

RESOLUCIÓN (Expte. 576/04, MULTIPRENSA)

Pleno

Excmos. Sres.:

- D. Gonzalo Solana González, Presidente
- D. Antonio Del Cacho Frago, Vicepresidente
- D. Antonio Castañeda Boniche, Vocal
- D. Julio Pascual y Vicente, Vocal
- D. Miguel Comenge Puig, Vocal
- D. Javier Huerta Trolèz, Vocal
- D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Vocal
- D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
- D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal

En Madrid, a 16 de febrero 2005.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la expresada composición y siendo Ponente el Vocal D. Miguel Cuerdo Mir, ha dictado la presente Resolución en el expediente nº 576/04 Multiprensa (nº 2439/02 del Servicio de Defensa de la Competencia; en lo sucesivo, el Servicio, SDC) por el que Multiprensa y Más, S.L.(en adelante, Multiprensa) denuncia a la Oficina de Justificación de la Difusión (en adelante, OJD) y a la Asociación para la Investigación de Medios de Comunicación (en adelante, AIMC) por prácticas prohibidas por el artículo 6 LDC.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Mediante escrito de 26 de diciembre de 2002, D^a María Isabel Campillo García, en nombre y representación de Multiprensa, interpuso denuncia contra OJD y AIMC por prácticas prohibidas por el artículo 6 LDC.
2. El 4 de febrero de 2003, el Servicio de Defensa de la Competencia requirió información a la Asociación Española de Anunciantes, a la AIMC, a la OJD y a Metro News, S.L. Asimismo, el 27 de febrero el Servicio de Defensa de la Competencia, requirió de nuevo la información solicitada anteriormente a la OJD.
3. Con fecha 7 de abril de 2003, el Servicio de Defensa de la Competencia acordó la admisión a trámite de la denuncia y la

incoación de expediente sancionador contra AIMC y la OJD por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la LDC.

4. El 28 de mayo de 2003, la OJD presentó alegaciones a la providencia de incoación de expediente al no dar por ciertas las afirmaciones de Multiprensa. Más concretamente, según OJD, de acuerdo con el Reglamento de Trabajo que rige su funcionamiento en los artículos 12.3.5 y 14.2.3, Multiprensa incurrió en dos infracciones relacionadas con la prohibición de publicidad de cifras de tirada no verificadas sin indicar que estaban pendientes de control y, consecuencia de ello, se le impuso una supresión temporal forzosa en la certificación de datos de tirada y distribución durante dos años.
5. Por otra parte, Multiprensa hace responsable a AIMC de una práctica restrictiva al quedar discriminada en la medición y presentación de los datos diarios del Estudio General de Medios (EGM).
6. Con fecha 6 de octubre de 2003, el Servicio de Defensa de la Competencia formaliza el Pliego de Concreción de Hechos que se consideran constitutivos de infracción y en cuya conclusión el Servicio estima que:
 1. OJD adoptó decisiones para dificultar la permanencia de Multiprensa en el mercado a través de la imposición de trabas a la captación de recursos procedentes de los anuncios publicitarios.
 2. AIMC es responsable de una práctica restrictiva en la discriminación en contra de Multiprensa en la medición y presentación de los datos de los diarios en el EGM que AIMC edita.
7. El Pliego fue certificado a todos los interesados el 9 de octubre de 2003.
8. El 29 de octubre de 2003 tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia las alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos presentados por Multiprensa.
9. El 12 de noviembre de 2003 tuvieron entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia las alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos presentadas por OJD.

10. El Servicio declaró confidencial parte de la documentación y la remite como pieza separada en "*Tomo I. Confidencial Original*".
11. Mediante escrito de fecha de entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia de 6 de noviembre de 2003, la AIMC aportó diversas pruebas documentales y solicitó la práctica de otras.
12. El Servicio procede a redactar informe-propuesta con fecha 11 de diciembre de 2003, cuyo texto tiene entrada en el TDC con fecha 24 de marzo de 2004. En el mismo propone al Tribunal que:
 - a. *Se declare que las decisiones adoptadas en el seno de la OJD y de la AIMC en relación con la suspensión de la emisión de la Acreditación de Tirada y Distribución de los diarios 20 Minutos editados por Multiprensa y con la medición y presentación de sus datos de audiencia en el EGM, respectivamente, constituyen acuerdos restrictivos de la competencia que infringen el artículo 1.1. de la LDC. Se considera responsables a la OJD y a la AIMC.*
 - b. *Se intime a las entidades imputadas para que se abstengan en lo sucesivo de realizar prácticas semejantes.*
 - c. *Se ordene a las imputadas que difundan el texto de la resolución que se adopte, en su caso, con el fin de evitar situaciones semejantes y paliar los efectos de las prácticas declaradas prohibidas".*
13. Con fecha 24 de marzo de 2004 se recibe en el Tribunal el expediente nº 2439/02 del Servicio contra la OJD y AIMC.
14. Con fecha 31 de marzo de 2004, el Tribunal mediante providencia admite a trámite el expediente con el nº 576/04, *Multiprensa y Más, S.L.* y lo pone de manifiesto a los interesados para que presenten proposición de prueba y solicitud de vista, si fuera el caso.
15. Con fecha 27 de abril de 2004, se recibe escrito de AIMC solicitando una ampliación de plazo para la presentación de propuesta de pruebas y solicitud de vista.
16. Con fecha 27 de abril de 2004, OJD presenta escrito de proposición de prueba.

