

RESOLUCIÓN (Expte. R 185/96. Radio Fórmula)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente

Fernández López, Vicepresidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alonso Soto, Vocal

Berenguer Fuster, Vocal

Hernández Delgado, Vocal

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 29 de julio de 1997.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal D. José Hernández Delgado, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el expediente R 185/96 (número 962/93 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio), de recurso presentado por D. Antonio Herrero Lima y otros contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia por el que se sobresee parcialmente el expediente contra el Grupo PRISA y Antena 3 de Radio S.A. (en adelante, Antena 3 Radio) en lo que se refiere a la imputación a los denunciados de la realización de actos que pudieran suponer conductas contempladas en los artículos 6 y 7 de la Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) y en el artículo 86 del Tratado de Roma.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 29 de octubre de 1996 D. Felipe Arrizubieta Balardi, en nombre y representación de D. Antonio Herrero Lima y otros, presentó recurso contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 11 de octubre de 1996, por el que se sobresee parcialmente el expediente contra el Grupo PRISA y Antena 3 Radio en lo que se refiere 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 y en el artículo 86 del Tratado de Roma.
2. El Tribunal requirió del Servicio la remisión del correspondiente informe, así como que expresara la fecha de notificación del escrito y remitiera las actuaciones seguidas por el mismo.

3. Mediante escrito de 4 de noviembre de 1996 el Servicio comunica que el recurso ha sido interpuesto dentro de plazo y que las alegaciones expuestas por el recurrente en su escrito no desvirtúan las razones que fundamentaron la decisión recurrida, toda vez que, en esencia, se limita a reiterar las que se hicieron a la propuesta de sobreseimiento parcial.
4. El 14 de noviembre el Tribunal dictó Providencia en la que nombró Ponente, puso de manifiesto el expediente a los interesados y concedió plazo para formular alegaciones.
5. Dentro del plazo concedido al efecto se formularon alegaciones. En ellas los recurrentes insistían en sus argumentos y, entre otras cuestiones, solicitaban la desclasificación como confidenciales de una larga lista de documentos. Por su parte, la representación de PRISA y Antena 3 Radio mostraba su coincidencia con los planteamientos realizados por el Servicio.
6. El 14 de enero de 1997, el Vocal de este Tribunal D. Jesús Rubí Navarrete manifestó su intención de abstenerse de intervenir en el citado expediente por concurrir la causa del artículo 28.2.a), segundo inciso, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
7. El Pleno del Tribunal, en ausencia del Sr. Rubí Navarrete, deliberó y falló sobre su abstención y la solicitud de levantamiento de confidencialidad en su sesión del día 14 de enero de 1997, acordando que procedía aquella abstención.
8. Por Providencia de 6 de febrero de 1997, el Pleno del Tribunal decidió dar traslado de la solicitud de levantamiento de la confidencialidad al Grupo Godó (Serec, S.A.; Paltrieva, S.A.; Inversiones Godó, S.A.; Antena 3 Radio y Talleres de Imprenta, S.A.) y al Grupo PRISA (Promotora de Informaciones, S.A.; Paltrieva, S.A.; Antena 3 Radio; Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio, S.A.; Sociedad Española de Radiodifusión, S.A.; Gerencia de Medios, S.A.; Promotores de Televisión y Radio, S.A. y Comunicación Radiofónica, S.A.) para que manifestasen cuanto en su derecho conviniese.
9. La representación del Grupo Godó (Talleres de Imprenta S.A.) solicita que se siga respetando la confidencialidad de los documentos así considerados, por contener información comercial que constituye secretos de negocio de las empresas afectadas y que no debe resultar accesible a los competidores ni a otros terceros. Sin perjuicio de ello, por la propia esencia de alguno de los documentos en cuestión, consideran que se

puede levantar la confidencialidad de los Balances de situación a 31.12.91 y 31.7.92 de Paltrieva, S.A.; y Balances de situación a 31.12.91 y 31.7.92, y Cuenta de Pérdidas y Ganancias a 31.7.92 de Inversiones Godó, S.A.

