

RESOLUCIÓN (Expte. R 667/05, Radios)

Pleno

Excmos. Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Antonio del Cacho Frago, Vicepresidente
D. Javier Huerta Trolèz, Vocal
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal
Dña. Pilar Sánchez Núñez, Vocal
D. Julio Costas Comesaña, Vocal
Dña. M^a. Jesús González López, Vocal

En Madrid, a 3 de noviembre de 2006.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal D. Antonio del Cacho Frago, ha dictado la siguiente resolución en el expediente R 667/05 (2564/04 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC) de recurso interpuesto, por D. F.A.B., en nombre y representación de D. M.M.F. y otros, contra el Acuerdo del SDC de 11 de octubre de 2005 de sobreseimiento de las actuaciones que tuvieron su origen en la denuncia formulada por la parte recurrente antes mencionada.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El día 2 de junio de 1993 tuvo entrada en el Servicio escrito de D. F.A.B., en nombre y representación de los profesionales de los medios de comunicación D. A.M.H.L. y otros, en el que formulaba denuncia contra el Grupo Prisa y Antena 3 de Radio S.A. por supuestas conductas prohibidas incursas en los artículos 1, 6 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Por acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 11 de octubre de 1996 se acordó el sobreseimiento parcial del expediente en lo relativo a la imputación a los denunciados de la realización de actos que pudieran suponer conductas contempladas en los artículos 6 y 7 de la LDC. Por Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 de julio de 1997 (R 185/96) se desestimó el recurso interpuesto por D. F.A. contra el mencionado acuerdo de sobreseimiento.

La sentencia de 15 de septiembre de 2000 de la Sección Sexta de la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (recurso 6/0991/1997), estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución del TDC de 29 de julio de 1997, revocando dicha resolución. Esta sentencia ha sido declarada firme por la sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, del Tribunal Supremo mediante sentencia de 27 de mayo de 2004.

Por resolución del TDC de ejecución de sentencia de 23 de septiembre de 2004 (R 185/96) se devolvió al Servicio el expediente 962/93, que continuó su tramitación con el número 2564/04, y al que se han incorporado las actuaciones llevadas a cabo hasta el 29 de julio de 1997, fecha en la que el TDC resolvió desestimar el recurso contra el acuerdo de sobreseimiento parcial del expediente, actuaciones que fueron realizadas en el mencionado expediente 962/93, ya que el resto de este expediente siguió su tramitación hasta la Resolución de este Tribunal de 18 de abril de 2001, declarativa de práctica prohibida.

2. En este expediente el Servicio no ha procedido a realizar ninguna nueva investigación, al considerar que existen suficientes datos en el procedimiento, que los hechos han sido reconocidos por las partes y que existen numerosas pruebas y documentos que corroboran que se trata de prácticas suficientemente probadas y calificadas. Por todo ello, el Servicio, el 11 de octubre de 2005, acordó el sobreseimiento del expediente 2564/04.
3. El 21 de octubre de 2005 se recibió en este Tribunal escrito de recurso de D. F. A., en la representación que tiene acreditada en el expediente, contra el acuerdo de sobreseimiento del Servicio, y en esa misma fecha de TDC solicita el preceptivo informe del Servicio.
4. Con fecha 26 de octubre de 2005, el SDC cumplimenta el informe solicitado, en el que se hace constar que el recurso ha sido interpuesto en plazo, y que procedía su desestimación al no haberse desvirtuado el contenido del acuerdo de sobreseimiento.
5. Mediante providencia de 4 de noviembre de 2005 se designó ponente y se ordenó poner de manifiesto el expediente a los interesados para formular alegaciones dentro del plazo legal. Las partes recurrente y denunciada alegaron lo que estimaron correspondiente.
6. El Pleno del Tribunal deliberó y fallo este recurso el día 19 de octubre de 2006 y encargó la redacción de la resolución al ponente.

