

Id. Cendoj: 28079230062006100383
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 16/06/2006
Nº de Recurso: 134/2004
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a dieciseis de junio de dos mil seis.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo

Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 134/2006, se tramita, a

instancia de FEDERACION ESPAÑOLA DE BEBIDAS ESPIRITUOSAS (FEBE), representada por

el Procurador D. Pedro Rodríguez Rodríguez, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 20 de enero de 2004 (expte.: A338/03), sobre autorización singular, y en el

que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del

Estado, siendo la cuantía del mismo indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal indicada, contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 23 de marzo de 2004, y la Sala, por providencia de fecha 28 de abril de 2004, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

La Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda,

oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en autos, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 6 de junio de 2006.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José M^a del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 20 de enero de 2004, que denegó la autorización singular solicitada por la Federación Española de Bebidas Espirituosas, hoy parte actora en este recurso.

Son antecedentes fácticos a tener en cuenta en la presente sentencia:

1) El 3 de junio de 2003 la Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE) presentó escrito ante el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), mediante el que comunicó el Acuerdo aprobado en su Asamblea General Extraordinaria, de fecha 12 de marzo de 2003, de sometimiento de los asociados a un mecanismo de autorregulación publicitaria de consultas previas a proyectos de anuncios, y solicitó del SDC que tras la oportuna tramitación elevara un Informe al Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) haciendo constar que dicho Acuerdo no constituye una restricción de la competencia contraria a la prohibición del artículo 4 de la Ley 16/1989, de 17 de julio (LDC), y subsidiariamente, para el caso de que no se entienda así, que el Acuerdo reúne los requisitos exigidos por el artículo 3 LDC, proponiendo que se conceda autorización singular conforme al artículo 4 LDC.

2) El 4 de junio de 2003 acordó el Director General de Defensa de la Competencia la incoación del oportuno expediente, en el que se abrió un período de información pública, tras la publicación de aviso en el BOE de 17/06/2003, sin que se hubieran producido comparecencias o alegaciones de terceros en el expediente. Igualmente, solicitó el Director General citado, en fecha 06/06/2003, Informe del Consejo de Consumidores y Usuarios, que no fue remitido.

3) El 7 de julio de 2003 el Director General de Defensa de la Competencia remitió el expediente instruido al TDC, con su Informe en el que indicaba lo siguiente:

En consecuencia, el Servicio de Defensa de la Competencia estima que la presente solicitud de autorización singular, formulada por la FEDERACION ESPAÑOLA DE BEBIDAS ESPIRITUOSAS - FEBE- para un Acuerdo de sometimiento a un mecanismo de autorregulación publicitaria de consultas previas relativas a proyectos de anuncios, podría ser considerada como una cooperación lícita desde el punto de vista de la libre competencia, al amparo del artículo 3-1 de la ley 16/1989, por un plazo no superior a cinco años para su aplicación.

4) El TDC, tras oír a FEBE sobre los extremos a que se refiere su auto de 18 de

noviembre de 2003, dictó la Resolución de 20 de enero de 2004 , que constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo, cuya parte dispositiva decía lo siguiente:

UNICO.- Denegar la autorización para un acuerdo por el que los asociados a la Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE) se comprometen a someter a un dictamen previo y vinculante por parte de la Asociación para el autocontrol de la Comunicación Comercial la publicidad de cierto tipo de bebidas alcohólicas.

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda: a) otorgamiento de la autorización por silencio positivo; la nulidad de la Resolución extemporánea del RDC, y b) infracción del artículo 3.1 de la LDC por indebida y arbitraria aplicación de los requisitos legalmente exigidos para la concesión de una autorización singular.

El Abogado del Estado contesta que no ha transcurrido el plazo de 6 meses desde la presentación de la solicitud de autorización en forma, y que es procedente la denegación de la autorización singular, al no cumplirse las condiciones exigidas por el artículo 3 LDC.

TERCERO.- Plantea el recurrente, como primera cuestión, que debe entenderse otorgada la autorización singular por silencio, al haber transcurrido más de 6 meses desde la presentación de la solicitud sin que en ese plazo se hubiese notificado la Resolución, mientras que el Abogado del Estado niega que hubiera transcurrido dicho plazo de 6 meses, porque entiende que su cómputo debe iniciarse no cuando el solicitante presentó su solicitud, el 3 de junio de 2003, sino el de 10 de diciembre de 2003, que es la fecha en que subsanó los defectos de la presentación.

El plazo que ahora nos interesa, que es el establecido para dictar resolución en un expediente de autorización singular, está fijado por el artículo 12.1 del RD 378/2003, de 28 de marzo , que establece:

La resolución se notificará al solicitante y demás interesados, si los hubiera, en el plazo máximo de seis meses a contar desde la presentación, en forma, de la solicitud, sin perjuicio de las interrupciones en el cómputo de los plazos previstas en el artículo 8.