10. La representación de PRISA y de Antena 3 Radio solicita, por idénticas razones que la representación anterior, que se mantenga la confidencialidad de todos los documentos excepto los siguientes, para los que considera que puede levantarse la confidencialidad: a) Balances de situación a 31.12.91 y 30.7.92 y Cuenta de Pérdidas y Ganancias a 30.7.92 de Inversiones Godó, S.A.; b) Comunicado de prensa de 22.7.92; c) Balances de situación a 31.12.91 y 30.7.92 de Paltrieva, S.A.
11. El Pleno del Tribunal en su sesión del 19 de marzo de 1997 deliberó y en su sesión del 1 de abril deliberó y falló sobre el levantamiento de la confidencialidad acordando por Auto de 11 de abril levantarla e incorporar al expediente los documentos siguientes que obran en el tomo confidencial: a) Balances de situación a 31-12-91 y 30-7-92 de Paltrieva S.A. [folios 307, 308 y 438]; b) Balances de situación a 31-12-91 y 30-7-92 y cuenta de pérdidas y ganancias a 30-7-92 de Inversiones Godó S.A. [folios 309-311, 439 y 440] c) Comunicado de prensa de 22-7-92 [folios 427 y 428]; d) Tarifas de publicidad de Cadena SER y Antena 3 Radio [folio 612] y mantener la confidencialidad, al afectar a secretos empresariales no relevantes en relación a lo que se discute en el presente expediente, el resto de los documentos que obran en el tomo confidencial. Además, se resuelve considerar interesado al Grupo Godó (Talleres de Imprenta S.A.) y poner de manifiesto el expediente a los interesados para que formulen alegaciones y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.
12. Por Providencia de 28 de abril de 1997, y ante la solicitud de la representación de Prisa y Antena 3 Radio, se prorroga el plazo que para alegaciones se fijó en el Auto de 11 de abril de 1997.
13. Las partes cumplieron el trámite, con la excepción del Grupo Godó (Talleres de Imprenta S.A.) que no presentó alegaciones.
14. El Pleno del Tribunal en su sesión del día 22 de julio de 1997 deliberó y falló, encargando al Vocal-Ponente la redacción de la presente Resolución.

15. Son interesados:
- D. Antonio Herrero Lima.
 - D. Manuel Antonio Martín Ferrand.
 - D. Melchor Miralles Sangro.
 - D. Pedro José Ramírez Codina.
 - D. Federico Jorge Jiménez Losantos.
 - D. José María García Pérez.
 - D. Luis Francisco Herrero-Tejedor Algar.
 - Grupo PRISA (Promotora de Informaciones S.A.).
 - Antena 3 de Radio, S.A.
 - Grupo Godó (Talleres de Imprenta, S.A.).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Es objeto de impugnación en este recurso el Acuerdo dictado el día 11 de octubre de 1996 por la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia por el que se sobresee parcialmente el expediente contra el Grupo PRISA y Antena 3 Radio en lo que se refiere a la imputación a los denunciados de la realización de actos que pudieran suponer conductas contempladas en los artículos 6 y 7 LDC y en el artículo 86 del Tratado de Roma.
2. Es relevante a los efectos de resolver el expediente que se examina señalar los hechos que se encuentran en el origen del Acuerdo de sobreseimiento parcial que ha dado lugar al presente recurso y que son los siguientes:

1º.- El 22 de julio de 1992 el Grupo Godó, que controlaba mayoritariamente Antena 3 Radio, y el Grupo PRISA, que controlaba mayoritariamente la Sociedad Española de Radiodifusión, S.A. (en adelante, SER), llegaron al acuerdo de iniciar un proceso de colaboración. Dicho acuerdo incluía, entre otras cuestiones, un pacto sobre el futuro de la presencia de Inversiones Godó, S.A. en Antena 3 Radio, la creación de nuevas sociedades de servicios periodísticos para el desarrollo de proyectos de prensa escrita y el compromiso de un derecho de participación preferente en las nuevas actividades que en medios de comunicación abordaran ambos Grupos por separado en el futuro. Para el seguimiento de estos acuerdos se crearía un Comité paritario.

En el comunicado de prensa posterior a la firma del acuerdo se señalaba que: a) el acuerdo no suponía ningún cambio en el accionariado de Antena 3 Radio, dado que la participación de Inversiones Godó, S.A. permanecía inalterada; b) ambas partes mantenían el firme compromiso de potenciar la

personalidad, la autonomía y el perfil de programación de Antena 3 Radio; y c) mantenían asimismo la decisión de llevar a cabo una gestión transparente.