17. Con fecha 27 de abril de 2004, se recibe en el Tribunal escrito de Multiprensa solicitando prórroga para proposición de prueba.
18. Con fecha 23 de abril de 2004, mediante providencia, el Tribunal concede las prórrogas solicitadas.
19. Con fecha 10 de mayo, se recibe en el Tribunal escrito de proposición de prueba de Multiprensa.
20. Con fecha 11 de mayo de 2004, se recibe en el Tribunal escrito de proposición de prueba de AIMC.
21. En el trámite de proposición de prueba han comparecido:

21.1. La empresa denunciada, **Oficina de Justificación de la Difusión, S.A.** (OJD) que propone las siguientes pruebas:

21.1.1. **Interrogatorio** de la entidad denunciante para precisar “la definición del mercado en el que operan las empresas interesadas en le presente expediente”.

21.1.2. **Testifical** de D. Eusebio Serrano Rioja en su calidad de Director General de OJD y de D. Ramón Poch i Torres como antiguo Director Técnico de OJD. Ambos “tienen un amplio conocimiento del procedimiento técnico de control de los medios de prensa (gratuito y de pago) y del funcionamiento interno de OJD”.

21.1.3. **Documental**. Consistente en que “se tenga por reproducidos cuantos documentos de carácter público o privado forma parte del expediente administrativo, manteniéndose en pieza separada aquellos documentos aportados por esta parte que el Servicio de Defensa de la Competencia hubiere declarado como confidenciales”.

21.1.4. OJD no considera necesaria la celebración de la vista.

21.2. La empresa denunciada, **Asociación para la Investigación de Medios de Comunicación** (AIMC) que propone la práctica de las siguientes pruebas:

21.2.1. **Interrogatorio** a D. José Antonio Martínez Soler en su calidad de Director General de Multiprensa y Más, S.L.

21.2.2 Documental. “Se tenga por reproducida toda la documental aportada por esta parte y obrante en el expediente”.

21.2.3 Documental Privada:

a) Con el objeto de aclarar el hecho acreditado nº 2 del Servicio, Oficio a la Asociación Española de Anunciantes para que certifique:

- tarifas de los espacios publicitarios
- el uso que del EGM hacen los anunciantes locales que aportan texto y maquetación de los anuncios
- la variable determinante para el uso de unos medios u otros para anunciarse.

b) Segunda parte, las empresas que utilizan EGM, no prestan atención “al Ranking de Medios” por lo que se pide Oficio a la Asociación de Agencias de Medios (AM) para que certifique:

- nombre de las empresas asociadas
- facturación de las mismas en contratación de espacios y tiempos en los medios.
- uso de Ranking de Medios Impresos.
- uso del EGM, con tratamiento de TOM MICRO de ODEC, GALILEO, etc.
- Incidencia de la publicación separada en el Ranking de Medios Impresos incluido en el EGM de los diarios de pago y los diarios gratuitos.
- Determinación o no del público objeto en la planificación de anuncios.

c) Oficio a Media Planning, S.A., para que certifique:

- si utiliza el Ranking de Medios Impresos para la planificación de sus campañas, así como los datos del EGM con tratamientos de programas como el TOM MICRO, etc.
- el impacto de aparición separada en el Ranking de Medios Impresos entre unos diarios y otros.
- importancia del público objetivo al que se pretende contactar.

d) CARAT España (Oficio) para que certifique los mismos extremos que Media Planning, S.A.

e) Oficio a Zenith Media, S.A., para que certifique lo mismo que Media Planning, S.A.

f) Para saber si el método de medición de audiencia “es el más aplicado en todo el mundo”. Oficio a Asociación Española de Estudios de Mercado y de Opinión (AEDEMO) para que certifique:

- procedimientos de audiencias de medios escritos diarios.
- metodología al respecto del EGM.
- Duplicaciones de títulos en los resultados.
- Interpretación de la ratio lectores/día
- Importancia de la nota metodológica sobre el número de días que aparecen los diarios.

g) Oficio a IPSOS- ECO CONSULTING, S.A. para que certifique los mismos extremos que AEDEMO.

h) Oficio a la empresa INFOADDEX para que certifique la inversión publicitaria de los años 2000 a 2003 por medios y para “20 Minutos” y “Metro”, con el fin de ver que no hay ningún impacto para separar los periódicos gratuitos de los de pago en el Ranking de Medios Impresos.

21.2.4. **Testifical.** De D^a Rosa Margarit de Procter & Gamble España, S.A. y de D. José Lorenzo Ruiz de Starcom Media Strategia para que aporte sus conocimientos como experto en el mercado de los anuncios y de las agencias de medios.

21.2.5. AIMC no solicita vista.

21.3. La empresa denunciante, **Multiprensa y Más, S.L.** (Multiprensa), que propone las siguientes pruebas:

21.3.1. Para poner de manifiesto la **posición de dominio**, pide la **Documental Privada:**

- Noticia del diario “El País” de 11 de abril de 2004, en la que el diario reconoce a OJD como *“única fuente de certificación de la difusión en España aceptada por los medios de comunicación, anunciantes y agencias de publicidad”*.

- Anuncio del diario “Mini-Diario” en la Revista “El Publicista”, nº 102 de abril de 2004, en el que se reconoce a la OJD como “*único organismo reconocido para la media de la distribución gratuita*”.

21.3.2. Para poner de manifiesto la persistencia de la **práctica restrictiva**, pide la siguiente **Documental Privada**:

- Boletín de AIMC de abril de 2003 marzo de 2004 en el que aparecen en el Ranking separados los diarios de pago y los diarios gratuitos.
- Información de OJD en su web relativa a la tirada y difusión de diarios gratuitos en la que no figura “20 Minutos”.
- Carta del Presidente de OJD a Multiprensa en la que se comunica que tiene que pasar por una evaluación similar en lo previsto para las nuevas publicaciones.
- Carta del Director General de OJD a Multiprensa, comunicándole que no puede utilizar el logotipo de OJD.

21.3.3. **Documental Privada** que justifica la negativa de acreditación a Multiprensa en 2003.