7. Son interesados:

- D. M.M.F.
- D. M.M.S.
- D. F.J.L.
- D. J.M.G.P.
- D. L.H.T.A.
- D. P.J.R.C.
- Promotora de Información S.A.
- Antena 3 de Radio S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En el recurso interpuesto por el letrado D. F.A. en nombre y representación de D. M.M.F. (y otros) contra el Acuerdo del Servicio de 11 de octubre de 2005 de sobreseimiento del expediente 2564/04, se alegan como motivos de impugnación, en primer término que el acuerdo de sobreseimiento es contrario a derecho, porque supone una reiteración de los argumentos que se esgrimieron por el Servicio al adoptar el acuerdo de sobreseimiento parcial del expediente 962/93 el 11 de octubre de 1996, sin ninguna motivación jurídica distinta a la ya expuesta en su día. Además, tal acuerdo vulnera los hechos declarados probados y la fundamentación jurídica de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional, en los recursos contencioso administrativo 533/94 y 991/97, respectivamente.

Hace referencia la parte recurrente a la conclusión expuesta en el acuerdo impugnado de que a los hechos denunciados no es de aplicación el artículo 6 de la LDC, porque “el refuerzo de la presunta posición dominante por parte de Prisa no es más que la consecuencia directa e inmediata de los acuerdos por lo que en este caso prevalecen las transgresiones del artículo 1 sobre las del 6”, para afirmar que esta conclusión es contraria a Derecho, ya que los hechos denunciados suponen una infracción no sólo del artículo 1, sino además, del 6 LDC, como señala la sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de septiembre de 2000.

En el escrito de recurso se hace referencia a los hechos denunciados, relatados en el pliego de concreción de hechos de 4 de noviembre de 1994, así como a la serie transmisiones de acciones, de forma que el recurrente afirma que el Grupo Prisa controla el 51,4% de Antena 3 Radio S.A. de manera encubierta a través de Paltrieva e Inversiones Godó. En el mismo escrito constan las alegaciones relativas a que el 23 de diciembre de 1992, Antena 3 Radio, S.A. y Gerencia de Medios, S.A. 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 el mercado publicitario, la contratación de patrocinadores, anuncios, etc para sus espacios de programación radiofónica, así como que Prisa, mayoritaria en el accionariado de Antena 3 Radio S.A., a través de la agencia de inversiones Godó y Paltrieva, lleva a través de su filial Gerencia de Medios S.A., participada por ella al 100%, la publicidad de toda la cadena SER y de su principal competidora, Antena 3 Radio, S.A. La parte recurrente entiende que este hecho, al margen de constituir una infracción del artículo 1 LDC, supone una infracción del artículo 6 LDC, dado que la situación de dominio previa de que gozaba la cadena SER es acrecentada, en un claro acto de abuso, y hace mención en este sentido al Tribunal Supremo y a la Audiencia Nacional que, en sus respectivas sentencias han considerado jurídicamente viable que los hechos denunciados pudieran entrar en la órbita de aplicación de ambos preceptos legales.

En el motivo de impugnación cuarto se analizan los hechos que constan en el expediente respecto de la cadena M-80 a partir del convenio de programación de 1 de enero de 1993, para concluir que el control de la cadena M-80 pasa a ser de la cadena SER, es decir de Prisa, hecho que supone una vulneración del régimen concesional, con la consiguiente transformación del mercado.

Respecto a las imputaciones basadas en el artículo 86 TUE, la tesis mantenida por el Servicio es rechazada por la parte recurrente que afirma la existencia de abuso sin concertación. En cuanto a la aplicación en este ámbito del principio de “non bis in idem” se señala, en el fundamento jurídico quinto del recurso, su improcedencia según la interpretación realizada por los Tribunales, en concreto, por la Audiencia Nacional en su sentencia de 15 de septiembre de 2000.

En el escrito de recurso se afirma que los hechos denunciados infringen la LOT y, en consecuencia, suponen una infracción del art. 7 LDC, afirmación que está referida a las sentencias de 9 de junio del Tribunal Supremo y de 15 de septiembre de la Audiencia Nacional, ambas del año 2000.

En el sexto motivo de impugnación, los hechos que constan en el expediente se analizan desde la perspectiva de la infracción de la LOT y, en consecuencia, de la infracción que suponen del art. 7 LDC, en relación con el contenido de las sentencias del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional antes citadas. Afirma la recurrente que la adquisición de acciones de Paltrieva e Inversiones Godó por parte de Prisa, que supone la adquisición fraudulenta de acciones de Antena 3 de Radio, S.A. y de la posición mayoritaria en su

accionariado, motivó que emisoras cuya concesión estaba dada a Antena 3, pasaran a ser en todos los planos emisoras de la SER, hechos que suponen la violación de los criterios concesionales y de la disposición transitoria 6ª, 1ª de la LOT, así como una violación de la obligación establecida por el apartado d) de esta disposición transitoria.