2º.- Con fecha 31 de julio de 1992 la Sociedad Serec, S.A. (Grupo Godó), titular de 464 acciones de Inversiones Godó, S.A. y de 1375 acciones de Paltrieva, S.A., vendió las acciones descritas a Promotora de Informaciones, S.A. (Grupo PRISA), que compró la totalidad de las mismas.

3º.- Tras una serie de transacciones de acciones, Paltrieva, S.A. (sociedad ya controlada por el Grupo PRISA) adquirió el 32,95% del capital de Antena 3 Radio. De este modo, el Grupo PRISA se convirtió indirectamente en accionista minoritario de Antena 3 Radio.

4º.- Con fecha 3 de noviembre de 1993, se produjeron unos acuerdos entre Paltrieva, S.A. e Inversiones Godó, S.A. (accionistas de Antena 3 Radio) y entre los Grupos PRISA y Godó (como máximos accionistas de SER y Antena 3 Radio respectivamente).

Con fecha 18 de noviembre de 1993 se firmó un contrato entre Unión Radio S.A., la SER y Antena 3 Radio. El resultado de estos acuerdos y contratos fue la concentración de SER y Antena 3 Radio por la cesión de gestión de ambas cadenas a la Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio, S.A. Estos acuerdos y contratos fueron notificados voluntariamente al Servicio el 29 de noviembre de 1993 como concentración económica a los efectos del artículo 15 LDC.

5º.- El 21 de junio de 1994 apareció en el BOE la Orden de 2 de junio de 1994 por la que se hizo público el Acuerdo de Consejo de Ministros de 20 de mayo de 1994 por el que, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 LDC, procedía no oponerse a la operación de concentración antes señalada, subordinándose tal aprobación al cumplimiento de determinadas condiciones.

En este contexto, los ahora recurrentes denunciaron ante el Servicio, en escritos de 1 de junio de 1993 y 31 de enero de 1994, los hechos ocurridos en el verano de 1992. En resumen, los denunciantes sostienen que tales hechos supusieron una toma de control de PRISA sobre Antena 3 Radio, S.A., lo que a su criterio supondría:

- Violación del artículo 6 de la Ley 16/1989 al reforzar la posición de dominio que PRISA disfrutaba en el mercado de la radio con la toma de control de Antena 3 Radio, S.A.

- Subsidiariamente, y para el caso de que no se considerase abuso de posición de dominio, violación del artículo 1 de la Ley 16/1989, por acuerdos anticompetitivos.

- Competencia desleal según el artículo 7 de la Ley 16/1989, por actos de competencia desleal definidos en el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal al violar la disposición adicional 6ª de la LOT.

- En la medida en que estas conductas afectan al comercio intracomunitario, violación del artículo 86 del Tratado de Roma y subsidiariamente del artículo 85.1 del mismo.

- En la medida que Unión Radio, S.A. fue creada en fraude de Ley para soslayar la aplicación de la LOT y de la Ley 16/1989, solicita la inclusión como denunciada a la citada sociedad.

3. Teniendo en cuenta los hechos señalados y las infracciones denunciadas procede examinar las alegaciones presentadas por los recurrentes. En este caso hay que resaltar que existe una gran dificultad para contestar sistemáticamente las alegaciones realizadas por la representación de los mismos por el carácter confuso y enmarañado de sus diversos escritos. Antes de entrar en el fondo del asunto existen una serie de cuestiones previas que han sido planteadas por los recurrentes y que es necesario resolver. En primer lugar, se han quejado reiteradamente de indefensión al no haber tenido acceso a los documentos declarados confidenciales al amparo del artículo 53 LDC.

En relación con la confidencialidad de los documentos que constan en pieza separada, este Tribunal ya se pronunció, por Auto de 11 de abril de 1997, acordando levantar la confidencialidad e incorporar al expediente determinados documentos y mantenerla para el resto de los que obran en el tomo confidencial al considerar este Tribunal que afectan a secretos empresariales no relevantes en relación con lo que se discute en el presente expediente (ver Antecedente de Hecho 11).

Conviene recordar aquí que, como se señala en dicho Auto, tanto en el ordenamiento español de la competencia como en el comunitario, la garantía de la confidencialidad de las informaciones, datos y documentos aportados con tal carácter a los expedientes tramitados ante los órganos de la competencia constituye el contrapeso indispensable a las normas que exigen a las empresas colaborar con ellos y suministrar las informaciones que éstos les requieran, además de una garantía imprescindible para evitar que terceras personas, a través del acceso al expediente, puedan obtener informaciones de carácter estrictamente reservado y confidencial.