- Modificaciones en el “Reglamento de Trabajo para el control de publicaciones” de OJD en marzo de 2003, que entraron en vigor el 1 de mayo.
Con esas modificaciones se distingue entre distribución gratuita identificable y distribución gratuita no identificable que comprende la distribución gratuita de los diarios como “20 Minutos” y “Metro”. En el art. 1 reformado del citado Reglamento, se dice que “OJD solo procederá a controlar la tirada y difusión de las publicaciones adscritas, así como la tirada y distribución gratuita de las publicaciones incluidas en la categoría de “distribución gratuita identificable”, “deben guardar entre sí un grado de similitud mínimo en cuanto al tipo de publicación y distribución”.
- Carta de fecha 14.11.03 del Presidente de OJD a Multiprensa.
- Recurso a la modificación del Reglamento.
- Nuevo Reglamento de Trabajo.
- Información que publica OJD en su página web sobre “Mini Diario”.

21.3.4. **Documental Privada** que se pide por los perjuicios económicos derivados de las decisiones de la OJD y AIMC:

- Cuadros de evolución y hechos relevantes de “Madrid y Más”-“20 Minutos” y “Barcelona y Más”-“20 Minutos”.
- Estudio sobre Análisis de la inversión publicitaria del sector público realizado por la empresa “Medio Hot Line” el 16.10.2002.

22. El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, mediante auto, deliberó y falló en su sesión del día 30 de junio de 2004 sobre la proposición de pruebas y la solicitud de vista.
23. Con fecha 14 de julio de 2004, Tribunal remite oficio a la Asociación Española de Anunciantes, a la Asociación de Agencias de Medios, a Media Planning, SA, a Carat España, SA, a Zenith Media, SA, para que remitan información sobre tarifas publicitarias, el uso del EGM y opinión sobre las variables determinantes para el uso de unos medios u otros para anunciarse. En fechas posteriores el Tribunal recibe contestación de todos los oficios enviados.
24. Con fecha 17 de septiembre de 2004, el Tribunal mediante providencia pone de manifiesto a los interesados el expediente para valoración de prueba
25. Con fecha 1 de octubre de 2004 se recibe en el Tribunal escrito de AIMC por el que solicita una ampliación de cinco días en el plazo de valoración de prueba.
26. Con fecha 4 de octubre de 2004, mediante providencia, el Tribunal concede la prórroga solicitada.
27. Con fecha 4 de octubre de 2004, se recibe en el Tribunal escrito de valoración de prueba de Multiprensa.
28. Con fecha 4 de octubre de 2004, se recibe en el Tribunal escrito de valoración de prueba de OJD.
29. Con fecha 8 de octubre de 2004, se recibe en el Tribunal escrito de valoración de prueba de AIMC.
30. Con fecha 13 de octubre de 2004, el Tribunal, mediante providencia, pone de manifiesto el expediente a los interesados para que formulen conclusiones.

31. Con fecha 22 de octubre de 2004, se recibe en el Tribunal escrito de Información y Control de Publicaciones, S.A., (al que se adjunta copia de escritura de modificación de la denominación social de OJC por la de Información y Control de Publicaciones, S.A.) solicitando una prórroga de ocho días hábiles en el plazo de formulación de conclusiones.
32. Con fecha 25 de octubre de 2004, mediante providencia, el Tribunal concede la prórroga solicitada.
33. Con fecha 16 de noviembre de 2004, se recibe en el Tribunal escrito de conclusiones de Multiprensa.
34. Con fecha 16 de noviembre de 2004, se recibe en el Tribunal escrito de conclusiones de OJD.
35. Con fecha 17 de noviembre de 2004, se recibe en el Tribunal escrito de conclusiones de AIMC.
36. El Pleno del Tribunal deliberó y falló el presente expediente en su sesión del día 26 de enero de 2005.
37. Son interesados:
 - Multiprensa y Más, S.L.
 - Oficina de Justificación de la Difusión.
 - Asociación para la Investigación de Medios de Comunicación.

El Tribunal considera probados los siguientes hechos:

HECHOS PROBADOS

1. 20 Minutos y m@s de Madrid y de Barcelona son dos diarios gratuitos de información general, editados por Multiprensa que se distribuyen de lunes a viernes.
2. Según ha hecho constar el SDC, existen otros periódicos gratuitos (Metro Directo en Madrid, Metro Directe en Barcelona)
3. La Oficina de Justificación de la Difusión (OJD), según consta en el Informe del SDC, "es una sociedad anónima (folio 750) cuyos accionistas se integran en uno de los cuatro colectivos siguientes:

editores de diarios, agencias de publicidad, editores de revistas y anunciantes (folios 691 y 705 a 707). Cabe diferenciar la condición de socio de la de miembro, que es toda entidad que edita publicaciones voluntariamente adscritas a los mecanismos de control de la OJD.” Multiprensa está adscrita a la OJD pero no es accionista. El objeto social de la OJD es el control de tirada y difusión de las publicaciones, la elaboración de estudios de tirada, difusión, audiencia y mercado, la edición, impresión y encuadernación de revistas y publicaciones y el asesoramiento de empresas (folio 750 del Informe del SDC). La OJD dispone de un Reglamento de Trabajo para el Control de Publicaciones que define como se desarrolla todo el proceso de control, así como los efectos sancionadores que tiene el incumplimiento del mismo.