En el último apartado del escrito de recurso se hace expresa referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2000, que confirma, según la parte recurrente todos y cada una de sus manifestaciones en el expediente, afirmación que se fundamenta en los razonamientos incluidos en ese lugar del recurso para concluir en el sentido de que el acuerdo de sobreseimiento vulnera la referida sentencia, por lo que entiende que debe continuar el procedimiento también por la infracción del art. 7 LDC.

Segundo.- La representación legal de las entidades mercantiles Promotora de Información S.A. (PRISA) y de Antena 3 de Radio, S.A. (ANTENA 3), formuló alegaciones en distintos apartados, que se resumen a continuación.

En primer lugar, la citada representación expresa que es radicalmente falsa la afirmación de que PRISA controla Antena de Radio S.A., como ha quedado acreditado tanto en este expediente como en el de ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2000, en la actualidad en tramitación ante el mismo Tribunal, de forma que Antena 3 es una sociedad controlada exclusivamente por el Grupo Godó, de conformidad con los criterios de control enumerados en el artículo 42 del Código de Comercio.

En relación con la denunciada infracción de los artículos 6 LDC, 82 TCE y 86 TCE, la parte recurrida muestra su conformidad con los criterios y razonamientos expuestos por el Servicio en el Acuerdo de Sobreseimiento y, en primer término la delimitación del distinto alcance de los acuerdos suscritos en el año 1992 y la operación de concentración acordada un año más tarde, en noviembre de 1993, cuya autorización por el Consejo de Ministros terminó siendo anulada por el Tribunal Supremo exclusivamente por razones de pluralismo informativo. Este expediente versó sobre los hechos anteriores a la concentración y, en consecuencia, se trata de acuerdos de cooperación a los que es aplicable el régimen de las conductas, como confirma la resolución TDC de 18 de abril de 2001.

De acuerdo con la doctrina establecida en la resolución de 14 de julio de 1993 (Expte. A 51/93 Mölnlyere), existe incompatibilidad entre el régimen de conductas (arts 1 y 6 LDC) y el de las concentraciones (arts. 14 y siguientes LDC), de forma que una misma conducta no puede enjuiciarse bajo ambos regímenes. Asimismo, la representación legal de las entidades ya citadas muestra su conformidad con los criterios expuestos por el Servicio en el

Acuerdo impugnado, con cita de resoluciones del TDC en dos aspectos importantes: el primero, es el relativo a que los hechos que pudieran ser subsumidos tanto en el art. 1 como en el art. 6 LDC deben ser analizados desde aquel que parezca a priori más específico (resolución de 20 de enero de 2003, expediente R 513/02 Iberia), que en el caso actual da prioridad a las transgresiones del art. 1 respecto de las posibles del art. 6, que la pretensión de sanción de las sociedades denunciadas por infracción de la prohibición del citado art. 6 vulneraría el principio non bis in idem, por existir las identidades exigidas por este principio entre las conductas enjuiciadas en este expediente y las que el TDC declaró prohibidas por el art. 1 LDC en la resolución de 18 de abril de 2001, alegación que efectúa con cita de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 180/2004, de 2 de noviembre, y de las Resoluciones del TDC de 12 de marzo de 1999 (Expte. 429/98, espectáculos taurinos) y de 22 de noviembre de 2004 (Expte. r 620/04, Estibadores Cádiz).

En el mismo escrito se alega que las denunciadas no han tenido posición de dominio en el sentido de los artículos 6 LDC y 82 TCE y no ha quedado probada actuación abusiva alguna, afirmación que se hace en el recuerdo de que la concentración acordada entre las denunciadas en 1993 fue anulada por el Tribunal Supremo exclusivamente por razones de pluralismo informativo, ya que la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2000 afirmó no tener nada que objetar desde el punto de vista competencial o concurrencial.

Respecto de la posible infracción de los artículos 82 y 86 TCE, es negada su aplicación al caso enjuiciado por la fundamentación establecida en la Resolución de 18 de abril de 2001 del TDC y de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de septiembre de 2004, de imposibilidad de constituir una infracción del artículo 81 TCE ya que los hechos objeto del expediente no han afectado de manera sensible a los intercambios entre los Estados miembros, razones que son de tener en cuenta respecto del artículo 82 ó 86 del mismo texto.

