

RESOLUCIÓN (Expte. R 462/00, Publicidad Radios Sevilla)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 27 de julio de 2001

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Castañeda Boniche, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 462/00 (1965/99 del Servicio de Defensa de la Competencia, en lo sucesivo, el Servicio) de recurso interpuesto por la Asociación de Empresarios de Publicidad de Sevilla (en adelante, la Asociación) contra el Acuerdo del Servicio, de 17 de noviembre de 2000, por el que se sobreescribió el expediente sancionador 1965/99 incoado por denuncia de dicha Asociación contra Uniprex S.A. (en adelante, Onda Cero), Sociedad Española de Radiodifusión S.A. (en lo sucesivo, Cadena Ser) y Cadena de Ondas Populares Españolas (en adelante, Cadena Cope), por conductas presuntamente incursas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en la posible existencia de un acuerdo para bajar el descuento a las agencias de publicidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 15 de marzo de 1999 tuvo entrada en el Servicio un escrito de D. Eduardo Marín Flores, Presidente de la Asociación, por el que denunciaba a las emisoras radiofónicas Onda Cero, Cadena Ser y Cadena Cope, por supuestas conductas prohibidas por el art. 1 LDC consistentes en haber acordado dichos medios bajar el descuento de agencia en cuatro puntos y medio, mientras que dejaban inalteradas las comisiones más altas que reciben los comerciales de las propias emisoras, discriminándoles, así, injustamente.

Añade la denuncia que los citados medios vienen recomendando desde hace algún tiempo la contratación directa, prescindiendo de las agencias, lo que unido al hecho de que los comerciales perciben una comisión del 15 al 20%, tiene el objeto de eliminar a las agencias de publicidad.

2. Tras requerir información sobre las agencias integrantes de la Asociación y una serie de factores relacionados con la contratación de la publicidad, actividad fundamental para estos medios de difusión porque es su mayor fuente de financiación, por Providencia de 16 de junio de 1999 el Servicio acordó la admisión a trámite de la denuncia y la incoación del oportuno expediente sancionador.
3. Realizada la investigación correspondiente, el Servicio, con fecha 17 de noviembre de 2000, acordó el sobreseimiento del expediente, sin llegar a formular Pliego de Concreción de Hechos, al llegar a la conclusión de que la rebaja de las comisiones no afectó a la competencia pues, ante todo, no hay prueba alguna de un acuerdo y, por otra parte, si bien es cierto que la reducción de las comisiones por los tres medios denunciados tuvo la misma cuantía (4,5 puntos), también lo es que no hubo igualación de las mismas al seguir cada cadena con tarifas diferentes sin que, además, quepa apreciar que la situación de los operadores hubiera variado antes y después de la rebaja.
4. Con fecha 13 de diciembre de 2000 tiene entrada en el Tribunal el presente recurso de la Asociación en el que muestra su extrañeza por el sobreseimiento acordado por el Servicio, reiterando los argumentos expuestos en la denuncia y en su escrito de alegaciones a la propuesta de sobreseimiento, con la pretensión de que sean tenidas en cuenta sus razones y se acuerde retrotraer las actuaciones para que el Servicio realice las diligencias oportunas permitiéndosele, además, el acceso a la totalidad del expediente levantando la confidencialidad de los documentos declarados tales porque no proceder así le produce grave e innecesaria indefensión.
5. Con la misma fecha, el Tribunal solicitó del Servicio la remisión del expediente y el preceptivo informe sobre el recurso.

El Servicio cumplimentó dicho requerimiento el día 15 de diciembre de 2000. En su informe, además de precisar que el recurso había sido interpuesto en plazo, señalaba que las alegaciones expuestas por la recurrente no desvirtuaban las razones que fundamentaron el acto recurrido, dado que se limitaban a reiterar los argumentos expuestos en

los escritos de denuncia y de alegaciones a la propuesta de sobreseimiento.

6. En el trámite de alegaciones, abierto por Providencia de 9 de enero de 2001, comparecieron todas las partes interesadas. En síntesis, la denunciante insiste en la nulidad de lo actuado hasta que se levante la confidencialidad acordada por el Servicio respecto de determinados documentos aportados al expediente por las entidades denunciadas y, en cuanto al fondo, en que es incongruente que, en ausencia de concertación, un medio baje los descuentos y los otros dos le sigan en este movimiento sin tener necesidad de hacerlo. Por su parte, las tres denunciadas mantuvieron que no hubo práctica concertada alguna, sino una adaptación inteligente a la actuación de los competidores, como se deduce de la secuencia de los hechos ciertos no refutados por la denunciante y según la conclusión a la que ha llegado el Servicio.
7. El Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en su sesión plenaria del día 24 de julio de 2001.
8. Son interesados:
 - Asociación de Empresarios de Publicidad de Sevilla
 - Uniprex S.A. (Onda Cero)
 - Sociedad Española de Radiodifusión S.A. (Cadena Ser)
 - Cadena de Ondas Populares Españolas (Cadena Cope)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Como cuestión previa hay que resolver la que plantea la Asociación denunciante y ahora recurrente en cuanto a la confidencialidad acordada por el Servicio, respecto de determinados documentos presentados por las denunciadas en la fase de instrucción del expediente, lo que le produce indefensión, no corriéndose ningún riesgo en que los conozca por estar obligada a guardar secreto, según lo dispuesto en el art. 52 LDC.