4. En la sociedad anónima OJD, el “colectivo” de accionistas denominado “medios de comunicación” ha ido ganando peso en el Consejo de Administración de la empresa. Así hasta 1973 representaban un tercio, hasta 2001 estaban representados por 10 miembros en un Consejo de 24 y a partir de 2001 pasan a estar representados por 12 miembros de un total de 28 miembros del Consejo. No obstante, siguen siendo minoría frente los anunciantes y agencias de publicidad y comerciantes.
5. Los mecanismos de transmisibilidad de las acciones de la OJD determinan un claro interés por mantener cierta presencia y ciertas proporciones de su realidad accionarial.
6. Los días 4 de julio y 7,8,9,10,13,14,16,17,20,21,22,23 y 24 de agosto de 2001 (folios 1075 a 1088 del expediente del SDC) el diario 20 minutos de Barcelona incluyó en su portada la cifra de tirada de esos números, haciendo constar que había solicitado control a la OJD (no se escribió expresamente que esa cifra estaba “pendiente de control”) y que se trataba de una distribución gratuita. Sin embargo, no aportaba los últimos datos verificados por la OJD, ni tampoco informaba de que esas cifras aún no habían sido auditadas por ellas.
7. El día 10 de septiembre de 2001, 20 Minutos de Madrid indicó que la tirada de ese número había alcanzado 258.000 ejemplares y que es una publicación de distribución gratuita, controlada por la OJD. Incluía también el logotipo de esa entidad. Tampoco en este ejemplar aportaba los últimos datos verificados por la OJD, ni informaba de que esas cifras aún no habían sido auditadas por ella. Por estas prácticas, Multimedia fue apercibida por el Director de la OJD y si bien posteriormente en el periódico de Madrid introdujo la expresión “pendiente de control” y puso la última tirada auditada, en el caso del periódico de Barcelona solamente hizo constar junto con la cifra de

tirada que había solicitado control a la OJD, es decir, sin especificar “pendiente de control” y tampoco publicó los últimos datos verificados por la OJD.

8. El 11 de octubre de 2001 Multiprensa publicó un artículo en el diario 20 minutos de Barcelona que decía “20 minutos de Barcelona y m@s será en los próximos días, con 200.000 ejemplares diarios, el líder de difusión en el ámbito metropolitano, muy por encima de los principales diarios de pago que tienen mayor presencia en esa área. La otra publicación del grupo, 20 minutos Madrid y m@s, que suma ya 300.000 ejemplares al día y duplica la tirada del diario de pago de mayor difusión en la capital, también se ha de convertir en el líder de divulgación en su territorio. El medio millón de ejemplares que suman entre las dos ediciones convierten a 20 minutos en la publicación de mayor tirada de todo el estado español”. Consecuencia de ello, la OJD le comunicó a Multiprensa la apertura de un expediente “con el objeto de determinar si había incurrido en una de las infracciones previstas por el artículo 14.2 del Reglamento de Trabajo”, basándose en que habían utilizado de forma incorrecta el término difusión, habían comparado cifras entre publicaciones de pago y publicaciones gratuitas, prohibido por el Reglamento y por no ser cierta la afirmación de que la suma de las ediciones de 20 minutos de Madrid y de Barcelona supongan la publicación de mayor tirada de España.
9. El día 28 de febrero de 2002 Multiprensa solicitó a la OJD la realización de la auditoría necesaria para obtener la Acreditación de Tirada y Distribución Gratuita correspondiente al año 2001 (folios 13 y 1015 del expediente del SDC).
10. De acuerdo con el expediente del SDC (folios 1805 y 1806), la solicitud anterior se produce después de que los principales diarios de pago de Madrid y de Barcelona, tanto de información general como deportiva y económica, lo hubieran solicitado.
11. El Comité Ejecutivo de la OJD decide por unanimidad el 20 de marzo de 2002, en aplicación del artículo 10.3.3 del Reglamento de Trabajo y a solicitud de la Comisión Técnica, a la que se había solicitado informe por parte del presidente de OJD, autorizar el intercambio de las declaraciones de los diarios de distribución gratuita y de pago que cubran el mismo mercado. El 22 de marzo de 2002, la OJD procede a enviar a diversos periódicos de pago la Declaración de Multiprensa y con esa misma fecha la OJD le comunica a Multiprensa que si desea recibir las declaraciones de los diarios de pago tiene un plazo de ocho

días para solicitarlo. Posteriormente, Multiprensa recibió “las tablas de El País, El Mundo, ABC y La Razón”.

12. El 21 de marzo el Consejo de Administración de la OJD solicitó un informe al Director de la OJD relativo a los procedimientos de control de los diarios de distribución gratuita. Dicho informe fue presentado al Comité Ejecutivo el 24 de abril de 2002. Este informe también se envió a aquellos diarios que lo habían pedido, si bien no consta en el expediente quiénes eran esos diarios. Entre el 9 de mayo y el 27 de mayo de 2002 el director de la OJD recibe “cartas idénticas –salvo el membrete y el tipo de letra” de diferentes diarios de pago por las que, al amparo del artículo 13.2 de su Reglamento de Trabajo, se impugnaban los procedimientos que estaba utilizando la OJD para el control de tirada de los diarios gratuitos 20 Minutos de Madrid y de Barcelona, además de los diarios gratuitos Metro Directo de Madrid y de Barcelona. La razón fundamental aducida era que no se podía “garantizar suficientemente la veracidad de los datos”.
13. Hasta el 11 de junio no se inicia el procedimiento de verificación de los diarios de Multiprensa por parte de la OJD. En la verificación el equipo de control (según folio 1808 del expediente del SDC) “concluyó que en varios ejemplares publicados en el año 2001 había constatado diferencias entre la tirada facturada por la imprenta y la verificada por él”. Por ello, el Presidente de la OJD cita a Multiprensa el 17 de julio de 2002 para que comparezca ante el Comité Ejecutivo de la OJD en respuesta al expediente abierto y a los resultados de la verificación relativa a los datos de tirada y distribución. En esa reunión el Comité Ejecutivo de la OJD, con mayoría de editores de diarios, editores de revistas y asociación de editores, decide por mayoría sancionar a Multiprensa con una suspensión temporal forzosa de dos años contados a partir de enero de 2001 en aplicación del artículo 14.11 de su Reglamento de Trabajo. El 12 de septiembre de 2002 el Consejo de Administración de la OJD ratificó el acuerdo del Comité Ejecutivo, a pesar de que una parte del Consejo solicitó el aplazamiento del debate, pero la votación también se produjo en este órgano con presencia mayoritaria de los editores y asociaciones de medios de comunicación.
14. La AIMC es una asociación formada por agencias de publicidad, medios de comunicación social o de publicidad, anunciantes y cualesquiera otras entidades relacionadas con el mundo de la comunicación. Multiprensa es socio de AIMC desde el verano de 2000 pero no participa en sus órganos de gobierno. La AIMC se creó con el fin de investigar, medir y controlar la audiencia de los diferentes medios de comunicación. Entre sus productos destaca el Estudio General de