La representación legal de las sociedades mercantiles mencionadas muestra su conformidad con el criterio del Servicio de que los hechos objeto del expediente no han supuesto un acto de competencia desleal en el sentido de los apartados 1 y 2 del art. 15 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, de forma que falta el primero de los requisitos del art. 7 LDC. En este sentido se alega también que la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2000, en la que se afirma que la operación de concentración anulada no podía reputarse objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe, según el artículo 5 LDC, de forma que esta conclusión es aplicable a los hechos anteriores a la concentración, que son objeto del presente expediente. También se afirma en el escrito que no hubo infracción alguna de la Ley

31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, y en relación con los apartados d) y f) de la disposición adicional 6ª de esta ley, muestra su conformidad con los razonamientos del Servicio para no aplicar el artículo 7 LDC por supuesta aplicación de la mencionada norma, conclusión que la representación legal de las sociedades mercantiles denunciadas refuerza con el recuerdo de la nueva redacción de la letra e) de la disposición adicional sexta de la LOT operada por la ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo (BOE 15 de junio de 2005), que derogó la norma anterior, modificación legal que debe ser tenida en cuenta en este expediente en virtud del principio de retroactividad de la ley más favorable.

Tercero.- El Servicio de Defensa de la Competencia -en el acuerdo de sobreseimiento impugnado-, la parte recurrente -en sus escritos de recurso y de alegaciones- y la entidad recurrida, destacan los elementos configuradores de las conductas enjuiciadas en este expediente, a los efectos de su inclusión en el lugar correspondiente de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, para aplicar el régimen jurídico previsto y delimitado en la citada norma. En el caso que motiva este expediente, como ha sucedido en situaciones análogas resueltas por el Tribunal, resalta la dificultad de definir las concretas conductas económicas que pretenden o producen la restricción, el falseamiento o la eliminación de la libre competencia en el mercado. Esta dificultad es mayor cuando, como sucede en el actual recurso, según los abundantes antecedentes relatados en las actuaciones, las empresas han llegado a la adopción de acuerdos en distintas fechas, que en el derecho interno español de defensa de la competencia pudieran merecer el reproche de conductas prohibidas (art. 1 LDC), de abuso de posición dominante (art. 6 LDC), o de falseamiento de la libre competencia por actos desleales, siempre y cuando concorra la doble circunstancia de que ese acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado y que esa grave distorsión afecte al interés público (art. 7 LDC). Es necesario no olvidar que las empresas en cuestión, en fecha posterior a los acuerdos de 1992, concretamente el día 29 de noviembre de 1993, notificaron voluntariamente al Servicio de Defensa de la Competencia una operación de concentración económica, a los efectos referidos en el artículo 15 de la LDC.

Cuarto.- Acierta el Servicio cuando, en relación con los precedentes razonamientos, analiza los hechos denunciados y acreditados en el expediente, con objeto de determinar su naturaleza y, teniendo en cuenta el momento de la firma de los acuerdos, si éstos tienen carácter concentrativo o cooperativo. En este sentido, la decisión impugnada relaciona las características de los acuerdos colusorios del art. 1 y los acuerdos de concentración, que conforman una diversidad de regímenes sustantivo y

procedimental, de manera que no se permite que un mismo acuerdo pueda someterse, sucesiva o simultáneamente, a ambos sistemas, por lo que en el momento de despejar la duda de si se trata de un acuerdo colusorio o de concentración, con cita de la doctrina de este Tribunal –basta mencionar los expedientes r 154/96 y r 157/96-, razona el Servicio que las operaciones complejas, como sucede en el actual caso, deban analizarse con cuidado con el fin de sopesar qué elementos predominan y elegir, en consecuencia, el procedimiento a aplicar.

