayoristas competidores.

5. La segunda prueba presentada por COFAS es el texto de la Decisión de la Comisión de 9/3/99, asunto IV/M 1313 *Danish Crown/Vestjyske Slagterier* en un procedimiento de concentración de cooperativas danesas productoras de ganado porcino.

El solicitante señala que el 85% de compra mínima autorizado en este caso por la Comisión es muy superior al que COFAS solicita.

Para el Tribunal ambos casos no son comparables, no sólo por tratarse de mercados de productos muy diferentes, sino, sobre todo, porque la entidad resultante de la concentración de cooperativas danesas no tendrá posición dominante ni en el mercado de porcino fresco ni en el de productos derivados (fundamentos 236 y 238 de la Decisión) y porque el porcentaje del 85% autorizado es, en realidad, un compromiso para autorizar la fusión por la que las cooperativas renuncian al 100% de que antes disponían (fundamento 234).

6. Presenta COFAS como tercera prueba un informe de su Consejo Rector en el que explica los proyectos de expansión a otros territorios distintos de Asturias ya que está actualmente en disposición de ofrecer el mismo tipo de servicios, y con la misma regularidad, a las farmacias de Asturias, Cantabria y otras provincias limítrofes de Asturias.

Para el solicitante esto prueba que el mercado relevante geográfico es, como mínimo, Asturias y Cantabria y no sólo Asturias, como estableció el Tribunal en reciente expediente sancionador.

El Tribunal opina, por el contrario, que no puede definirse el mercado relevante en función del área en que COFAS puede actuar eficientemente, pues resulta de constante aplicación, tanto en expedientes relativos a conductas anticompetitivas como en expedientes de concentración de empresas, la doctrina establecida ya desde el asunto *United Brands* (1976) y definida con mayor precisión en el artículo 9.7 del Reglamento CEE 4064/89 sobre el Control de Operaciones de Concentración de Empresas y en la Comunicación 97 C 372/03. Según estos textos, el mercado geográfico de referencia está constituido por un territorio en el que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y puede distinguirse de los territorios vecinos por diferencias notables de tales condiciones, entre las que hay que tener en cuenta, desde el lado de la oferta, las que se derivan de diferencias considerables de las cuotas de mercado de las empresas.

7. El acuerdo por el que COFAS establece en sus Estatutos el aumento desde el 35% al 50% de la compra mínima obligatoria supone consolidar, desde una posición dominante, la barrera de entrada de producto disponible para la competencia con otros mayoristas de medicamentos y supone también un entorpecimiento de la competencia en precio entre las oficinas de farmacia (en la medida en que esta competencia va siendo legalmente posible), que se ven más estrechamente vinculados al mismo suministrador.

Se trata, pues, de un acuerdo restrictivo de la competencia que, para ser autorizado, debería satisfacer las tres condiciones que se enumeran en el artículo 3.1 LDC. Para el Tribunal resulta evidente que el acuerdo en cuestión no satisface las condiciones b) y c) del mencionado artículo.

No se satisface el apartado b) del artículo 3.1 LDC porque la elevación al 50% de la obligación mínima de compra impone a las empresas interesadas restricciones no indispensables para asegurar el fin social de la cooperativa de compras mediante reducciones de coste derivadas de economías de escala. Por una parte, la cuota de mercado alcanzada por COFAS está permitiendo ya reduccio-



nes considerables en los costes y, por otra, el plan de expansión de esta cooperativa en otras provincias señala alternativas legítimas para incrementar aún más las referidas economías de escala mediante ventas a nuevos clientes, incluso no socios de la cooperativa (folio 144 expdte. TDC). No resulta, entonces, indispensable forzar a los cooperativistas del mercado asturiano a mayores adquisiciones de la empresa que ya domina este mercado.

Tampoco se cumple la condición requerida por el apartado c) del artículo 3.1 LDC porque el acuerdo consiente a las empresas partícipes eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los servicios contemplados en el acuerdo. En efecto, el acuerdo permite reservar a COFAS el 50% del mercado asturiano de productos farmacéuticos y parafarmacéuticos.

Por todo ello, el Tribunal considera que no procede autorizar el acuerdo propuesto por el Consejo Rector a la Asamblea General de COFAS que establece en sus Estatutos el aumento desde el 35% al 50% de la compra mínima obligatoria y que, en aplicación del artículo 46.3 LDC, resulta necesario intimar a la empresa solicitante para que desista de inmediato en la aplicación de tal acuerdo y para que proceda a reponer el correspondiente artículo de los Estatutos a su redacción anterior. El Tribunal considera, asimismo, que debe ordenar a COFAS el traslado de esta Resolución a todos sus socios.

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

HA RESUELTO

Primero.- No autorizar la modificación de los Estatutos Sociales de la Cooperativa Farmacéutica Asturiana, S. Coop. consistente en elevar la obligación de compra mínima desde el 35% al 50% de las posibilidades totales de compra de los socios en cada ejercicio.

Segundo.- Intimar a la Cooperativa Farmacéutica Asturiana, S. Coop. para que, en el caso de que hubiera procedido a la aplicación provisional del acuerdo notificado, cese en la exigencia a sus socios de una compra mínima del 50% a partir de la notificación de la presente Resolución.

Tercero.- Intimar a la Cooperativa Farmacéutica Asturiana, S. Coop. para que, en el caso de que hubiera procedido a la aplicación provisional del acuerdo notificado, proceda, en el término de tres meses a partir de la notificación de la presente Resolución, a restablecer la exigencia estatutaria de compra mínima a un nivel que no supere el 35% anteriormente establecido, previniéndole de que si desobedece estas intimaciones incurrirá en las sanciones previstas en el artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Cuarto.- Ordenar a la Cooperativa Farmacéutica Asturiana, S. Coop. que, en el término de un mes a partir de la notificación de la presente Resolución, traslade copia de la misma a todos sus socios.

Quinto.- Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la vigilancia de lo dispuesto en esta Resolución y la inscripción en el Registro de Defensa de la Competencia de la propuesta de acuerdo de modificación estatutaria notificada en los folios 4 y 5 del expediente del Servicio.

Sexto.- La justificación de lo ordenado en esta Resolución se hará ante el Servicio de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a la interesada haciéndole 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 contados desde la notificación de esta Resolución. ■

(Exp. r 417/00, Correos)

■ En Madrid, a 2 de abril de 2001

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 417/00 (2052/99 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio, SDC), de recurso interpuesto por International First Class Courier, S.L. (I.F.C.C.) contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia que archivaba las actuaciones seguidas por su denuncia contra el Ente Público Empresarial Correos y Telégrafos por presuntas conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) consistentes en realizar una campaña de Prensa con falsas imputaciones contra IFCC, dirigirse a servicios postales extranjeros calificando de ilegal la actividad de IFCC y retener la correspondencia depositada por error en los buzones de la red pública por los clientes de IFCC.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 5 de Agosto de 1999 tuvo entrada en la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia escrito de INTERNATIONAL FIRST CLASS COURIER, S.L (IFCC), en el que formulaba denuncia contra el ENTE PUBLICO EMPRESARIAL CORREOS Y TELEGRAFOS (Correos) por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en el desarrollo de una campaña en los medios de comunicación que tacha el servicio prestado por IFCC de ilegal, cuando, la citada empresa cuenta con la autorización de la Secretaría General de Comunicaciones para prestar dicho servicio. Además, el Ente Público retiene en su poder toda la correspondencia que por error es depositada en su red, manteniendo que esas cartas y postales están indebidamente franqueadas.

2. Con fecha 29 de septiembre de 1999, el Servicio acordó llevar a cabo una información reservada como diligencia previa a la incoación, en su caso, del correspondiente expediente, solicitando información a la Secretaría General de Comunicaciones sobre diversos aspectos relacionados con la denuncia. Dicha información fue recibida con fecha 3 de noviembre de 1999 y 14 de enero de 2000.

3. El 28 de enero de 2000 el Servicio dictó Acuerdo archivando las actuaciones consecuencia de la denuncia de IFCC contra Correos.

4. El 18 de febrero de 2000 se recibió en el Tribunal recurso del representante legal de IFCC contra el Acuerdo de archivo del Servicio. El Tribunal solicitó, en cumplimiento del artículo 48.1 LDC, el informe del Servicio sobre el recurso y el expediente correspondiente.

5. El 23 de febrero el Tribunal requirió del representante legal de IFCC poder bastante para recurrir en nombre de su representada. Dicho poder fue aportado el 10 de marzo de 2000.

6. El Tribunal, mediante Providencia de 16 de marzo de 2000, puso de manifiesto el expediente al interesado, concediéndole plazo para la formulación de alegaciones.

7. El Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en su sesión plenaria de 20 de marzo de 2001, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.

8. Es interesado:

— INTERNATIONAL FIRST CLASS COURIER, S.L



**SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Los recursos contra el archivo de las actuaciones realizadas al amparo del artículo 36.2 LDC han de resolverse limitándose a decidir si resulta o no acertado el acuerdo del Servicio de no incoar expediente por resultar suficientes los datos disponibles para poder afirmar que no existen indicios racionales de conductas que vulneren alguna de las prohibiciones incluidas en la LDC.

2. IFCC expuso ante el Servicio, en síntesis, que -teniendo autorización de la Secretaría General de Comunicaciones como operador postal en virtud del artículo 18 de la Ley 24/98 y pudiendo prestar servicio interurbano o transfronterizo de cartas y tarjetas postales (con un precio, al menos, cinco veces el montante de la tarifa pública correspondiente)- instaló contenedores en los que los usuarios pudieran depositar sus tarjetas postales una vez adherida la tarjeta prepago que adquirían en establecimientos hoteleros y comerciales con los que había establecido convenios.

En estas circunstancias, Correos desarrolló una campaña en los medios tachando de ilegal el servicio que presta IFCC, amenazando a los establecimientos colaboradores por su corresponsabilidad y, además, se dirigió a los servicios postales alemán y británico para que no colaborasen con IFCC suspendiéndose, así, la colaboración entre Royal Mail e IFCC, aunque se mantiene con el Correo alemán.

Por otra parte, Correos retiene toda la correspondencia de clientes de IFCC depositada por error en la red pública de buzones.