Medios (EGM) que mide el consumo de medios a escala nacional y se realiza sobre la base de entrevistas y que posteriormente es utilizado por anunciantes, agencias de publicidad y medios de comunicación. El EGM solamente se distribuye a los miembros de la AIMC.

15. El 12 de septiembre de 2002, la Junta Directiva de la AIMC decidió que en la presentación del “editing” del EGM, a partir de la tercera oleada de encuestas de 2002, la audiencia de los diarios gratuitos quedara reflejada de forma separada a la de los otros diarios y ello a petición de un miembro de la propia Junta Directiva justificada por el hecho de que los diarios gratuitos no se publican todos los días de la semana. A este respecto consta que con fecha 26 de septiembre de 2002, en contestación a la oposición mostrada por Multiprensa respecto a lo que consideraba un cambio metodológico, AIMC explicó que no se trataba de ningún cambio metodológico sino solamente separar las audiencias de unos de otros en el “editing” sin cambiar los datos y “en el mismo lugar que los demás diarios” (folio 496 del expediente del SDC).
16. Cuando se produce la tercera oleada del EGM de 2002, AIMC explica que la cifra de diarios gratuitos es baja porque hay muchas duplicaciones entre los diarios de Multiprensa y los de Metro News y, además, se hacía en promedio de los días de publicación en las entrevistas -siete- y los días de aparición de estos diarios -cinco- , justificado en que otra cosa produciría una quiebra metodológica en el sistema de empleado.
17. El día 11 de diciembre de 2002 los diarios de pago publicaron las cifras del EGM solamente para diarios de pago.
18. Para utilizar el EGM se debe pertenecer a la AIMC, es decir, el EGM se hace para información y como herramienta de sus miembros. Por lo tanto, aquellos anunciantes pequeños o grandes y aquellas agencias de publicidad que no pertenezcan a esta institución no tienen acceso al mismo.
19. En la AIMC no está integrado ningún anunciante local. Los anunciantes asociados son grandes empresas. Por lo tanto, los anunciantes pequeños o medianos no pueden hacer uso del EGM de forma directa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El asunto que se somete a resolución por parte de este Tribunal es si, de acuerdo con la propuesta del SDC, debe declarar que “las

decisiones adoptadas en el seno de la OJD y de la AIMC en relación con la suspensión de la emisión de la Acreditación de Tirada y Distribución de los diarios 20 Minutos editados por Multiprensa y con la medición y presentación de sus datos de audiencia en el EGM, respectivamente, constituyen acuerdos restrictivos de la competencia que infringen el artículo 1.1 de la LDC”.

SEGUNDO. Este Tribunal considera que se debe tratar de forma separada el análisis de las conductas imputadas a OJD del de aquéllas imputadas a AIMC.

TERCERO. Las conductas imputadas a OJD que se consideran susceptibles de falsear o restringir la competencia son: el retraso en la verificación de la declaración de Multiprensa y, sobre todo, la suspensión de la emisión de la Acreditación de la tirada y distribución del diario 20 Minutos durante dos años. Estas conductas son fruto de diversas decisiones adoptadas por los órganos de gobierno de OJD (su Director, el Comité Ejecutivo y el Consejo de Administración).

El Tribunal considera que las decisiones del Comité Ejecutivo, ratificadas posteriormente por el Consejo de Administración, podrían considerarse acuerdos entre agentes económicos que disfrutaran de independencia y autonomía real entre sí a los efectos de la aplicación del artículo 1 LDC. No obstante, en principio no se puede imputar por el art. 1 LDC a una sola sociedad mercantil, en cuanto ésta tiene personalidad propia independiente de la de sus propios asociados; sin embargo, si cabría ésta posibilidad si la forma societaria fuera aprovechada por los competidores de un mismo mercado como instrumento para la concertación anticompetitiva. Pero esta última posibilidad no puede apreciarse en este caso concreto, porque en OJD existe una composición tanto accionarial como de sus órganos de administración en la que concurren operadores con intereses contrapuestos como son los editores de periódicos de pago y los anunciantes o las agencias de publicidad. Por lo tanto, el Tribunal no considera que, desde la perspectiva del art. 1 LDC, se dé el necesario requisito de pluralidad de partes en la adopción del acuerdo correspondiente.

Desde esa misma perspectiva, el Tribunal debe señalar que el SDC no ha imputado a los accionistas de OJD que formaron parte del Comité Ejecutivo que adoptó las decisiones denunciadas ni del Consejo de Administración que las ratificó, sino que lo ha hecho respecto a OJD. Por lo que, en consonancia con la argumentación del párrafo anterior, no puede declarar que OJD ha infringido el art. 1.1 LDC.

CUARTO. En otro orden de cosas, el Tribunal entiende que las prácticas de OJD denunciadas en este expediente podrían observarse desde la

perspectiva inicial del propio denunciante -reiteradas por el mismo en su escrito de conclusiones-, es decir, como conductas abusivas a partir de una supuesta posición de dominio de esta empresa. Esta reflexión es relevante para la resolución del expediente, entre otras cosas, porque en el Informe Propuesta del SDC (folio 1832) se dice que “los mismos hechos no pueden subsumirse en dos artículos distintos de la LDC y el Servicio estima que tienen un encaje mejor como acuerdos prohibidos que como abuso de posición de dominio en el mercado relevante correspondiente. Corresponderá al Tribunal valorar cuál es el artículo de la LDC en el que las actuaciones de ambos imputados, sobre las cuales el denunciante no tiene objeción alguna, tienen mejor encaje”.