Sin embargo, también es necesario tener en cuenta que en los expedientes en materia de competencia, a la vez que se persigue la defensa de un interés público, se dirimen conflictos de intereses privados y, por lo tanto, los derechos de defensa no solamente pertenecen al denunciado, sino también al denunciante, que tiene interés en que se prohíba una conducta contraria a la competencia, por lo que la limitación de su acceso al expediente, debida a la declaración de confidencialidad de determinados documentos, debe ser la menor posible y siempre de forma justificada. No puede olvidarse que el mantenimiento de la confidencialidad afecta directamente a los denominados derechos de defensa, de modo que nadie puede ser condenado en base a un documento que no ha podido ser rebatido por haber sido declarado confidencial, pero tampoco un documento declarado confidencial puede servir para exculpar a un interesado, ya que en el procedimiento pueden existir otros interesados a los que se les negaría la posibilidad de argumentar o rebatir el contenido de dicho documento, interesados que podrían desear una resolución condenatoria que pusiera fin a determinadas conductas y a los que el principio de igualdad de armas impone que se les conceda el mismo trato en el procedimiento que a los demás.

El art. 53 LDC establece que tanto el Servicio como el Tribunal podrán declarar en cualquier momento que se mantengan secretos los datos y documentos que se consideren confidenciales. En aplicación de este precepto el Servicio había declarado como tales en su momento determinados documentos a petición de la parte que los aportaba. Dado que lógicamente, la LDC no indica cuáles son los datos o documentos que deben ser declarados confidenciales y cuáles no, las únicas reglas que pueden establecerse con carácter general en relación con este tema son las de la necesidad de analizar minuciosamente el carácter de cada documento y el de la proporcionalidad, es decir, que la decisión de levantar la confidencialidad de un documento que la parte considera que deba ser secreto debe ser proporcional a la finalidad perseguida con este levantamiento.

En esencia, los criterios utilizados por el Tribunal para decidir sobre la confidencialidad deben tratar de obtener un justo equilibrio entre la necesidad de desvelar la información imprescindible para que las partes interesadas puedan hacer alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes y la necesidad de salvaguardar los secretos que pertenecen a cada empresa y la información cuya obtención ha supuesto, en muchos casos, un coste considerable para la misma por no ser fácilmente accesible, siempre teniendo en cuenta que los documentos declarados secretos no pueden servir para fundamentar una

Resolución, sea ésta condenatoria o favorable para el denunciado pues, de aceptarse este extremo, se estaría produciendo indefensión.

Aplicando todas estas consideraciones a este caso en concreto y teniendo en cuenta que se trata de un recurso contra un Acuerdo de sobreseimiento parcial por lo que se refiere a la imputación a los denunciados de la realización de actos que pudieran suponer conductas contempladas en los artículos 6 (abuso de posición dominante) y 7 (falseamiento de la libre competencia por actos desleales) de la LDC y en el artículo 86 (abuso de posición dominante) del Tratado de Roma, el Tribunal mediante el Auto antes señalado consideró confidencial y no accesible para terceros determinados documentos que se mantienen en pieza separada.

En sus alegaciones de 9 de mayo de 1997 la representación de los recurrentes aportó fotocopia del Auto de 29 de mayo de 1995 dictado por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el recurso nº 533/94. Este Tribunal considera que su decisión no contradice dicho Auto pues, como se señala en el Fundamento Jurídico tercero del mismo:

"¿Qué debe entenderse, desde la perspectiva del recurso contencioso-administrativo interpuesto, por datos o documentos que se consideren confidenciales, por emplear exactamente los términos de la Ley (art. 53 L. 16/89)? Es sabido que los conceptos jurídicos indeterminados son conceptos de valor que, contenidos en las normas, dan a los órganos de la Administración la posibilidad de actuación ante una concreta realidad. Al traer ese concepto al ámbito del proceso, es evidente que los datos o documentos a considerar como confidenciales, exige una valoración única que sea justa, y ello porque siendo el proceso garantía para las partes, todos los trámites procesales, han de compaginarse con el derecho de tutela judicial efectiva, como reconoce la representación procesal de los recurrentes en Súplica. Pues bien, aunque los recurrentes en Súplica no indicaron (ni ahora indican) los motivos concretos e individualizados por lo que cada uno de los documentos aportados y que constituyen la denominada pieza confidencial deben estar amparados por el secreto comercial o industrial, la Sala, en aras del derecho fundamental de tutela judicial efectiva que ampara a todas las partes del proceso ha analizado detalladamente todos los documentos que el Director General de Defensa de la Competencia (Ministerio de Economía y Hacienda) indicó como documentos confidenciales al remitir a esta Sala el expediente administrativo, (folios ...) y resulta que ninguno de los documentos examinados, -en este caso concreto- pueden