Como consecuencia de todo ello, IFCC ha perdido el 30% de los establecimientos colaboradores, ha visto disminuir sus ingresos y ha tenido desembolsos importantes para hacer frente en los medios a las acusaciones en su contra, por lo que solicita del SDC que ordene la cesación de estas prácticas y que se sancione a Correos por infracción de la LDC.

3. El Servicio archivó las actuaciones tras la información preliminar que consideró oportuna y con la siguiente valoración:

1.- Respecto a que el Ente Público Empresarial Correos y Telégrafos no distribuya la correspondencia con el anagrama de la empresa denunciante que por error ha sido depositada en su red no constituye ningún acto de competencia desleal toda vez que su actuación está amparada por el art. 1305 del Reglamento de Ejecución del Convenio de la Unión Postal Universal relativo a los envíos sin franqueo o con franqueo insuficiente.

2.- Respecto a la campaña que el Ente Público ha desarrollado en los medios de comunicación tachando de ilegal el servicio prestado por International First Class Courier y que, según dicha empresa, ha generado desconfianza en los establecimientos hoteleros que han rescindido sus contratos de colaboración, tampoco constituye un acto de competencia desleal. Efectivamente la empresa denunciante tiene una autorización administrativa de la Secretaría General de Comunicaciones para la prestación de servicios no incluidos en el servicio postal universal y a juicio del órgano que concedió la autorización, International First Class Courier ha actuado al margen de dicha autorización realizando servicios que no estaban amparados por ningún título habilitante, como lo prueban las sanciones económicas de las que ha sido objeto.

Concluye la valoración del Servicio señalando que, al no existir actos de competencia desleal, no puede haber infracción del artículo 7 LDC.

4. Fundamenta el recurrente su escrito de recurso en las consideraciones siguientes:

IFCC no pretende que Correos y Telégrafos distribuya a destino la correspondencia con su anagrama sino su devolución para distribuirla con sus propios medios, así como el cese de la retención ilegal de correspondencia.

La Secretaría General de Comunicaciones no ha declarado ilegal el servicio de IFCC, sino que ha impuesto sanciones por su

prestación a un precio inferior al establecido en la Ley 24/98 y por la utilización de signos de franqueo susceptibles de inducir a error a los usuarios.

IFCC tiene autorización administrativa general y singular (en aplicación del artículo 13.3 de la Ley Postal (LP)). Pese a ello, Correos y Telégrafos no sólo no acepta negociar las condiciones de acceso a la red pública, según dispone el artículo 23.5 LP, sino que retiene la correspondencia de IFCC depositada en dicha red por error.

Esta retención es ilegítima según el artículo 18.2 de la Constitución. El artículo 1305 del Convenio de la Unión Postal Universal es inaplicable en este caso..

La valoración del SDC es errónea porque las sanciones de la Secretaría General de Comunicaciones, recurridas en contencioso-administrativo, no suponen la revocación de la autorización concedida.

Termina insistiendo en que ha habido infracción del art.7 LDC.

5. El Tribunal, en parte por razones coincidentes con las alegadas por IFCC, no considera satisfactoria la valoración jurídica con la que el Servicio decide archivar el expediente.

Con respecto a la campaña de Prensa, consta en el expediente el documento con que fue iniciada por Correos y en este documento (folios 33-35 expdte. SDC): se tilda de ilegal la actividad, entre otras empresas, de IFCC por la recogida en zonas turísticas de tarjetas postales y venta de sellos o estampillas como signos de franqueo; se afirma la reserva en exclusiva de esta actividad a Correos; se denuncia la percepción de cantidades superiores a las tarifas vigentes junto con la no llegada a destino de las tarjetas; y se señala la amplitud de la campaña que Correos se dispone a emprender (ruedas de prensa, inserciones en 24 revistas, folletos informativos). Esta campaña se traducirá en la Prensa en términos más crudos y expresivos (*el timo de la estampita* (folio 53), *timos en sellos* (folio 56), *fraude postal* (folio 57), etc) que tendrían un carácter denigrante y, por ello, desleal, si las afirmaciones contenidas en el documento de Correos antes citado no se correspondiesen con exactitud a la realidad.

En este aspecto, el examen de la autorización administrativa general, obtenida por IFCC el 30 de julio de 1999 (folios 12-13 expdte. SDC), pone en cuestión la afirmación de que Correos disponga de una reserva absoluta en el servicio transfronterizo de tarjetas postales ya que se indica en dicha autorización que en el caso de servicio interurbano o transfronterizo de cartas y tarjetas postales de hasta 350 gramos de peso, el precio que se ha de exigir a los usuarios deberá ser, al menos, cinco veces superior al montante de la tarifa pública correspondiente.

De esta autorización administrativa se deduce también que la percepción por IFCC de cantidades superiores a las tarifas vigentes no constituía una infracción de la legalidad por parte de IFCC, como parecía deducir la prensa a partir de los datos suministrados por Correos, sino que era precisamente una exigencia de la regulación vigente para que IFCC pudiera actuar.

Por último, el hecho de que las tarjetas postales no llegasen a su destino no parece un hecho atribuible a IFCC, sino, por una parte, al error de sus clientes al depositarlas en los buzones de la red pública en lugar de hacerlo en los habilitados por esta empresa en los establecimientos turísticos y, por otra, a la retención por Correos de dichas tarjetas.

La campaña se realizó antes de que IFCC fuera sancionada por la Secretaría General de Comunicaciones sin que, en opinión del Tribunal, proceda justificar los posibles excesos o inexactitudes de tal campaña por la posterior actuación sancionadora del órgano regulador quien, en todo caso, no retiró la autorización administrativa a la empresa recurrente.

6. La doctrina constante de los Tribunales de la Unión Europea y de este Tribunal (ver, por todas, la Resolución 456/99, Retevisión/Telefónica, de 8 de marzo de 1999), con respecto a la especial responsabilidad que incumbe a las empresas con posición



dominante en el mantenimiento de una competencia efectiva obliga a considerar la necesidad de que se estudie bajo esta perspectiva la conducta de Correos denunciada por IFCC.

Si bien es cierto que las empresas dominantes pueden y deben reaccionar con eficacia a las acciones de sus competidores, pues sólo así se obtendrán los efectos beneficiosos que la competencia produce, la respuesta, para ser legítima, debe ser objetivamente necesaria, proporcionada y exenta de componentes restrictivos ni desleales.

Por ello, junto a los indicios de conducta desleal que se han señalado con respecto a la campaña de Prensa iniciada por Correos, hay que señalar la conveniencia de investigar si la respuesta de Correos fue desproporcionada al retener las tarjetas postales depositadas por error en los buzones de la red pública ya que, aunque Correos, amparada por el artículo 1395 del Reglamento de Ejecución del Convenio de la Unión Postal Universal, no estuviera obligada a hacerlas llegar a su destino, como indica el Servicio en su valoración jurídica, tampoco parece que existiera necesidad objetiva de negarse a devolverlas a la empresa responsable de hacerlo.

Otros hechos denunciados que el Tribunal estima merecedores de investigación son las denunciadas conminaciones de Correos sobre los Servicios Postales de otros países con los que IFCC tenía suscritos convenios de distribución de correspondencia para que cesaran en tal colaboración y las denunciadas amenazas a los establecimientos asociados a IFCC (hoteles, comercios).

Desde esta perspectiva, debe investigarse si la conducta de Correos en respuesta a la actividad de un competidor constituyó un abuso de su posición dominante, infringiendo el artículo 6 LDC al prevalerse de dicha posición mediante actos desleales, desproporcionados y exentos de necesidad objetiva para entorpecer la actividad de un competidor.

En este caso los posibles actos de competencia desleal quedarían, en su caso, subsumidos en el abuso de posición dominante prohibido en el mencionado artículo 6 LDC.

7. Por todo ello, el Tribunal ha considerado procedente estimar el recurso de IFCC y devolver el expediente al Servicio, interesando la incoación del procedimiento que dispone el artículo 36 LDC y la investigación de los extremos que se señalan en los fundamentos cuarto y quinto de la presente Resolución.

VISTOS los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

Primero.- Estimar el recurso interpuesto por International First Class Courier, S.L contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia, de 28 de enero de 2000, por el que se archivan las actuaciones originadas por la denuncia de dicha empresa contra el Ente Público Empresarial Correos y Telégrafos.

Segundo.- Interesar del SDC la incoación de expediente, llevando a cabo los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia, con devolución del expediente, y notifíquese al interesado, haciéndole saber que contra la misma no cabe recurso alguno y que, en su caso, podrá interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra la Resolución definitiva que dicte este Tribunal. ■

(Expte. r 435/00, Propiedad Inmobiliaria Toledo)

■ En Madrid, a 3 de abril de 2001

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr.

Huerta Trolèz, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente r 435/00 (9834 VIG. del Servicio de Defensa de la Competencia), incoado por denuncia formulada por la Asociación de Gestores Inmobiliarios y de Fincas (AGIF) contra el

Consejo General de los Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España y contra los Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Badajoz, Barcelona, Guipúzcoa, Madrid, Murcia, Tarragona y Aragón y Soria

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de enero de 2000, se presentó denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia por el legal representante de la Asociación de Gestores Inmobiliarios y de Fincas (AGIF) contra el Consejo General de los Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España y contra los Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Badajoz, Barcelona, Guipúzcoa, Madrid, Murcia, Tarragona y Aragón y Soria.

La denunciante imputaba al Consejo y a los Colegios denunciados la práctica de conductas contrarias a la libre competencia, tipificadas en el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, por haber realizado campañas de prensa con contenidos falsos o denigratorios para los operadores que no ostentan el título de agente de la propiedad inmobiliaria.

SEGUNDO.- Recibida la denuncia, el Servicio de Defensa de la Competencia acordó su incorporación al expediente nº 9834 VIG, de vigilancia del cumplimiento de la Resolución de 19 de noviembre de 1998, dictada por este Tribunal de Defensa de la Competencia en el Expte. 357/95, en la que se había condenado al Consejo General de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria por una infracción al artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Una vez examinada la denuncia y la documentación que la acompaña, el Director del Servicio de Defensa de la Competencia dictó un Acuerdo motivado, de fecha 18 de abril de 2000, en el que se decreta el archivo parcial de la denuncia, por estimar que las conductas que se imputan al Consejo General de Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria no son constitutivas de infracción tipificada por la Ley de Defensa de la Competencia.