Asimismo, en el folio ya citado del Informe del SDC se señala también que “no comparte la definición del mercado relevante que propone Multiprensa y estima que el ámbito a partir del cual debe definirse es el de la compraventa de espacios publicitarios -el SDC, en pie de página, cita aquí la Resolución del Tribunal de 30 de junio de 1998, Expediente 289/98-, sin entrar en matizaciones sobre su amplitud, como el tipo de medios que deben incluirse (radio, televisión, publicaciones, etc.), la periodicidad de las publicaciones (diarias, semanales, ...), el ámbito geográfico del mercado, etc.”. Por tanto, cabe extraer como consecuencia que el SDC ha llegado a la conclusión de que la posición de OJD en ese mercado concreto no es la de dominio y, por ello, finalmente no ha atendido a la imputación de estas conductas por el artículo 6 LDC. Consecuentemente, la instrucción se ha alejado de la imputación inicial del denunciante y, actuando de oficio, el SDC ha considerado que, a partir de los hechos imputados, el interés general encarnado en este caso en la defensa de la competencia queda vulnerado en el artículo 1 LDC y no en el artículo 6, porque no se puede acreditar una posición de dominio de OJD en el mercado de los espacios publicitarios.

QUINTO. No obstante, este Tribunal considera que aunque el mercado de compraventa de espacios publicitarios sea un ámbito de interés para la definición de mercado relevante en este expediente, hay que tener en cuenta que OJD es un servicio de acreditación de medios de comunicación escrita dedicado a la medida, la certificación o la autenticación de la importancia o del impacto que un determinado medio de comunicación escrita tiene en un universo de potenciales consumidores de ese medio de comunicación.

La medida de ese impacto dependerá de las variables elegidas para ello y, como no puede ser de otra manera, de las diferentes metodologías de evaluación del mismo. Es decir, el servicio de acreditación al que nos referimos puede estar sujeto a diferentes metodologías y sistemas de acreditación y, por ello, se desprenderá una oferta diferenciada de acreditación de los medios de comunicación escrita, a la que cada

demandante accederá en función de lo que considera más relevante para sus propios intereses. Obviamente, los demandantes de estos servicios podrán ser los propios medios de comunicación, pero también otros agentes interesados en conocer lo más exactamente posible cuál es el peso que un medio de comunicación escrita concreto tiene para ese universo de potenciales consumidores de medios.

Por lo tanto, con independencia de esas características específicas -incluido el precio del servicio-, hay que entender que todo aquel que compra este servicio quiere conocer el “crédito” que cada medio de comunicación escrita consigue y, para ello, encontrará en el mercado que cada oferente utiliza un determinado sistema o metodología que mide su importancia o su impacto y que, sin voluntad de ser exhaustivos, puede estar basado en sistemas de muestreo o de medición del universo estudiado, puede tomar como variable el dato de producción de ejemplares o el número de ejemplares distribuidos o el impacto que tiene en función del tipo de consumidor, etc. Lógicamente, la diversidad de oferentes vendrá dada no solamente por aquellos que produzcan el servicio de acreditación de la misma manera, sino por el conjunto de oferentes que acrediten a medios de comunicación escrita con diferentes variables utilizadas o diferentes formas de aproximación metodológica. En definitiva, es esta acreditación del medio de comunicación escrita lo que da carta de naturaleza a este mercado y no las variables o la metodología de medición.

SEXTO. Por otra parte, el Tribunal también considera que, aunque el denunciado ha recurrido a los servicios concretos ofertados por OJD, que concretamente produce un servicio de acreditación de medios de comunicación escrita a partir de datos de tirada y distribución, no es un hecho probado que sea la única empresa que puede producir este tipo de servicios. A mayor abundamiento, el Tribunal no puede considerar que el hecho de que un 97% de la prensa escrita solicite acreditación a OJD pueda constituir *per se* una prueba de cuota de mercado. Mucho menos de posición de dominio. Porque no se trata de saber cuál es la cuota de demanda que compra el servicio a una determinado agente oferente, sino la cuota de ese oferente en relación con el conjunto de transacciones que se han producido en el mercado de ese servicio.

Por último, no ha quedado en absoluto probado que los servicios de verificación y auditoria técnica de tirada, distribución, o formas más sofisticadas de análisis y estudios de mercados para medios de comunicación, no estén suficientemente desarrollados en España como para que un posible demandante no pueda encontrar una oferta alternativa. De la misma forma no se puede olvidar, especialmente en los casos de verificación de tirada de publicaciones escritas, la existencia de fedatarios públicos en

España capaces de producir este tipo de servicios en condiciones de mercado.

SÉPTIMO. En cuanto a la práctica imputada a AIMC, el Tribunal entiende que no está demostrado su potencial falseador o de restricción de la competencia. El Informe Propuesta del SDC no ha acreditado suficientemente que la presentación separada de los datos de tirada de periódicos gratuitos y de pago pueda obstaculizar las posibilidades de Multiprensa de captar anunciantes.

Más allá de que puedan encontrarse casos en los que el tratamiento dado por AIMC a otros medios de prensa haya sido distinto en alguna parte del EGM y, por tanto, se pueda llegar a la conclusión de que la acción relativa a Multiprensa es discriminatoria, no queda demostrado el potencial falseador o de restricción de la competencia de dicha conducta.