Pues bien, es doctrina consolidada de este Tribunal, siguiendo lo declarado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 8 de junio de 1981 (ver por todas las Resoluciones de 15 de abril de 1999, Expte. 426/98, Azúcar y de 22 de abril de 1999, Expte. r 347/98, Coop. Farm. Asturiana) que -evitando que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, precisamente, en las actuaciones anteriores a la formulación del Pliego- el Servicio ha de ser muy prudente a la hora de decidir no conceder la confidencialidad de documentos para los que las partes la

hayan solicitado, debiendo otorgarla a los datos que constituyan secretos comerciales, como claramente se desprende del análisis de los correspondientes párrafos en este caso, dado que se trata de información comercial altamente sensible que no debe ser conocida por los otros interesados para no ignorar los derechos de las denunciadas. Por último, el Tribunal entiende, de acuerdo con el Servicio, que la denunciante no está incluida entre quienes intervienen en la tramitación del expediente, por lo que no es de aplicación el art. 52 LDC.

Por todo ello, procede rechazar esta primera razón en la que se basa el presente recurso.

2. Entrando ya en el fondo del recurso, hay que comenzar señalando que en el A.H. 3 se expone de manera sucinta la argumentación por la que el Servicio tomó la decisión de sobreseer el expediente sin ni siquiera llegar a dictar el Pliego de Concreción de Hechos.
3. En el recurso ante el Tribunal la Asociación denunciante manifiesta su extrañeza por la decisión adoptada por el Servicio, de sobreseer el expediente sin formular acusación, por entender que lo procedente hubiera sido continuar la tramitación del mismo, como ahora interesa, bien retrotrayendo las actuaciones al momento en el que el Servicio concluyó la instrucción o bien ordenándole el Tribunal que realice las diligencias oportunas, según lo dispuesto en el artículo 39 LDC.
4. A la vista del Acuerdo de sobreseimiento del Servicio, del recurso y de las alegaciones que formularon todas las partes interesadas, insistiendo cada una en la evolución de los hechos referentes a las variaciones en las cuantías de las comisiones como totalmente lógicas, para las denunciadas, o propiamente fruto de concertación, para la denunciante, según se resume en el A.H. 6, ha de pronunciarse el Tribunal sobre si las razones del Servicio fueron acertadas y suficientes para no seguir con la tramitación del expediente.

Pues bien, el Tribunal considera que, dada la igualdad de los descensos acordados en las comisiones por las tres emisoras (4,5 puntos porcentuales) y su proximidad en el tiempo (el mes de enero de 1999 en los tres casos) tras el idéntico movimiento adoptado por Onda Cero, incluso, la simultánea entrada en vigor del nuevo descuento de la Cadena Ser y la Cadena Cope (1 de febrero de 1999), bien pudo el Servicio haber continuado la investigación, en el momento oportuno, para tratar de eliminar cualquier laguna subsistente con el fin de descartar totalmente la hipótesis de una concertación de voluntades entre las tres emisoras o en

la reacción de las dos últimas Cadenas respecto del movimiento inicial de Onda Cero en los descuentos de agencia.

En todo caso, el Tribunal entiende que procede desestimar el recurso, pues no existe prueba alguna de que se hubiese adoptado un acuerdo por las emisoras denunciadas sobre la cuestión debatida en este expediente y ante la interpretación alternativa de decidir adaptarse individualmente a los movimientos de las comisiones de la competencia inmediata, que Onda Cero, la Cadena Ser y la Cadena Cope ofrecieron y que puede considerarse como suficientemente verosímil para descartar por la vía de la prueba de presunciones la existencia de una práctica concertada, según la consolidada doctrina del TJCE y de este mismo Tribunal (ver por todas la antes citada Resolución de 15 de abril de 1999, Azúcar).

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

RESUELVE

Único. Desestimar el recurso interpuesto por la Asociación de Empresarios de Publicidad de Sevilla contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 17 de noviembre de 2000, Acuerdo que se confirma.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.