Concretamente, el Acuerdo señalaba que *“en cuanto a la conducta atribuida al Consejo General de los Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España, este Servicio entiende que, con independencia de que pueda ser considerada como un acto desleal, en aplicación de la Ley 3/91, la ausencia de una difusión generalizada por su inclusión en una publicación especializada y sectorial, motiva que las declaraciones motivadas por el citado Consejo no puedan encontrarse incursas en el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, al no darse los otros dos requisitos que la doctrina de ese Tribunal viene considerando necesarios para su aplicación, esto es, el falseamiento sensible de la libre competencia en todo o en parte del territorio nacional y la afectación del interés público*

TERCERO.- Contra dicho Acuerdo la Asociación denunciante interpuso Recurso ante este Tribunal, por medio de escrito presentado el día 3 de mayo de 2000, en el que manifiesta su disconformidad con el archivo parcial decretado, alegando que las conductas denunciadas tuvieron una difusión generalizada y que, por lo tanto, son sancionables conforme al artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Admitido el recurso, el Tribunal dictó Providencia el 30 de mayo siguiente, dando traslado de las actuaciones a los interesados para que formularan alegaciones, lo que hicieron en tiempo y forma tanto la parte recurrente como los denunciados, en apoyo de sus respectivas pretensiones.

CUARTO.- El Pleno del Tribunal deliberó y falló este recurso en su sesión del día 20 de marzo de 2001



**SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA**

QUINTO.- Son interesados:

- La Asociación de Gestores Inmobiliarios y de Fincas (AGIF).
- El Consejo General de los Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La Asociación recurrente impugna el Acuerdo de 18 de abril de 2000, del Director del Servicio de Defensa de la Competencia, por el que se archivó, en cuanto al Consejo General de Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España, la denuncia formulada por aquélla, argumentando, en síntesis, que las prácticas denunciadas han tenido una difusión generalizada, ya que el folleto que contenía las expresiones objeto del expediente fue repartido masivamente en los Salones Inmobiliarios de Madrid y Barcelona de 1999 y que, aun obviando lo anterior, aunque sólo se cuente como receptores del folleto a los alumnos del Centro de Estudios ADAMS, estamos hablando de miles de personas como destinatarios del folleto.

Por su parte, el Consejo General de Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España, en escrito remitido a este Tribunal el 30 de junio de 2000, interesó la desestimación del recurso y alegó la no existencia de conductas desleales en los hechos denunciados, que no contienen afirmaciones incorrectas, engañosas ni denigratorias, así como que las publicaciones en que aquéllos se contienen no han tenido una difusión generalizada, ya que se trata de una publicación especializada y sectorial, realizada para sus alumnos por el Centro de Estudios Adams, en cuya redacción, además, el Consejo General no ha tenido ninguna participación. Concluye alegando que en los hechos denunciados no concurren los requisitos precisos para la aplicación del artículo 7 de la Ley 16/1989, ni en su redacción originaria ni en la introducida por la Ley 52/1999.

SEGUNDO.- Examinando los escritos y alegaciones formuladas por las partes interesadas, así como la documentación que obra en el expediente, ha de llegarse a la conclusión de que el Acuerdo impugnado ha de ser confirmado, al no poder apreciarse que las conductas denunciadas constituyan una infracción de las previstas en el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia.

En efecto, el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia es una norma en blanco, es decir, un precepto incompleto que contiene un reenvío normativo expreso a la ley de Competencia Desleal, de tal manera que en la redacción del artículo 7 vigente al tiempo de tener lugar los hechos denunciados, el tipo de la conducta sancionable queda integrado por los elementos que recoge el propio artículo, es decir, que como consecuencia de la conducta se produzca un falseamiento sensible de la libre competencia en todo o parte del territorio nacional y una afectación del interés público y, además, por la incorporación de los elementos normativos de carácter descriptivo que contienen los artículos 5 a 17 de la Ley de Competencia Desleal.

De esta manera, puesto que para que pueda sancionarse conforme al artículo 7 LDC una conducta determinada es presupuesto indispensable el que la misma se encuentre tipificada en alguno de los preceptos mencionados de la Ley 3/1991, nuestra primera actuación debe ir dirigida a comprobar si las conductas denunciadas, consistentes en el contenido de una carta del presidente del Consejo General de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España y en una declaración del Vicepresidente 2º de dicho Consejo, que se publicaron en la revista de la Academia Adams del mes de abril de 1999, pueden encuadrarse en alguno de los actos de competencia desleal descritos en la Ley 3/1991 citada.

Concretamente, las manifestaciones que recoge el Servicio de Defensa de la Competencia en su informe de 18 de abril de 2000, dictado en cumplimiento de sus funciones de vigilancia de cumplimiento de lo acordado en la Resolución del Expte. 357/95, que

figura unida a este expediente y al que se remite expresamente el Acuerdo recurrido, son la publicación de una carta del Presidente del Consejo General de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España en la que se expresa que el título de Agente de la Propiedad Inmobiliaria “es un título oficial, que habilita para ejercer las funciones que el Estatuto que regula la profesión de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria les reserva como propios” y de una declaración del Vicepresidente 2º del mismo Consejo, que afirma que el título de Agente de la Propiedad Inmobiliaria es la única titulación oficial, afirmaciones éstas que son tachadas por la parte recurrente de engañosas y denigrantes.

A la vista de tales consideraciones, este Tribunal no comparte el criterio de la Asociación recurrente, pues las afirmaciones contenidas en dichos escritos no pueden reputarse incorrectas o falsas, ya que el título de API es ciertamente el único título oficial y el que faculta para ejercer las funciones propias o exclusivas que su propio Estatuto reserve a estos profesionales, lo que no implica una negación del hecho, igualmente cierto, de que cualquier persona, esté o no en posesión de título oficial y se encuentre o no integrada en cualquier Colegio o asociación profesional, puede llevar a cabo actos de intermediación en el tráfico inmobiliario y, por otra parte, no permiten entender que con ellas se pretenda menoscabar el crédito profesional de otras personas, asociadas o no, que actúen o traten de actuar en ese mercado.

No olvidemos, finalmente, que son precisamente los poderes públicos los que, por vía reglamentaria, han regulado la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, estableciendo una titulación de carácter oficial y atribuyendo a la asociación que les agrupa la condición de Colegio profesional, sujeto a la normativa específica de esa clase de Corporaciones, por lo que no puede imputarse a los profesionales amparados en dicha regulación unas consecuencias desfavorables del simple hecho de manifestar su condición, siempre que, como sucede en este caso, dicha manifestación se corresponda con la realidad jurídica e institucional y no se produzca con el objeto o el efecto de denigrar a otros profesionales.

TERCERO.- Al no apreciarse que las conductas descritas se encuentren tipificadas en alguno de los supuestos de los artículos 5 a 17 de la Ley de Competencia Desleal, falta en los hechos denunciados el principal elemento calificador del tipo previsto en el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, por lo que resulta irrelevante entrar a considerar si concurren los demás elementos precisos para la aplicación de éste, incluyendo si aquella conducta ha tenido o no una difusión generalizada, como alega la parte recurrente.

No obstante, hemos de recordar que la propia forma de haberse difundido las declaraciones denunciadas, a través de una revista dirigida a los alumnos de una academia de formación para obtener el título de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, cualquiera que fuera el número de éstos, es un hecho que carece de aptitud para provocar una grave distorsión de la libre competencia, teniendo en cuenta el marco en el que se produjeron, pues los aspirantes a obtener el título de API no constituyen una categoría de sujetos partícipes en la elección de mediadores en el tráfico inmobiliario.

En su virtud, este Tribunal

HA RESUELTO

Desestimar el recurso interpuesto por la Asociación de Gestores Inmobiliarios y de Fincas (AGIF) contra el contra el Acuerdo de archivo parcial de 18 de abril de 2000, del Director del Servicio de Defensa de la Competencia, que confirmamos en todas sus partes.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese al recurrente y al denunciado, 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. ■



**SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA**

(Expte. 487/00, Radio Fórmula)

■ En Madrid, a 18 de abril de 2001.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Castañeda Boniche, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 487/00 (962/93 del Servicio de Defensa de la Competencia, en lo sucesivo, el Servicio) iniciado por denuncia de D. Antonio Herrero Lima y otros profesionales de los medios de comunicación contra el Grupo PRISA, Promotora de Informaciones S.A. (en adelante, PRISA) y las demás empresas de su Grupo por presuntas prácticas prohibidas por el artículo 6 y, subsidiariamente, por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en lo sucesivo, LDC), consistentes en celebrar un pacto entre el Grupo PRISA y el Grupo GODÓ para el control de Antena 3 de Radio S.A. (en adelante, A3R).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 2 de junio de 1993 D. Felipe Arrizubieta Balerdi, en nombre y representación de los profesionales de los medios de comunicación D. Antonio María Herrero Lima, D. Manuel Antonio Martín Ferrand, D. Melchor Miralles Sangro, D. Pedro José Ramírez Codina, D. Luis Angel de la Viuda Pereda, D. Federico Jorge Jiménez Losantos, D. José María García Pérez y D. Luis Francisco Herrero-Tejedor Algar, formuló denuncia contra el Grupo PRISA, Promotora de Informaciones S.A. (PRISA) y las demás empresas de su Grupo por presuntas prácticas prohibidas por el art. 6 -y subsidiariamente, de no constituir grupo las empresas que intervienen- por el art. 1 LDC, consistentes en un pacto entre el Grupo PRISA y el Grupo GODÓ para el control de A3R, con infracción de los arts. 85.1 y 86 del Tratado de Roma y del art. 15 de la Ley de Competencia Desleal (LCD) y 7 LDC.

2. Con fecha de 25 de junio de 1993 el Servicio acordó admitir a trámite la denuncia incoando expediente sancionador contra PRISA y A3R.