En primer lugar, es sintomático de esta falta de potencial falseador de la competencia el hecho de que los miembros de la AIMC sean mayoritariamente agencias de publicidad y grandes anunciantes que no son competidores de Multiprensa, sino, más bien al contrario, son beneficiarios de una información veraz sobre los datos de difusión de los distintos medios de prensa para, de esta forma, poder planificar estrategias de publicidad con mayores garantías. El Tribunal no vislumbra los incentivos de dichos agentes económicos para distorsionar la competencia en el mercado de la acreditación de tirada, distribución, difusión o de audiencia de los medios de prensa.

OCTAVO. En segundo lugar, las pruebas llevadas a cabo a lo largo del expediente, tanto en la fase de instrucción del SDC como ante este Tribunal, permiten concluir que la presentación de los datos de audiencia de los medios de prensa gratuitos y de pago en el EGM no constituye un elemento importante para competir en el mercado de captación de anunciantes. No se puede perder de vista quiénes forman parte de AIMC, en la medida en que son ellos quienes hacen uso del EGM. Cobra especial relevancia el hecho de que solamente algunos de los grandes anunciantes sean socios de AIMC, por lo que es determinante el uso que del EGM hacen las agencias de publicidad y las agencias de medios presentes en la AIMC. Según las consultadas por este Tribunal, no se utiliza de forma directa el EGM, sino que es generalizado el uso de *software* de tratamiento de los datos proporcionados por el propio EGM. Además, la aparición separada en el Ranking de Medios impresos de unos diarios y otros carece de todo valor para ellas, puesto que el “*editing*” del EGM, que es el resumen en papel del estudio y donde aparecen de forma separada los diarios gratuitos de los de pago, se utiliza de forma cada vez más marginal. Por otra parte, la planificación de la inversión en publicidad

obliga a utilizar aquellos ranking que son relevantes para el *target* (público objetivo) de planificación. Es el dato de audiencia para el *target* y su relación con el coste de inserción lo que constituye la base fundamental del plan de medios.

En el mismo sentido opinó la Asociación de Agencias de Medios, que representa a agencias que aglutinan una parte muy importante de la inversión anual en publicidad. Esta Asociación atribuye al *editing* del EGM el carácter de una lectura “meramente divulgativa de información genérica, carente de uso práctico en el proceso de planificación de medios que comúnmente realizan las empresas asociadas para cualquier anunciante o marca”. Además, señaló a este Tribunal que “la totalidad de empresas asociadas utilizan los software como TOM MICRO o GALILEO para el proceso de planificación de campañas publicitaria”, lo que supone un tratamiento más o menos complejo de la información sobre audiencias recibida, a la vez que elimina el valor que pudiera tener la presentación de los medios en el *editing* del EGM de esta o aquella forma. Junto con ello, también es opinión de esta Asociación que el *target* o público objetivo es el “factor determinante en cada acción/recomendación, haciendo variar de manera taxativa el resultado de un inicial ranking de audiencias genérico”. En definitiva, esta Asociación concluye que “la publicación separada en el Ranking de Audiencia de Medios Impresos incluido en el EGM de los diarios de pago y los diarios gratuitos, carezca de incidencia alguna sobre las planificaciones y recomendaciones de nuestros asociados realizan a sus clientes”. Por todo ello, el Tribunal considera que las conductas imputadas a AIMC no tienen el potencial falseador de la competencia requerido por el artículo 1.1 LDC y, por esas mismas razones, nunca serían objeto de infracción por el artículo 6 LDC.

Por todo ello, vistos los preceptos legales citados y los de general aplicación, el Tribunal por mayoría y con los votos particulares discrepantes de los Sres. Vocales D. Antonio Castañeda y D. Miguel Comenge

HA RESUELTO:

Único. Declarar que las decisiones adoptadas en el seno de la OJD y de la AIMC en relación con la suspensión de la emisión de la Acreditación de Tirada y Distribución de los diarios 20 Minutos editados por Multiprensa y con la medición y presentación de sus datos de audiencia en el EGM, respectivamente, no constituyen acuerdos restrictivos de la competencia.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso 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.

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS VOCALES SEÑORES
CASTAÑEDA BONICHE Y COMENGE PUIG A LA RESOLUCIÓN DEL
EXPEDIENTE 576/04, MULTIPRENSA.**

Lamentamos discrepar de la mayoría del Tribunal por considerar que los hechos que son objeto de este expediente, descritos con precisión en el informe del Servicio y excesivamente resumidos en la Resolución de la que disentimos, constituyen un conjunto de conductas anticompetitivas llevadas a cabo por empresas de medios de comunicación para entorpecer la entrada de nuevos competidores en el mercado de la Prensa escrita diaria. En nuestra opinión, estas conductas están prohibidas, tanto por el artículo 1 como por el 6 de la LDC.

En casos como éste, en los que las conductas infringen simultáneamente los dos artículos citados, ha sido doctrina constante de este Tribunal la procedencia de valorar los elementos colusivos y los abusivos para, según predominen unos u otros, perseguir la conducta exclusivamente por uno de dichos artículos 1 ó 6.

Se comprende así que el Servicio haya preferido presentar cargos por el artículo 1, pese a que el denunciante solicitaba una instrucción fundada en la infracción del artículo 6 LDC.

La Resolución de la que discrepamos fundamenta la no aplicabilidad del artículo 1 LDC a las conductas imputadas en la siguiente apreciación contenida en el tercer Fundamento de Derecho:

“El Tribunal considera que las decisiones del Comité Ejecutivo ratificadas posteriormente por el Consejo de Administración, podrían considerarse acuerdos entre agentes económicos que disfrutaban de independencia y autonomía real entre sí a los efectos de la aplicación del artículo 1 LDC. No obstante, en principio no se puede imputar por el art. 1 LDC a una sola sociedad mercantil, en cuanto ésta tiene personalidad propia independiente de la de sus propios asociados; sin embargo, sí cabría ésta posibilidad si la forma societaria fuera aprovechada por los competidores de un mismo mercado como instrumento para la concertación anticompetitiva. Pero esta última posibilidad no puede apreciarse en este caso concreto, porque en OJD existe una composición tanto accionarial como de sus órganos de administración en la que concurren operadores con intereses contrapuestos como son los editores de periódicos de pago y los anunciantes o las agencias

de publicidad. Por lo tanto, el Tribunal no considera que, desde la perspectiva del art. 1 LDC, se dé el necesario requisito de pluralidad de partes en la adopción del acuerdo correspondiente.