Las fechas relevantes en el cómputo de este plazo son, en nuestro caso, el día 03/06/2003 que es el día en el que se presenta la solicitud ante el SDC (folio 2 del expediente administrativo), el 26/11/2003, fecha en la que se notifica al solicitante el acuerdo del TDC de 18/11/2003, en el que se otorga un plazo de 10 días al solicitante para que aporte el texto íntegro del Acuerdo que se presentó a autorización, el 10 de diciembre de 2003, fecha de presentación por el solicitante del documento requerido y 20 de enero de 2004, fecha de la Resolución del TDC que pone fin al expediente.

El Abogado del Estado entiende que el requerimiento del TDC en orden a la subsanación de defectos produce el efecto de iniciar de nuevo el cómputo de la totalidad del plazo, pero tanto del artículo 12 del RD 378/2003 , como del artículo 38.5 LDC resulta que en estos expedientes de autorización singular, un requerimiento de datos o información necesarios para calificar o resolver sobre la solicitud produce el efecto de suspender el cómputo del plazo en tanto se cumplimenta el requerimiento, para volver a reanudarse dicho cómputo por el tiempo restante una vez aportados los datos o información de que se trate.

En aplicación de la regla anterior, el cómputo del plazo de 6 meses se inició el 03/06/2003, pero se suspendió por el requerimiento de documentos del TDC, notificado el 26/11/2003, cuando habían transcurrido 5 meses y 23 días del plazo. Una vez cumplimentado el requerimiento el 10/12/2003, se levanta la suspensión del cómputo, que se reanuda por el tiempo restante, de forma que los 6 meses se completaron el 16/12/2003, y la Resolución del TDC de 20 de enero de 2004 se dictó - y se notificó obviamente- fuera del plazo de 6 meses previsto para ello por el artículo 12.1 del RD 378/2003.

CUARTO.- De acuerdo con el artículo 43, apartados 1 y 2, de la ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJ-PAC), en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, como es el caso de este expediente de autorización singular, "...los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario..."

La demanda considera que en este caso nos encontramos en un supuesto de silencio positivo porque la LDC no contiene previsión expresa relativa a los efectos jurídicos derivados del silencio administrativo y que tal laguna legal debe integrarse con la regulación de la LRJ-PAC sobre el silencio positivo, que es la regla general tratándose de procedimientos iniciados a solicitud del interesado.

Sin embargo, la Sala no comparte tal tesis, ya que en la LDC existe una regulación expresa sobre los efectos del silencio en los expedientes de autorización singular, así la referencia a la aplicación provisional del acuerdo, que es distinta del efecto que se derivaría de un acto positivo presunto en el que está ausente esa nota de provisionalidad, y especialmente, es claramente una disposición con rango de ley, contraria a la regulación del silencio positivo de la LRJPAC, la contenida en el artículo 4.4 LDC, que contempla la posibilidad de que el Acuerdo extemporáneo del TDC sea de contenido negativo y no autorice la solicitud, cuando el silencio positivo, según el artículo 43.3 LRJ-PAC, no permite sino una resolución expresa posterior confirmatoria.

QUINTO.- Sobre el fondo del asunto, FEBE que es una Asociación de empresas fabricantes y distribuidoras de bebidas alcohólicas, ha solicitado ante el TDC una autorización singular para la instauración de un sistema de control técnico e independiente, al que sus miembros habrán de someter obligatoriamente su publicidad de bebidas alcohólicas con carácter previo y vinculante.

Debe tenerse en cuenta que FEBE aprobó en septiembre de 1999 un Código de Autorregulación Publicitaria, que fue presentado ante el TDC, y obtuvo la autorización singular en Resolución de 10 de noviembre de 2000 (documento nº 1 de los acompañados a la demanda). Tal Código prevé un control a posteriori de la publicidad, realizado por el Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad.

El Acuerdo que se somete a autorización singular contempla que la publicidad de bebidas alcohólicas con contenido superior a un grado volumétrico (lo que exceptúa del Acuerdo el vino y la cerveza), de los asociados de FEBE, que se vaya a difundir en televisión, cine, radio, publicidad exterior y medios escritos, se someta de forma obligatoria a un dictamen previo, con la finalidad de asegurar que dicha publicidad es conforme con las exigencias de la ley y del Código de Autorregulación. Ese control previo y obligatorio se encomienda a la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol)

SEXTO.- El artículo 3.1 LDC contempla la posibilidad de autorización de acuerdos empresariales o de asociaciones de empresas, a pesar de ser contrarios a la competencia en los términos del artículo 1 LDC, que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico o económico, siempre que:

- a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas.
- b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y
- c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados

El SDC indica en su Informe que la publicidad es un elemento de vital importancia en la estrategia competitiva de una empresa, por lo que considera que la autonomía empresarial a la hora de adoptar decisiones de política comercial se ve afectada por la limitación impuesta por el mecanismo complementario (el control previo) del código de control publicitario. Es decir, estamos ante un acuerdo entre empresas que auto-limita su política publicitaria y, por ello mismo, restringe la competencia entre ellas.

Sin embargo, una vez admitido que se trata de un Acuerdo prohibido por el artículo 1 LDC, el SDC llega a la conclusión de que se trata de un Acuerdo susceptible de autorización singular, por concurrir todos los requisitos del artículo 3 ya citados.