3. El 29 de noviembre de 1993 la SER y A3R notificaron voluntariamente la operación de concentración de ambas cadenas mediante la cesión de su gestión conjunta a Unión Radio S.A. por un período de diez años prorrogables. Dicha notificación dio lugar al expediente C 13/93, Unión Radio y al Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de mayo de 1994, por el que no se opuso a la concentración cuya autorización se subordinó al cumplimiento de determinadas condiciones. Dicho Acuerdo fue recurrido ante el Tribunal Supremo que dictó Sentencia el 9 de junio de 2000 de la Sala 3ª, Sección 3ª, anulándolo.

4. Los hechos que se consideraron constitutivos de infracción se recogieron en el Pliego de Concreción de Hechos (folio 464), formalizado el 4 de noviembre de 1994 y que se transcribe a continuación:

“HECHOS ACREDITADOS:

1º.- El 22 de Julio de 1992 el Grupo Godó que controlaba mayoritariamente Antena 3 Radio, S.A. y el Grupo PRISA que controlaba mayoritariamente la Sociedad Española de Radiodifusión, S.A. (SER), llegaron al acuerdo de iniciar un proceso de transformaciones que en el campo de los medios de comunicación habrían de producirse en el inmediato futuro.

Entre otras cosas, ambos grupos acordaron:

a) Establecer un pacto sobre el futuro de la presencia de Inversiones Godó, S.A. en Antena 3 Radio, S.A., tendente al mantenimiento del Grupo Godó en todas las actividades multimedia.

b) La creación de nuevas sociedades de servicios periodísticos para el desarrollo de proyectos de prensa escrita.

c) El establecimiento de un compromiso mutuo mediante el cual el Grupo Godó y el Grupo PRISA tendrían un derecho de participación preferente en las nuevas actividades que en medios de comunicación abordaran ambos Grupos por separado en el futuro.

d) Para el seguimiento de estos acuerdos se crearía un Comité paritario que garantizara el buen fin de los mismos.

En el comunicado de prensa posterior a la firma del acuerdo se señalaba por su parte que:

— El acuerdo no suponía ningún cambio en el accionariado de Antena 3 Radio, S.A., dado que la participación de Inversiones Godó, S.A. permanecía inalterada.

— Ambas partes mantenían el firme compromiso de potenciar la personalidad, la autonomía y el perfil de programación de Antena 3 Radio, S.A., en abierta competencia con el resto de las cadenas radiofónicas.

— Mantenían asimismo la decisión de llevar a cabo una gestión transparente, en defensa de los derechos de los oyentes y de los anunciantes.

2º.- Posteriormente al citado acuerdo y tras una serie de transmisiones de acciones, el Grupo PRISA se convirtió indirectamente en accionista minoritario de Antena 3 Radio, S.A.

3º.- El 23 de Diciembre de 1992 Antena 3 de Radio, S.A. y Gerencia de Medios, S.A. (sociedad controlada mayoritariamente por PROFISA que pertenecía a Promotora de Publicaciones, S.L., que poseía la mayoría de capital de Promotora de Informaciones, S.A. -PRISA-), firmaron un contrato de comisión mercantil por el que se encomendaba el mandato y representación exclusiva, para todo el ámbito nacional, a Gerencia de Medios, S.A., para que esta sociedad, en nombre y por cuenta de Antena 3 Radio, S.A. y conforme a sus instrucciones, gestionara y negociara, en el mercado publicitario, la contratación de patrocinadores, anuncios, spots publicitarios, etc...para sus espacios de programación radiofónica emitidos o transmitidos por sus emisoras pertenecientes a la cadena Antena 3, incluyendo publicidad distribuida.

La sociedad Gerencia de Medios, S.A. ya gestionaba en exclusiva la publicidad de la SER para sus espacios de programación radiofónica emitidos o transmitidos por sus emisoras pertenecientes a:

- Cadena Convencional*
- Cadena 40 principales.*
- Cadena Dial.*
- Cadena Minuto.*
- Publicidad distribuida.*

4º.- El 1 de enero de 1993, Antena 3 Radio, S.A. y Promotora de Televisión y Radio, S.A. (participada mayoritariamente por Antena 3 Radio, S.A.) que explotaban la cadena Radio 80 por un lado, y la SER y Comunicación Radiofónica, S.A. (CORASA) (participada mayoritariamente por la SER) que explotaban Cadena Minuto por otro, suscribieron un convenio de programación, por el que las emisoras de estas cadenas pasaban a integrar la Cadena M-80. CORASA era titular de las marcas y rótulos M-80, M-80 Serie Oro y Cadena M-80, la cadena la controlaba el Comité de Cadena controlado a su vez por la SER y la gestión económica y contable de la cadena M-80 era llevada por CORASA.

La estipulación octava de dicho convenio fijaba las condiciones de contratación de publicidad para las emisiones de la Cadena M-80. La publicidad que se emitiera así como sus tarifas, serían controladas por la dirección de la Cadena, no teniendo las emisoras afiliadas a la Cadena libertad para elegir ni su publicidad ni sus tarifas.”

5. Tramitado el expediente sancionador por el Servicio, con fecha de 11 de octubre de 1996 acordó el sobreseimiento parcial del mismo en lo relativo a la imputación de conductas incursas en los arts. 6 y 7 LDC y en el 86 del Tratado CEE. Dicho Acuerdo



**SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA**

fue recurrido por los denunciantes ante el Tribunal, recurso que fue desestimado mediante Resolución de 29 de julio de 1997 (Expte. R 185/96, Radio Fórmula) y ha sido estimado por la Audiencia Nacional mediante Sentencia de 15 de septiembre de 2000. Esta Sentencia no afecta a la infracción del art. 1 LDC que se dilucida en este expediente.

6. El 11 de diciembre de 1997 la Instructora acordó dar por concluidas las actuaciones, procediendo a redactar el Informe-Propuesta.

7. Con fecha 11 de abril de 2000 se recibió en el Tribunal el Informe-Propuesta. Dado que la Resolución del antes mencionado recurso fue impugnada ante la Audiencia Nacional, a la que se habían remitido tres tomos del expediente del Servicio, se solicitaron nuevas copias al mismo que se recibieron en el Tribunal el 17 de abril de 2000.

8. El día 25 de abril de 2000 el Vocal D. José Juan Franch Menú presentó un escrito por el que solicitaba abstenerse en este expediente al considerar que concurría lo previsto en la letra c), en relación con la b), del artículo 28.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. El Tribunal acordó dicha abstención.

9. Aunque el Tribunal en su citado Informe del expediente de concentración C 13/93 se mostraba, en principio, partidario de la tesis de que los acuerdos del verano de 1992 eran ya concentrativos, el Servicio en su Propuesta insiste en que, en su opinión, supusieron una coordinación de la gestión de la publicidad entre empresas competidoras por lo que, en síntesis, propone que el Tribunal los declare contrarios a los arts. 1.1 LDC y 85 del Tratado CEE, al no haber sido objeto de solicitud de autorización y pese a que sus "posibles efectos se circunscriben a un período muy corto de tiempo".

Concretamente, el Servicio propone lo siguiente:

"Primero.- Que por el Tribunal de Defensa de la Competencia:

a) Se declare que el acuerdo de 22 de Julio de 1992 celebrado entre los Grupos Prisa y Godó en el que se pactaron las condiciones de la presencia de Inversiones Godó, S.A. en Antena 3 Radio, S.A., la creación de nuevas sociedades conjuntas de prensa escrita, el establecimiento de derechos preferentes de un grupo en las nuevas inversiones del otro en medios de comunicación y la creación de un Comité paritario entre ambos grupos, es un acuerdo prohibido por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia y del art. 85 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

b) Se declare que el acuerdo de 23 de Diciembre de 1992 por el que Antena 3 de Radio, S.A. encomienda a Gerencia de Medios, S.A. la gestión en exclusiva de su publicidad en todo el territorio nacional es un acuerdo prohibido por el artículo 1.1. de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia.

c) Se declare que el convenio de programación suscrito el 1 de Enero de 1993 entre Antena 3 de Radio S.A. y Promotora de Televisión S.A. por un lado y la Sociedad Española de Radiodifusión, S.A. y Comunicación Radiofónica, S.A. por otro, por el que las emisoras de estas cadenas pasaban a integrar la Cadena M-80, es un acuerdo prohibido por el artículo 1.1. de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

e) Se declare como responsables de las infracciones precedentes al grupo PRISA, como entidad que controlaba mayoritariamente: Promotora de Informaciones, S.A., Paltrivia, S.A., Antena 3 de Radio, S.A., Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio, S.A., Sociedad Española de Radiodifusión, S.A., Gerencia de Medios, S.A., Promotora de Televisión y Radio, S.A. y Comunicación Radiofónica, S.A., y al Grupo Godó, como entidad que controlaba mayoritariamente: Serec, S.A., Paltrivia, S.A., Inversiones Godó, S.A., Antena 3 de Radio, S.A. y Talleres de Imprenta, S.A.

Segundo.- Que se hagan los demás pronunciamientos a que se refiere el artículo 46 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia.

Tercero.- Que se tenga en cuenta que los acuerdos a que se ha hecho referencia anteriormente, cuyos posibles efectos se circunscriben a un período muy corto de tiempo, culminaron con el acuerdo de concentración que, con determinadas condiciones, fue autorizado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 20 de mayo de 1994, tomando en consideración lo contenido en el Dictamen de ese Tribunal en relación con dicha operación de concentración."

10. El 9 de mayo siguiente el Pleno del Tribunal acuerda la admisión a trámite del expediente, designa Ponente y decide poner de manifiesto el expediente a los interesados para que en el plazo legal puedan formular alegaciones, proponer las pruebas que a su derecho convenga y solicitar la celebración de Vista, lo que comunica al Servicio y se notifica a los interesados.

11. Mediante escrito de 12 de junio de 2000 el representante de los denunciantes solicitó que se levantara la confidencialidad de los documentos así declarados que figuran reseñados en el folio 26 del expediente del Tribunal. Por Providencia de 24 de octubre de 2000 se acordó oír a los interesados -que no se opusieron a la pretensión-, dictándose Auto de levantamiento de confidencialidad, prueba y Vista con fecha 14 de diciembre de 2000.