Desde esa misma perspectiva, el Tribunal debe señalar que el SDC no ha imputado a los accionistas de OJD que formaron parte del Comité Ejecutivo que adoptó las decisiones denunciadas ni del Consejo de Administración que las ratificó, sino que lo ha hecho respecto a OJD. Por lo que, en consonancia con la argumentación del párrafo anterior, no puede declarar que OJD ha infringido el art. 1.1 LDC.”

Sin embargo, resulta claro que, tanto en el Pliego de Concreción de Hechos de Infracción (folio 1826), como en la calificación final (folio 1841), el Servicio se refiere a decisiones del Comité Ejecutivo y del Consejo de Administración de la OJD.

Creemos que, con la anterior fundamentación, el Tribunal se separa tanto de su propia doctrina, reiterada en muy numerosas Resoluciones, como del propio artículo 1 LDC, que no sólo considera prohibidos los acuerdos restrictivos de la competencia sino también, entre otras conductas, las decisiones colectivas, sin que en éstas sea necesario el elemento de multilateralidad, puesto que su carácter colectivo implica ya dicha condición, ni la imputación individual de todos y cada uno de los miembros del colectivo infractor que puede sustituirse por la imputación de los órganos que representan a dicho colectivo, careciendo también de toda trascendencia el que sus miembros tengan o no “intereses contrapuestos”, como equivocadamente pretende la Resolución de la mayoría. Si se trata de cambiar la consolidada doctrina del Tribunal, se debería, al menos, intentar razonarlo.

Consideramos que, mediante tan débil fundamentación, la mayoría del Tribunal ha pasado por alto las acciones anticompetitivas de los editores de Prensa establecidos contra los nuevos competidores que se financian de la publicidad, renunciando al ingreso que supone el pago de un precio por el lector y confiando en una amplia difusión que atraiga la inversión publicitaria. Estas acciones, que se describen con detalle en los folios 1799-1826 del expediente, tienen un carácter claramente colusorio y presentan episodios tan significativos de la conducta imputada como el envío de cartas al Director de la OJD con textos idénticos por empresas independientes que, en la Resolución del Tribunal, se describen como *diferentes diarios de pago*, mientras que en el informe del Servicio se señala que tales diarios son *El Mundo, El País, El Periódico y La Vanguardia*. Creemos que la especificación de los periódicos que uniformizan el texto de su impugnación del control de tirada por la OJD de los diarios gratuitos resulta relevante para hacer ver

cómo la importancia e influencia de estos medios, que rivalizan en el mercado de prensa diaria, se convierte en uniformidad y acuerdo a la hora de dificultar la entrada de nuevos competidores que ofrecen un producto a precio cero, característica muy atractiva para un amplio segmento del mercado, y con un importante contenido de publicidad que los periódicos de pago temen perder.

Asimismo, entendemos que las decisiones del Comité Ejecutivo y del Consejo de Administración de la OJD, con el voto en contra de los representantes de las empresas de publicidad y anunciantes que consideraban la sanción excesiva, suponen una discriminación flagrante al imponer una sanción de dos años de suspensión temporal forzosa a Multiprensa por infracciones reglamentarias que, cometidas por otras empresas del sector, nunca habían merecido sanción más grave que la simple amonestación. Estas decisiones colectivas, claramente restrictivas de la competencia, infringen el artículo 1 de la LDC y así entendemos que debería haberlo declarado la Resolución de la que discrepamos.

La Resolución se extiende también en sus Fundamentos de Derecho cuarto, quinto y sexto en la inaplicabilidad del artículo 6 LDC a las conductas objeto de este expediente, sosteniendo que si el Servicio no instruyó el caso de acuerdo con el artículo 6 es porque consideraba que la OJD carecía de posición dominante y estableciendo que el hecho de que el 97% de la prensa escrita solicite acreditación de la OJD no es prueba de cuota de mercado ni de posición de dominio y que existen ofertas alternativas, entre otras, las de los fedatarios públicos.

Discrepamos también de estas afirmaciones de la mayoría por entender que en el mercado de acreditación de tirada y difusión de Prensa la OJD es prácticamente la única empresa oferente y que su posición de dominio se deduce tanto del hecho de que controla la tirada del 97% de la prensa diaria y el 93% de las revistas de gran difusión, como de su carácter inexpugnable al formar parte de su accionariado los editores de prensa, las agencias de publicidad y los anunciantes más importantes. Si un nuevo competidor en el mercado de la Prensa escrita quiere acreditar su tirada para atraer publicidad, sólo la acreditación de la OJD puede resultar convincente.

Por otra parte, si el Tribunal hubiera estimado que las conductas denunciadas eran susceptibles de calificación distinta a la apreciada por el Servicio, siempre hubiese podido cambiarla de acuerdo con el artículo 43.1 LDC.

Por último, creemos que no resulta procedente declarar, como hace la Resolución en su parte dispositiva, que las conductas imputadas *no constituyen acuerdos restrictivos de la competencia*, primero, porque es obvio que el Servicio no imputaba *acuerdos* sino *decisiones colectivas* y, en

segundo lugar, porque lo único que ha fundamentado la Resolución, de la forma que creemos inapropiada antes analizada, es la no aplicabilidad del artículo1. Por ello, procedía, en todo caso, declarar que no se habían acreditado las infracciones imputadas.

Madrid, 17 de febrero de 2005