El TDC comparte el razonamiento de que el Acuerdo sometido a autorización contiene restricciones a la libertad de las empresas a la hora de realizar una campaña publicitaria, pero se aparta del criterio del SDC sobre la concurrencia de los requisitos para la autorización previstos en el artículo 3 LDC. En especial, considera el TDC (F.D. 4.2) que no concurren los requisitos de la autorización, ya que el Acuerdo no aporta ventajas para el consumidor o usuario, frente a la protección mediante los mecanismos de control ex-post ya existentes e introduce un nuevo elemento de restricción de la competencia (el control ex-ante).

SÉPTIMO.- Es importante insistir en que el TDC no niega los beneficios y ventajas que la autorregulación publicitaria conlleva para los consumidores y la sociedad en general, en aspectos tales como salud, seguridad vial y protección de menores, sino que destaca que el dictamen previo previsto en el Acuerdo sometido a autorización no aporta nuevas o mayores ventajas que las que ya produce el sistema de control posterior autorizado por la Resolución del TDC de 10/11/2000.

Las ventajas para los consumidores y para la sociedad en general de la autorregulación publicitaria, en el ámbito de la industria de las bebidas alcohólicas, no son puestas en duda por nadie en este recurso. En particular, el TDC en su Resolución de 10/11/2000, que autorizó el Código de Autorregulación Publicitaria solicitado por FEBE, dice al respecto:

...coincide el Tribunal con el Servicio y con FEBE al estimar que el código de autorregulación, al tratar de limitar la publicidad de las bebidas alcohólicas para proteger intereses generales como la salud, la abstención de los menores de edad y la

seguridad vial, hace partícipes de sus beneficios no sólo a los consumidores sino también al resto de los ciudadanos...

El Acuerdo para el que se pide ahora autorización es un instrumento para la aplicación del Código de Autorregulación Publicitaria, de forma que participa de la misma cualidad de producir ventajas y beneficios a favor de los consumidores que se predica respecto del Código mismo. Es más, si se trata de un instrumento o garantía adicional, que refuerza la aplicación del Código, debe aceptarse que se refuerza o incrementa en la misma medida el beneficio de los consumidores y sociedad en general.

OCTAVO.- En este punto en el que nos encontramos, de ponderación de las ventajas para los consumidores y restricciones para la competencia que puede suponer el Acuerdo sometido a autorización singular, debemos resaltar un hecho relevante, que para la Sala tiene un peso decisivo. Nos referimos al hecho de que, con posterioridad a la Resolución del TDC impugnada, el propio legislador se ha mostrado favorable a la autorregulación publicitaria preventiva, en el artículo 13.2 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género:

La Administración Pública promoverá acuerdos de autorregulación que, contando con mecanismos de control preventivo y resolución extrajudicial de controversias eficaces, contribuyan al cumplimiento de la legislación publicitaria

Si a partir de la L.O. 1/2004 la Administración Pública está llamada a promover acuerdos de autorregulación en materia de publicidad que cuenten con mecanismos de control preventivo, uno de los ámbitos en el que más claramente parece necesaria tal autorregulación es en el de la industria de las bebidas alcohólicas, por las razones de protección de salud, de los menores y de seguridad vial, que ya puso de manifiesto el propio TDC en su Resolución de 10/11/2000.

NOVENO.- Por otro lado, aunque la Resolución del TDC considere este control previo una restricción innecesaria a la competencia, la afirmación debe ser matizada. La restricción a la política publicitaria o comercial de las empresas no nace del sometimiento al dictamen previo en materia de publicidad, que es un simple medio de control, sino de la sujeción al Código de Autorregulación Publicitaria autorizado por el TDC en su Resolución de 10/11/2000, que es fuente de obligaciones para las empresas en materia de publicidad. En rigor, las limitaciones a la política publicitaria de las empresas asociadas en FEBE son las establecidas por la ley, y desde su aprobación por el TDC, en el Código de Autorregulación Publicitaria, sin que el nuevo Acuerdo imponga nuevas limitaciones o amplíe las existentes, en los medios, volumen, formas o contenido de la publicidad. El Acuerdo al que se refiere este recurso, como se ha repetido, es instrumental y no sustancial, de manera que no añade nuevas restricciones, sino garantiza la aplicación de las existentes

Por las anteriores razones la Sala no aprecia el incumplimiento de los requisitos del artículo 3 LDC para la denegación de la autorización singular advertidos en la Resolución impugnada, sino que en línea con el Informe del SDC, considera que el Acuerdo a que hemos hecho referencia en esta sentencia cumple los requisitos para su autorización singular, establecidos en el artículo 3.1 LDC, lo que lleva a la estimación de la pretensión subsidiaria del suplico de la demanda.

DÉCIMO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre

costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la FEDERACION ESPAÑOLA DE BEBIDAS ESPIRITUOSAS, contra la Resolución del Tribunal del Defensa de la Competencia, de 20 de enero de 2004, que anulamos por ser contraria a derecho, declarando el derecho de la Federación recurrente a la autorización singular para la aplicación del Acuerdo al que se refiere este recurso.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Iltmo. Sr. D. JOSE M^a DEL RIEGO VALLEDOR, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-