12. Con fecha 17 de enero de 2001, en cumplimiento de lo acordado en el Auto de 14 de diciembre de 2000, comparecieron en prueba de confesión D. Alfonso Félix López Casas, representante legal del Grupo PRISA, y D. Manuel Augusto Castellón Leal, representante legal de A3R, levantándose las correspondientes actas.

13. Una vez practicadas las pruebas admitidas en el Auto de 14 de diciembre de 2000 y valoradas las mismas, por Providencia de 8 de febrero de 2001, se acordó fijar la celebración de la Vista el 22 de febrero de 2001, a las diez horas.

14. Por Providencia de 14 de febrero de 2001 se acordó denegar el ofrecimiento de acciones a los herederos de D. Antonio M^a Herrero Lima que había sido solicitado mediante escrito de 12 de enero por el representante legal de éste.

15. El día 22 de febrero de 2001, conforme al señalamiento hecho en la Providencia del día 8 de dicho mes y año, se celebró la Vista de este expediente, que quedó grabada en cinta magneto-fónica.

16. El Pleno del Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en sus sesiones de los días 27 de febrero y 6 de marzo de 2001, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.

17. Son interesados:

- D. Manuel Antonio Martín Ferrand.
- D. Melchor Miralles Sangro.
- D. Pedro José Ramírez Codina.
- D. Federico Jorge Jiménez Losantos.
- D. José M^a García Pérez.
- D. Luis Francisco Herrero-Tejedor Algar.
- Grupo PRISA (Promotora de Informaciones S.A., Paltrivia S.A., Antena 3 de Radio S.A., Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio S.A., Sociedad Española de Radiodifusión S.A., Gerencia de Medios S.A., Promotores de Televisión y Radio, S.A. y Comunicación Radiofónica S.A.).
- Grupo GODÓ (Serec S.A., Paltrivia S.A., Inversiones Godó S.A., Antena 3 de Radio S.A. y Talleres de Imprenta S.A.).



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

HECHOS PROBADOS

1. El 22 de julio de 1992 el Grupo GODÓ, que controlaba mayoritariamente A3R, y el Grupo PRISA, que controlaba mayoritariamente la Sociedad Española de Radiodifusión S.A. (SER), llegaron a un acuerdo de colaboración para iniciar un proceso de transformaciones en el campo de los medios de comunicación que habrían de producirse en el inmediato futuro.

Entre otras cosas, ambos Grupos acordaron:

a) Establecer un pacto sobre el futuro de la presencia de Inversiones Godó, S.A. en A3R, tendente al mantenimiento del Grupo GODÓ en todas las actividades multimedia.

b) La creación de nuevas sociedades de servicios periodísticos para el desarrollo de proyectos de prensa escrita.

c) El establecimiento de un compromiso mutuo mediante el cual el Grupo GODÓ y el Grupo PRISA tendrían un derecho de participación preferente en las nuevas actividades que en medios de comunicación abordaran ambos Grupos por separado en el futuro.

d) Para el seguimiento de estos acuerdos se crearía un Comité paritario que garantizara el buen fin de los mismos.

En el comunicado de prensa posterior a la firma del acuerdo se señalaba por su parte que:

— El acuerdo no suponía ningún cambio en el accionariado de Antena 3 Radio S.A., dado que la participación de Inversiones Godó S.A. permanecía inalterada.

— Ambas partes mantenían el firme compromiso de potenciar la personalidad, la autonomía y el perfil de programación de Antena 3 Radio S.A., en abierta competencia con el resto de las cadenas radiofónicas.

— Mantenían asimismo la decisión de llevar a cabo una gestión transparente, en defensa de los derechos de los oyentes y de los anunciantes.

2. Posteriormente al citado acuerdo y tras una serie de transmisiones de acciones, el Grupo PRISA se convirtió indirectamente en accionista minoritario de Antena 3 Radio S.A.

3. El 23 de diciembre de 1992 Antena 3 de Radio S.A. y Gerencia de Medios S.A. (sociedad controlada mayoritariamente por PROFISA que pertenecía a Promotora de Publicaciones S.L., que poseía la mayoría de capital de Promotora de Informaciones S.A. -PRISA-) firmaron un contrato de comisión mercantil por el que se encomendaba el mandato y representación exclusiva, para todo el ámbito nacional, a Gerencia de Medios S.A., para que esta sociedad, en nombre y por cuenta de Antena 3 Radio S.A. y conforme a sus instrucciones, gestionara y negociara, en el mercado publicitario, la contratación de patrocinadores, anuncios, spots publicitarios, etc., para sus espacios de programación radiofónica emitidos o transmitidos por sus emisoras pertenecientes a la cadena Antena 3, incluyendo publicidad distribuida.

La sociedad Gerencia de Medios S.A. ya gestionaba en exclusiva la publicidad de la SER para sus espacios de programación radiofónica emitidos o transmitidos por sus emisoras pertenecientes a:

- Cadena Convencional
- Cadena 40 principales.
- Cadena Dial.
- Cadena Minuto.
- Publicidad distribuida.

4. El 1 de enero de 1993, Antena 3 Radio S.A. y Promotora de Televisión y Radio S.A. (participada mayoritariamente por Antena 3 Radio S.A.) que explotaban la cadena Radio 80, por un lado, y la SER y Comunicación Radiofónica S.A. (CORASA) (participada mayoritariamente por la SER) que explotaban Cadena Minuto, por otro, suscribieron un convenio de programación, por el que las emisoras de estas cadenas pasaban a integrar la Cadena M-80. CORASA era titular de las marcas y rótulos M-80,

M-80 Serie Oro y Cadena M-80; la Cadena la controlaba el Comité de Cadena que era controlado, a su vez, por la SER y la gestión económica y contable de la cadena M-80 era llevada por CORASA.

La estipulación octava de dicho convenio fijaba las condiciones de contratación de publicidad para las emisiones de la Cadena M-80. La publicidad que se emitiera, así como sus tarifas, serían controladas por la dirección de la Cadena, no teniendo las emisoras afiliadas a la Cadena libertad para elegir ni su publicidad ni sus tarifas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Como cuestión previa, corresponde resolver la planteada por los denunciante en su escrito de valoración de prueba en el que solicitaban que, para mejor proveer, el Tribunal acordara realizar la prueba testifical a la que se refiere el Antecedente de Hecho 3.4 del Auto de 14 de diciembre de 2000.

El Tribunal se ratifica ahora en su decisión, expuesta en el mencionado Auto de Prueba, en el que estimaba la improcedencia de la testifical solicitada por resultar innecesaria, dada la informatición contenida en el expediente que se consideraba -y se considerasuficiente para resolver un problema de orden predominantemente jurídico. En efecto, la propuesta del Servicio sobre la cuestión sustantiva que ha de decidir el Tribunal pretende que los Acuerdos de colaboración celebrados entre los Grupos PRISA y GODÓ el 22 de julio de 1992, el 23 de diciembre de dicho año entre A3R y Gerencia de Medios S.A. para la gestión de la publicidad y el 1 de enero de 1993 entre A3R y Promotora de Televisión, por un lado, y la SER y Comunicación Radiofónica S.A., por otro, de un convenio de programación, son todos ellos acuerdos prohibidos por el artículo 1.1 LDC, que sanciona todos los pactos que tengan por objeto o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia. En consecuencia, procede insistir en que la aplicación de dicha norma solamente exige constatar la existencia o no de la celebración de acuerdos anticompetitivos, dada la intención o los efectos de esas conductas -que es lo que las tacharía de antijurídicas- por lo que la prueba pretendida no añadiría nada al examen de la cuestión que ha de dilucidarse -que no es, por tanto, de naturaleza fáctica sino jurídica- debiendo el Tribunal ratificarse ahora en su decisión de rechazarla, especialmente después de haberse celebrado la prueba de confesión propuesta por los denunciante sobre los mismos hechos, que tuvieron lugar hace más de ocho años, y teniendo en cuenta, en último lugar, que el representante legal de los denunciante no hizo ninguna referencia ni solicitó la celebración de la prueba en cuestión durante el acto de la Vista.

2. Como se indica en el Fundamento Jurídico anterior, la cuestión sustantiva que constituye el núcleo de este expediente no es de orden fáctico, consistente en probar si se firmaron los tres acuerdos antes relacionados -de colaboración, de gestión de la publicidad y de programación- cuestión que no se discute, sino un problema predominantemente jurídico que consiste en analizar, a la vista de su naturaleza y del momento en que se acordaron dichos pactos, si éstos tenían carácter concertativo (siendo aplicable, en su caso, el art. 1 LDC) o concentrativo (resultando, entonces, aplicable el art. 14 LDC).

El Servicio considera que los Hechos Probados 1 y 2, que se iniciaron con el Acuerdo de 22 de julio de 1992, no supusieron una toma de control de A3R por parte del Grupo PRISA. Para el Servicio, dicho Acuerdo y los posteriores intercambios de acciones que desembocaron en la toma de una participación minoritaria del Grupo PRISA en A3R no fueron una toma de control independiente, ya que dicho control no se podría llevar a cabo eficazmente sin la colaboración del Grupo GODÓ, accionista mayoritario de A3R a través de Inversiones Godó S.A. Por el contrario, estos hechos supondrían un acuerdo entre dos competidores para actuar conjuntamente en el mercado de la radio comercial, lo cual tendría



**SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA**

el objeto de falsear la competencia y sería, por tanto, encuadrable en el art. 1.1 LDC.

Además, el Servicio considera que los Hechos Acreditados 3 y 4 son manifestaciones de que dicho primer Acuerdo se habría llevado a la práctica y que, por lo tanto, se habría producido el efecto de falsear la competencia en todo o parte de los mercados nacional y locales de la publicidad en la radio, que es como define el mercado de referencia.

Por último, para el Servicio el falseamiento de la competencia en el mercado nacional y local de la publicidad en la radio podría suponer la potencial afectación del comercio intracomunitario, en la medida en que empresas comunitarias estuvieran interesadas en la promoción y publicidad de sus productos a través de los espacios publicitarios disponibles en la radio española. Por ello, procede que, junto con la aplicación de la legislación nacional de defensa de la competencia, se aplique el Tratado CE al haberse podido incurrir con los hechos acreditados en las prohibiciones contenidas en el artículo 85.1 de dicho Tratado.