La conclusión que obtiene el órgano de instrucción es que todos los acuerdos denunciados previos a la constitución de Unión Radio, entre el Grupo Prisa y el Grupo Godó, tenían como objeto y efecto la coordinación de intereses de empresas competitivas, como admitió este Tribunal en la Resolución de 18 de abril de 2001, a la que nos remitimos en este lugar (Expte. 487/00). Por el contrario, la operación de concentración notificada consistente en la cesión de gestión de las respectivas emisoras de A3R y la SER a favor de Unión Radio, resultado de la conclusión de los acuerdos suscritos el 3 de noviembre de 1993, entre los Grupos Prisa y Godó, por el que se decide concentrar la gestión de la SER y A3R, y del acuerdo firmado en la misma fecha entre los accionistas de A3R, Paltrieva e Inversiones Godó, para desarrollar el proyecto de gestión conjunta, así como del acuerdo suscrito el 18 de noviembre de 1993 por A3R, la SER y Unión Radio, por el que se cede a ésta la gestión de aquéllas en determinadas áreas tienen otro carácter propio del expediente de concentración. En consecuencia, los acuerdos previos, y que han sido denunciados, no pueden considerarse como integrantes de la operación de concentración, tratándose de acuerdos de cooperación a los que les son aplicables el régimen de conductas.

Quinto.- En cuanto a la posible aplicación del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia vigente, que prohíbe el abuso de posición de dominio, es de tener en cuenta la doctrina del TDC –basta citar, por todas, la Resolución del expediente R 513/02, de 20 de enero de 2003- que afirma que aquellos hechos susceptibles de ser subsumidos en los artículos 1 y 6 deben ser analizados desde la óptica de aquel que parezca a priori más específico, y si bien es cierto que el artículo 6 no define la posición de dominio, han sido las resoluciones del TDC y la jurisprudencia de los tribunales las que han establecido los criterios que deben ser valorados a fin de determinar cuándo estamos en presencia de una posición de dominio en el mercado de referencia. Entre estos criterios destaca el corroborado por la Audiencia Nacional en su sentencia de 24 de septiembre de 1997, dictada en el recurso interpuesto contra la Resolución del expediente 350/94, Teléfonos de Aeropuertos, que afirma: “la doctrina y la jurisprudencia han venido considerando que una empresa ostenta una posición de dominio cuando tiene

el poder de actuar de modo independiente sin tomar en consideración a sus competidores, suministradores o clientes”.

El Servicio afirma que con el acuerdo de 31 de julio de 1992 y tras una serie de transacciones de acciones, el Grupo Prisa adquirió el 32,95% del capital de A3R y se convirtió en accionista minoritario de ésta y con los posteriores acuerdos adquirió la gestión y el control de la publicidad de A3R. De aquí, concluye que el refuerzo de la presunta posición dominante por parte de Prisa no es más que la consecuencia directa e inmediata de los acuerdos, por lo que en este caso prevalecen las transgresiones del artículo 1 sobre las del 6.

A la misma conclusión, es decir, a la declaración de la existencia de una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el art. 1.1 LDC, llegó este tribunal en la Resolución de 18 de abril de 2001, Expte 487/00 Radio Fórmula, declarando responsables de esta infracción al Grupo Prisa y al Grupo Godó. Dicha Resolución fue recurrida ante la Audiencia Nacional que en su sentencia de 14 de septiembre de 2004, recurrida en casación, confirma en estos extremos la resolución del TDC y ordena a este tribunal que fije la cuantía de la sanción a imponer y ordene la publicación de la resolución sancionadora.

No apreciándose indicios racionales de abuso de posición dominante, corresponde efectuar esta declaración a los efectos de no sancionar a las empresas denunciadas y ahora recurridas por aplicación del artículo 6 LDC, como pretende la parte recurrente, a fin de unir esta supuesta infracción a la del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia vigente, declarada en la Resolución de 18 de abril de 2001. Esta petición es analizada en el acuerdo recurrido a la luz del “principio non bis in idem”, por entender que concurre la triple identidad de aspectos, hechos infractores, esto es, los acuerdos previos a la constitución de Unión Radio y fundamentos, la existencia del mismo interés jurídicamente protegido: la libre competencia. No obstante, el Tribunal entiende que, en este caso, no es procedente analizar la indicada cuestión, por la remisión a las precedentes consideraciones, efectuadas en relación a los criterios mantenidos en orden a la distinción de los artículos 1 y 6 de la LDC desde la óptica del que aparezca a priori más específico.

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

HA RESUELTO

Desestimar el recurso interpuesto por D. F.A.B., en nombre y representación de D. M.M.F. y otros, contra Acuerdo del Servicio de Defensa de la

Competencia, de 11 de octubre de 2005, de sobreseimiento de las actuaciones que tuvieron su origen en la denuncia formulada por la parte recurrente antes mencionada.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndose saber que ésta agota la vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.