Por otra parte, el Servicio considera que de estas infracciones, de acuerdo con el art. 8 LDC, son autores el Grupo PRISA, como entidad que controlaba mayoritariamente la SER, y el Grupo GODÓ, como entidad que controlaba mayoritariamente A3R.

El Tribunal en su Dictamen preceptivo a la operación de concentración a la que se refiere el Antecedente de Hecho 3 [Expte. C 13/93, Unión Radio] señalaba lo siguiente (páginas 10 a 12):

“Aunque los notificantes han afirmado que la operación habría de tomar efecto el día 1 de enero de 1994, algunas cadenas de radio competidoras y determinados periodistas radiofónicos han denunciado que la concentración se produjo realmente en el año 1992, cuando el grupo PRISA, que poseía el 96,25% del capital de la SER, adquirió el 48,95% de Inversiones GODÓ y pasó a ser también accionista mayoritario de PALTRIEVA al aumentar su participación en esta sociedad hasta el 51% del capital (recordemos que Inversiones Godó y PALTRIEVA son los principales accionistas de Antena 3 Radio), haciéndose de este modo con el control de ANTENA 3 RADIO.

Varios datos contribuyen a reforzar la idea de que, desde el punto de vista del derecho de la competencia, ya hubo concentración en 1992. En primer lugar, el nombramiento de diversas personas del equipo directivo de la SER como nuevos gestores de Antena 3. Así, D. Juan Sáinz es nombrado Consejero Delegado, D. Francisco Vela es nombrado Director de Programas y D. Ventura García se hace cargo de la Gerencia. En segundo lugar, la publicidad empieza a comercializarse de manera conjunta por Gestora de Medios, S.A., sociedad controlada mayoritariamente por PRO-FISA que a su vez está participada al 100% por PROMOTORA DE PUBLICACIONES, S.L., que posee el 73,08% de PRISA. En tercer lugar, el 18 de enero de 1993, mediante un contrato de cuenta en participación, se produce la unión entre las cadenas de emisoras “Radio 80” (perteneciente a la empresa Promotora de TV y Radio, S.A., del Grupo Antena 3) y “Radio Minuto” (perteneciente a la sociedad CORASA del Grupo PRISA). Además, para evitar la dualidad de emisoras que esta fusión produce, algunas emisoras de la Cadena Radio 80 en determinados ámbitos territoriales se reconvierten y pasan a emitir la programación convencional de la SER. Finalmente, en cuarto lugar, el día 24 de julio de 1992 el Sr. Cebrián en conexión múltiple a través de los circuitos microfónicos se dirige a todos los directores de emisoras de Antena 3 para comunicarles la nueva estrategia empresarial.

Todos estos datos llevan a plantear la cuestión de si nos encontramos frente a una notificación realizada fuera de plazo y sus efectos.

Existe la posibilidad de que la operación ahora notificada se haya producido o al menos iniciado en un momento anterior comprendido entre los meses de julio y diciembre del año 1992. No obstante, dado que estos hechos han motivado la apertura de un expediente sancionador por el Servicio de Defensa de la Competencia, el Tribunal se pronunciará sobre los mismos en el momento procesal oportuno. Sin embargo, cualquiera que sea la posi-

ción que se adopte al respecto, conviene tener en cuenta que en el derecho español de la competencia las notificaciones de los proyectos u operaciones de concentración o toma de control que rebasen los umbrales fijados en el art. 14 de la Ley de Defensa de la Competencia son estrictamente voluntarias (art. 15 de la citada Ley). Esto significa que los operadores económicos que participen en una operación de concentración no están obligados a notificarla al Servicio de Defensa de la Competencia, por lo que pueden decidir libremente si la ponen o no en conocimiento de los órganos encargados de velar por la defensa de la competencia. Es más, si deciden finalmente presentar la notificación, podrán hacerlo previamente al desarrollo de la operación o hasta tres meses después de su realización.”

Por lo tanto, el Tribunal con ocasión de dicho Dictamen dejó planteado que, al dictar la presente Resolución, ése sería el momento procesal oportuno para pronunciarse sobre la cuestión de si los Acuerdos de este expediente eran concentrativos desde el primer momento y si quedaban, por ello, excluidos de su posible calificación de conductas prohibidas o si constituyeron una conducta colusoria que no podía sustraerse a la aplicación del procedimiento sancionador previsto en la LDC.

El artículo 1.1 LDC prohíbe *“todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional...”*

El Tribunal comparte la calificación que realiza el Servicio en su Informe-Propuesta -antes expuesta- excepto en lo que se refiere a la afectación del mercado intracomunitario, al apreciar, a este respecto, que debe admitirse la alegación de los denunciados, de que en modo alguno se produjo dicha afectación de forma sensible o significativa en el mencionado ámbito geográfico, como exige la doctrina del TJCE (caso Delimitis, entre otros). En definitiva, hay que señalar que el propio Servicio, pese a su discrepante calificación de este extremo, venía a coincidir con el Tribunal al concluir afirmando que *“la afectación a las corrientes de intercambios ha sido escasa puesto que la publicidad de radio está directamente relacionada con la lengua de transmisión”*.

Sin embargo, como antes se señalaba, no cabe afirmar lo mismo en lo que se refiere a los mercados de ámbito nacional y local de la publicidad en la radio, según se pasa a analizar seguidamente.

Para decidir si el Tribunal tiene competencia para resolver hay que analizar la naturaleza de los acuerdos imputados y el momento en que se produjeron, como se indicaba al comienzo de este Fundamento Jurídico. Pues bien, el Tribunal considera que los acuerdos en cuestión consistieron en lo siguiente: a) la existencia de una operación compleja, en la que se superponen los elementos concentrativos y concertativos, pero en la que, si bien el proceso concluyó con la puesta en funcionamiento de una empresa común, se inició con el primer acuerdo de actuación conjunta entre los dos principales competidores en el mercado de la radio comercial -que supuso desde la cooperación de elementos tan decisivos como que el equipo directivo de la SER se hiciera en pocas semanas con la gestión al máximo nivel de A3R hasta el cambio de la estrategia empresarial-; b) se reforzó el proceso mediante la entrega de la gestión y el control de la variable estratégica del mismo, que es la publicidad, precisamente de forma exclusiva y a quien era el principal competidor; y c) concluyó con el convenio de programación -en lo que a este expediente se refiere- que se sustentaba en una gestión económica de las dos cadenas ya concertada. Por lo tanto, en opinión del Tribunal, no cabe ninguna duda de que los acuerdos imputados constituyen una conducta colusoria entre empresas competidoras, incurso en la prohibición del artículo 1.1 LDC, al resultar evidente su objeto restrictivo de la competencia y su efecto de coordinar el interés conjunto de empresas anteriormente competidoras, que dicha Ley también prohíbe.

3. Esta calificación que realiza ahora el Tribunal tiene su fundamento no sólo en la LDC, como seguidamente se analizará,



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

sino también en su doctrina expuesta en el Informe al Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 26 de febrero de 1996, sobre la operación de concentración Cablevisión que tenía muchos elementos similares a los existentes en el presente expediente. Dicha doctrina ha sido expuesta, asimismo, en otras Resoluciones del Tribunal y, especialmente, en la de 23 de julio de 1996, que trató los incidentes surgidos en los expedientes r 154/96, r 157/96 y C 21/95, que tuvieron su origen en la denuncia contra Telefónica y Canal Plus -del mismo Grupo PRISA- por la adquisición de la mencionada empresa Cablevisión S.A. En dichas ocasiones el Tribunal concluyó, mayoritariamente, que se trataba también de una operación compleja y que, *“dado que los elementos cooperativos predominaban sobre los elementos concentrativos, la operación notificada debía ser analizada según la normativa relativa a las prácticas prohibidas y no con arreglo a la normativa que regula el control de las concentraciones económicas”*, conclusión que fue compartida por la Comisión de la Comunidad Europea (Fundamento de Derecho 3 de la citada Resolución de 23 de julio de 1996).

La aplicación de esta doctrina resulta trascendental no sólo para la resolución de este expediente, sino también con carácter general porque, de no haber esta interpretación, *“se abriría una vía al fraude de Ley, al permitir que las empresas que realizan prácticas prohibidas pudieran sustraerse a la aplicación de los procedimientos sancionadores previstos en la legislación de defensa de la competencia”* (Fundamento de Derecho 2 de la misma Resolución). En efecto, si las alianzas estratégicas de carácter cooperativo y, por tanto, con riesgo de constituir conductas colusorias, quedaran amparadas por una notificación ulterior de una operación de concentración -notificación que, además, en España cuando sucedieron los hechos tenía un carácter estrictamente voluntario- ello supondría la sustracción a su control y consiguiente injusta impunidad, consecuencia que resultaría de todo punto inadmisibles.

La posición del Tribunal en el presente expediente es compatible con la doctrina expuesta en su Resolución de 14 de julio de 1993 (Expte. A 51/93, Mölnlycke), consistente en que el régimen de los artículos 1 y 6 LDC (prácticas concertativas o abusivas) y el del artículo 14 (concentraciones) no pueda aplicarse simultánea o sucesivamente a un mismo acto. En efecto, cuando no se trata de una misma conducta, sino que se da una secuencia de actos o se trata de que en unos acuerdos complejos existen elementos concertativos y otros concentrativos, como sucede en este expediente, dichos actos se deben enjuiciar separadamente, según la doctrina del citado caso Cablevisión. Solamente, como ha expuesto reiteradamente el Tribunal, entre otras, en dicha Resolución (Fundamento Jurídico 7) y también en la de 18 de mayo de 1999 (Expte. r 331/98, Fresenius), *“en los casos en los que resulta claramente y sin discusión que la conducta a enjuiciar es una operación de concentración, que la misma no contiene ningún tipo de pactos o acuerdos que operen al margen de ella, debe tramitarse por el procedimiento establecido en el Capítulo II del Título Primero de la LDC (De las concentraciones económicas)”*. Por todo ello, esta doctrina no queda invalidada, sino que no es aplicable a este caso que, al presentar conjuntamente aspectos cooperativos y concentrativos, resulta radicalmente diferente, como ya decretara el Tribunal en la Resolución de 23 de julio de 1996.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en su Sentencia de 17 de noviembre de 1987, Philip Morris, puso de manifiesto que la adquisición por una empresa de una participación en el capital de otra empresa competidora constituye un comportamiento restrictivo si es un medio capaz de influir sobre el comportamiento comercial de la empresa en cuestión consiguiendo un control de hecho o de derecho sobre la misma, o si prevé una cooperación comercial entre ambas o crea una estructura apropiada para promover tal cooperación. Aunque dicha Sentencia sea anterior a la aprobación del Reglamento 4064/89, sobre control de concentraciones, la doctrina es plenamente aplicable a este caso, puesto que las denunciadas han sostenido que no se trataba de una concentración económica.

4. Alegan los denunciados que los acuerdos contenidos en la declaración de intenciones suscrita por los Grupos GODÓ y PRISA el 22 de julio de 1992 no pueden ser contemplados prescindiendo de las extraordinarias circunstancias que atravesaba A3R en aquel momento, que quedaron materializadas en la ruptura interna entre su principal capital financiero y su principal capital humano. Estos acuerdos, alegan, responden a una finalidad primordial cual es la de facilitar al Sr. Godó el apoyo necesario para recuperar el control de su compañía y no tienen por objeto falsear la competencia en ningún mercado, con lo que no entrarían en la prohibición del artículo 1 de la LDC.

Como se ha expuesto ya en el Fundamento de Derecho 2, el Tribunal considera que esta alegación ha de rechazarse pues, sin cuestionar las extraordinarias circunstancias que atravesaba A3R en los referidos días de julio de 1992 al aludir a la mencionada ruptura interna, -el Servicio, señala que, en un primer momento, la intención pudo no ser falsear la libre competencia mediante la coordinación de sus políticas comerciales-, no cabe ignorar que dichos acuerdos se celebraron entre los dos principales competidores en el mercado de la radio comercial y supusieron la entrega de la gestión y el control total de la variable estratégica del mismo, que es la publicidad, precisamente a quien era el primer competidor de A3R y de forma exclusiva.

Alegan también los denunciados que el contrato de A3R con Gerencia de Medios S.A. no es una manifestación de los acuerdos de julio de 1992 ni son restrictivos de la competencia, por tratarse de un contrato de comisión mercantil.

El Tribunal tampoco puede admitir esta alegación por haberse contratado, precisamente, de forma exclusiva y no con un pequeño competidor, sino con una empresa que gestiona la publicidad de todo el Grupo, con el que está claramente vinculada A3R y que constituía su principal competidor. Por lo tanto, si bien el art. 1 LDC no es aplicable a los contratos de comisión mercantil, no cabe considerar que no se restringe la competencia cuando el comisionista está vinculado y controlado totalmente por un importante competidor del comitente, como sucede en este caso, lo que puede afectar claramente de forma grave al mercado al sumar la publicidad contratada por las dos primeras empresas de este medio, que suponía el 66% del mercado.

Por último, alegan los denunciados que el Convenio de programación de 1 de enero de 1993, que dio lugar a la creación de la Cadena M-80, no es restrictivo de la competencia ni manifestación de los acuerdos de julio de 1992 porque no tenía este objeto ni tuvo efectos negativos sensibles en el mercado, ya que sólo afectaba al 3% de los oyentes.

El Tribunal considera que la infracción existe dado que, por este Convenio, el Comité de Cadena, controlado por la SER, pasó a gestionar la publicidad emitida y sus tarifas (Hecho Probado 4), por lo que, teniendo en cuenta este objeto, es indiferente, a los efectos de constatar la vulneración del art. 1.1 LDC, qué cuantía hubieran tenido sus resultados. Sin embargo, el hecho de que no figure suficientemente analizada en el expediente la dimensión de la repercusión producida en el mercado para los clientes, los programadores y la audiencia justificaría apreciar una menor gravedad de la infracción.

5. Por otra parte, como se expone en el Antecedente de Hecho 3, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2000 anuló el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de mayo de 1994, de no oponerse a la operación de concentración consistente en la cesión de la gestión de A3R y de la SER a Unión Radio S.A., porque dicho Consejo debió declarar improcedente la operación, ordenando la desconcentración, por provocar una posición equivalente a la participación mayoritaria no deseable, según lo previsto en la disposición adicional sexta de la Ley 31/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones.

Pues bien, el Tribunal considera que la conclusión a la que ha llegado en este expediente administrativo es claramente compatible con lo determinado en dicha Sentencia por el Tribunal Supremo respecto de la operación de concentración con la que culmina-



ron los acuerdos denunciados, dado que éstos consistieron en una conducta colusoria realizada con carácter previo a que se iniciara aquella operación. Igualmente, dicha conclusión del Tribunal, al entender que los acuerdos denunciados no eran preparatorios de la concentración ni que se limitaran a garantizar la permanencia e independencia de A3R, sino que tuvieron el objeto y el efecto de restringir la competencia, resulta plenamente congruente con el Dictamen del Tribunal favorable a la aprobación condicional de la citada concentración.

6. Por todo ello, procede declarar la existencia de una conducta restrictiva de la competencia, prohibida por el artículo 1.1 LDC, consistente en haber adoptado lo siguiente:

a) el acuerdo de 22 de julio de 1992, celebrado entre los Grupos PRISA y GODÓ, en el que se pactaron las condiciones de la presencia de Inversiones Godó S.A. en A3R, la creación de nuevas sociedades conjuntas de prensa escrita, el establecimiento de derechos preferentes de un grupo en las nuevas inversiones del otro en medios de comunicación y la creación de un Comité paritario entre ambos grupos; b) el acuerdo de 23 de diciembre de 1992 por el que A3R encomienda a Gerencia de Medios S.A. la gestión en exclusiva de su publicidad en todo el territorio nacional; c) el convenio de programación, suscrito el 1 de enero de 1993 entre A3R y Promotora de Televisión S.A., por un lado, y la SER y Comunicación Radiofónica S.A., por otro, por el que las emisoras de estas cadenas pasaban a integrar la Cadena M-80.

El Tribunal considera que, según lo dispuesto en el artículo 8 LDC, son responsables de las infracciones precedentes el Grupo PRISA, como entidad que controlaba: Promotora de Informaciones S.A., Paltreiva S.A., A3R, Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio S.A., SER, Gerencia de Medios S.A., Promotora de Televisión y Radio S.A. y Comunicación Radiofónica S.A.; y el Grupo GODÓ, como entidad que controlaba: Serec S.A., Paltreiva S.A., Inversiones Godó S.A., A3R y Talleres de Imprenta S.A.

En cuanto a los efectos de los acuerdos imputados, el Tribunal entiende que no han quedado suficientemente acreditados en su cuantía en el expediente y que, en todo caso, se limitaron a un período corto de tiempo -22 de julio de 1992 a 3 de noviembre de 1993-, que dichos acuerdos culminaron con la operación de concentración Unión Radio que, tras ser notificada al Servicio, fue autorizada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de mayo de 1994, con determinadas condiciones.

Atendiendo a los criterios del artículo 10 LDC y en las descritas circunstancias, el Tribunal estima como lo más adecuado no imponer sanción administrativa a las empresas imputadas.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia

HA RESUELTO

Primero.- Declarar la existencia de una conducta restrictiva de la competencia, prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, consistente en haberse adoptado los siguientes acuerdos:

a) de 22 de julio de 1992, celebrado entre los Grupos PRISA y GODÓ, en el que se pactaron las condiciones de la presencia de Inversiones Godó S.A. en Antena 3 de Radio S.A., la creación de nuevas sociedades conjuntas de prensa escrita, el establecimiento de derechos preferentes de un grupo en las nuevas inversiones del otro en medios de comunicación y la creación de un Comité paritario entre ambos grupos; b) de 23 de diciembre de 1992, por el que Antena 3 de Radio S.A. encomienda a Gerencia de Medios S.A. la gestión en exclusiva de su publicidad en todo el territorio nacional; y c) el convenio de programación, suscrito el 1 de enero de 1993 entre Antena 3 de Radio S.A. y Promotora de Televisión S.A., por un lado, y la Sociedad Española de Radiodifusión S.A. y Comunicación Radiofónica S.A., por otro, por el que las emisoras de estas cadenas pasaban a integrar la Cadena M-80.

Segundo.- Son responsables de la infracción precedente el Grupo PRISA, como entidad que controlaba: Promotora de Informaciones S.A., Paltreiva S.A., Antena 3 de Radio S.A., Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio S.A., Sociedad Española de Radiodifusión S.A., Gerencia de Medios S.A., Promotora de Televisión y Radio S.A. y Comunicación Radiofónica S.A.; y el Grupo GODÓ, como entidad que controlaba: Serec S.A., Paltreiva S.A., Inversiones Godó S.A., Antena 3 de Radio S.A. y Talleres de Imprenta S.A.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber a éstos 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 contar desde el día siguiente al de su notificación.

DILIGENCIA: Para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Providencia del día de hoy, de corrección de errores de la Resolución de 18 de los corrientes, recaída en este expediente 487/00, Radio Fórmula, rectificando aquéllos, de suerte que el apartado 2º de la parte dispositiva de dicha Resolución queda redactado como sigue:

“Segundo.- Son responsables de la infracción precedente el Grupo PRISA, como entidad que controlaba: Promotora de Informaciones S.A., Paltreiva S.A., Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio S.A., Sociedad Española de Radiodifusión S.A., Gerencia de Medios S.A. y Comunicación Radiofónica S.A.; y el Grupo GODÓ, como entidad que controlaba: Serec S.A., Inversiones Godó S.A., Antena 3 de Radio S.A., Talleres de Imprenta S.A. y Promotora de Televisión y Radio S.A.”

Madrid, 27 de abril de 2001.

EL SECRETARIO,

Fdo. Antonio Fernández Fábrega. ■

(Expte. A 281/00, Distribución Selectiva Azzaro)

■ En Madrid, a 23 de abril de 2001

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada arriba y siendo Ponente el Vocal Sr. Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente A 281/00, 2156/00 del Servicio de Defensa de la Competencia (el Servicio, SDC) iniciado como consecuencia de la solicitud de autorización singular, formulada por *Clarins Paris, S.A* al amparo del artículo 4 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), modificada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, para el establecimiento de un Contrato-Tipo de distribución selectiva de los productos de perfumería fabricados por *Parfums Loris Azzaro*.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Mediante Providencia del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de fecha 12 de mayo de 2000 se acordó la admisión a trámite de la solicitud y la incoación de expediente. Del citado Acuerdo se dio traslado al solicitante, según dispone el artículo 36.3 de la LDC (folio 113).

2. El 12 de mayo de 2000 la Instructora dispuso que se formalizase una nota extracto a los efectos del trámite de información pública a que se refiere el artículo 38.3 de la LDC y artículo 5 del Real Decreto 157/1992 (folio 109). Previa autorización del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, el aviso se publicó en el B.O.E. nº 121, de 20 de mayo de 2.000 (folio 120), sin que como consecuencia de ese



**SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA**

trámite se produjeren comparencias o alegaciones por parte de terceros.

3. Con fecha 16 de mayo de 2000 el Servicio solicitó al Instituto Nacional del Consumo el informe del Consejo de Consumidores y Usuarios previsto en el artículo 38.4 de la Ley 16/1989 y artículo 5 del Real Decreto 157/1992 (folio 111).

4. El 8 de junio de 2000 tuvo entrada en el Tribunal el expediente junto con el informe del Servicio. Por Providencia de 9 de junio de 2000 el Tribunal admitió a trámite el expediente.

5. El 4 de agosto de 2000, el Servicio remitió al Tribunal el informe del Consejo de Consumidores y Usuarios.

6. El Pleno del Tribunal, en su sesión del 18 de abril de 2001, deliberó y falló sobre este expediente, encargando la redacción de la Resolución al Vocal Ponente.

7. Es interesada *Clarins Paris, S.A*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. *Clarins Paris, S.A.* solicita autorización singular para un contrato-tipo de distribución selectiva de productos de perfumería fabricados por la sociedad *Parfums Loris Azzaro*.

Es doctrina del Tribunal (ver, por todas, la Resolución de 14 de octubre de 1997 (Perfumería)) que un sistema de distribución selectiva no infringe el artículo 1 LDC y, por lo tanto, no precisa de autorización del Tribunal si el fabricante se limita, en la selección de vendedores de sus productos, a utilizar criterios simplemente cualitativos, proporcionados a la eficiencia que se pretende conseguir y no discriminatorios.

En el presente expediente los criterios con los que se selecciona a los distribuidores de perfumes *Azzaro* se enumeran en las Condiciones Generales de Venta (folios 45-51) y satisfacen la condición expresada en el párrafo anterior. Sin embargo, en el Contrato de Distribuidor Autorizado (folios 37-44) se imponen condiciones cuantitativas que pueden restringir la competencia *intramarca* por lo que resulta obligado examinar si cumplen lo que exige el artículo 3.1 LDC para que este sistema de distribución selectiva pueda ser autorizado.

Las cláusulas restrictivas son:

Cláusula III.4: Tener permanentemente un surtido de productos equivalente a dos terceras partes de las referencias de cada una de las líneas de productos *Azzaro* y, al menos, un producto de cada una de tales referencias. (folio 39).

Cláusula III.7: Importe mínimo de compras anual. (folio 41)

En relación con condiciones similares, el Tribunal, en la Resolución antes citada, señalaba, con respecto al importe mínimo anual, que permite *concentrar la distribución en los puntos de venta más competitivos, con lo que se consigue racionalizar los*

costes de distribución y los apoyos a los detallistas autorizados. Así, éstos contribuirán activamente a revalorizar la marca mediante un mayor servicio al consumidor, por lo que contribuye a aumentar la eficiencia en la distribución.

Por lo que respecta al mantenimiento de un stock mínimo por punto de ventas, se indicaba en la misma Resolución que permite *que los consumidores siempre puedan encontrar en cada uno de ellos una amplia gama de los productos comercializados con lo que se facilita su compra.*

2. Junto a las restricciones *intramarca* resulta necesario estudiar las características del mercado en donde compiten los perfumes *Azzaro* y, en particular, la competencia *intermarca*.

El mercado de perfumes de alto precio se caracteriza por una oferta dispersa en la que participan numerosas empresas generalmente integradas en grandes multinacionales. Todas ellas realizan una distribución selectiva de sus productos exigiendo que sus distribuidores contribuyan a mantener la imagen y el prestigio de sus marcas. En contrapartida a estas exigencias *intramarca*, la competencia *intermarca* es muy intensa, con fuertes inversiones publicitarias, sin que la publicidad parezca constituir una barrera a la entrada de nuevos competidores.

Por otra parte, la presencia de los productos *Azzaro* en el mercado nacional no llega al 1%.

3. Por todo ello, el Tribunal considera que resulta procedente autorizar el contrato-tipo solicitado por *Clarins Paris S.A.* en los términos previstos por el artículo 4 LDC.

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

HA RESUELTO

Primero.- Conceder la autorización singular solicitada por *Clarins Paris, S.A* para el Contrato-Tipo de distribución selectiva para los productos de perfumería fabricados por *Parfums Loris Azzaro*, cuyo texto figura en el expediente del Servicio en los folios 37 a 58, ambos inclusive.

La autorización se concede por un período de cinco años a contar desde la fecha de esta Resolución y queda sujeta a las condiciones que establece el artículo 4 de la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia.

Segundo.- Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la vigilancia de lo dispuesto en esta Resolución y la inscripción en el Registro de Defensa de la Competencia del Contrato-Tipo de distribución selectiva que se autoriza.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a la interesada haciéndole 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 contados desde la notificación de esta Resolución. ■



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

AVISO PUBLICO

SUB. GRAL. COMERCIO EXTERIOR DE PRODUCTOS AGROALIMENTARIOS

SOLICITUD DE DEVOLUCION DE FIANZAS

PLAZOS PARA PRESENTACION DE PRUEBAS

Aplicación a los Certificados concedidos desde el día 1 de julio de 1995,
salvo que exista reglamento específico que lo modifique

<i>Plátanos</i>	TREINTA DIAS siguientes a la expiración del período de validez del Certificado.	Rgto. CE n.º 2362/98
<i>Mandioca</i>	SESENTA DIAS siguientes a la expiración del período de validez del Certificado.	Rgto. CE n.º 2245/90 Art. 7
<i>Productos agrícolas:</i> Materias grasas, plantas vivas, productos floricultura, leche y productos lácteos, carne vacuno, semillas, frutas y hortalizas, carne porcino, huevos, carne de ave, arroz, azúcar, sector vitivinícola, cereales, etc.	DOS MESES siguientes a la expiración del período de validez del Certificado.	Rgto. CE n.º 1199/95

— En todos los productos el *PLAZO MAXIMO* para solicitar la resolución de los expedientes es de *VEINTICUATRO MESES* desde el día siguiente a la expiración del Certificado. Transcurrido este plazo no se efectuará la devolución del importe de la Fianza, aun en el caso de que se presente la correspondiente prueba de realización de las operaciones.

MINISTERIO DE ECONOMIA

Secretaría General de Comercio Exterior

SUB. GRAL. COMEX. PRODUCTOS

AGROALIMENTARIOS. SERVICIO DE FIANZAS

*Solicitudes de devolución de fianzas constituidas
(Importación y Exportación)*

La Orden de 26 de febrero de 1986 («BOE, 7 de marzo»), modificada por la Orden de 27 de julio de 1995, establece que la devolución de las fianzas se realizará por la Secretaría General de Comercio Exterior a solicitud del interesado.

Las solicitudes de devolución de las fianzas constituidas ante los Servicios Centrales, deberán dirigirse a la Secretaría General de Comercio Exterior (Servicio de Fianzas, Paseo de la Castellana, 162, planta cuarta, 28071 Madrid).

Las solicitudes de devolución de las fianzas, constituidas ante las Direcciones Regionales y Territoriales de Comercio y CATICES, deberán presentarse en la misma Dirección o CATICE que concedió los correspondientes certificados.

El no solicitar, los interesados, la resolución de los expedientes de devolución de las fianzas con la aportación de las pruebas, en los plazos establecidos en la legislación nacional y comunitaria en vigor, para los diversos productos agrícolas, dará lugar al oportuno Acuerdo Declarativo de Incumplimiento.

Con el fin de agilizar la resolución de los expedientes de devolución de las fianzas constituidas a disposición de la Secretaría General de Comercio Exterior, es recomendable se adjunte a las solicitudes la fotocopia del correspondiente «Resguardo de depósito o Garantía en Efectivo», o «Resguardo de Garantía Otorgada mediante Aval o Seguro de Caucción».

SERVICIO DE FIANZAS

Acuerdo declarativo de incumplimiento
(Fianza constituida en las operaciones
de Importación y Exportación)

Ingreso de las liquidaciones

Las cantidades a ingresar en el Tesoro Público-Recursos Eventuales, como consecuencia de los expedientes de Acuerdo Declarativo de Incumplimiento de *Resguardos de Garantías Otorgadas por Terceros*, pueden hacerse efectivas por la EMPRESA TITULAR DE LOS CERTIFICADOS.

— En MADRID:

MINISTERIO DE ECONOMIA
DIREC. GRAL. DEL TESORO Y POLITICA FINANCIERA
Paseo del Prado, 4
28071 MADRID

— En PROVINCIAS:

INTERVENCION DE HACIENDA de la localidad en que resida la Entidad Delegada que constituyó la *Garantía Otorgada por Terceros (Aval o Certificado de Seguro de Caucción)*.

Realizado el ingreso y expedida la CARTA DE PAGO, esta CARTA DE PAGO *original* deberá remitirse a:

MINISTERIO DE ECONOMIA
SERVICIO DE FIANZAS
P.º Castellana, 162, Pl. 4.ª
28071 MADRID

MINISTERIO DE ECONOMIA

Secretaría General de Comercio Exterior

SUB. GRAL. COMERCIO EXTERIOR DE PRODUCTOS AGROALIMENTARIOS

SERVICIO DE FIANZAS

Paseo de la Castellana, 162, cuarta planta, 28071 Madrid

Teléfonos: (91) 349 38 67 y 349 39 13