considerarse desde la jurisdicción revisora, documentos confidenciales al extremo de que sean sustraídos al análisis de los demandantes a los efectos de que, junto con todo el expediente, puedan deducir la correspondiente demanda".

Como se observa, nuestro más Alto Tribunal acepta que la confidencialidad de los datos o documentos obrantes en un expediente ha de analizarse caso a caso y que, incluso aunque en el litigio a que se refiere dicho Auto no se habían indicado los motivos concretos e individualizados por los que cada uno de los documentos aportados debían estar amparados por el secreto comercial o industrial, la Sala analizó detenidamente todos los documentos confidenciales con el resultado de que en ese caso concreto no podían ser considerados como tales desde la jurisdicción revisora. De ello se deduce que en otro hipotético caso, la Sala, tras el análisis de los documentos pertinentes, podría haber considerado adecuado el mantenimiento de la confidencialidad de los mismos.

4. En segundo lugar, la representación de los recurrentes niega al Servicio la capacidad de decretar el sobreseimiento parcial de un expediente sancionador, señalando que el mismo violaría el art. 89 de la Ley 30/1991 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP).

Sin embargo, dicho artículo impone la obligación de que *"la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo"*. Por tanto, no se opone a la facultad del Servicio de ordenar e impulsar la instrucción resolviendo, mediante actos separados, algunas de las cuestiones planteadas, para poder así concentrar la instrucción en las cuestiones que no han quedado resueltas.

Precisamente, el origen de los Acuerdos de Sobreseimiento Parcial en la tramitación de los expedientes del Servicio se configuró como un instrumento en favor de los denunciados. Como se ha señalado con frecuencia, *"el Tribunal entiende que la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, no reconoce una acusación particular que corra paralela a la pública que ejerce el Servicio y que pueda fijar un objeto del procedimiento distinto o a tener en cuenta junto al que delimita el Pliego de Concreción de Hechos. Es únicamente este acto el que define la acusación y las personas imputadas. Si el Servicio no recoge en el Pliego parte de los hechos denunciados, el denunciante podrá recurrir este sobreseimiento parcial ante el Tribunal (art. 37.4) dentro de los diez días (art. 47)"* (Auto de 31 de marzo de 1992 en el Expediente 309/91, Autofeber). Lógicamente, para poder recurrir dicho acto, éste habrá de ser previamente notificado a los interesados.

Por tanto, cuando el Servicio considere que algunos de los hechos contenidos en una denuncia no son constitutivos de infracción debe excluirlos del Pliego de Concreción de Hechos (art. 37 LDC), pronunciándose explícita y formalmente mediante un Sobreseimiento Parcial de la denuncia que habrá de notificarse a los interesados, para darles la oportunidad de interponer recurso ante este Tribunal (art. 47 LDC).

En este caso, nada puede reprocharse al Servicio sobre este tema pues el procedimiento seguido en el Acuerdo tomado en el expediente objeto del presente recurso se ajusta perfectamente al señalado en el párrafo anterior.

5. Una tercera cuestión previa que ha de abordarse es la relativa a la práctica de las pruebas y celebración de vista solicitadas reiteradamente por las recurrentes. A este respecto el Tribunal ha mantenido el criterio de que en los expedientes de recurso no existe un verdadero proceso probatorio, tal como está regulado por la LDC en sus artículos 40 y 41 previstos en las disposiciones relativas a la fase de resolución por este Tribunal de los expedientes sancionadores o de autorización previamente instruidos por el Servicio. Este hecho está en concordancia con el carácter sumario del procedimiento para la tramitación de los recursos. Sólo excepcionalmente se ha admitido la práctica de prueba por el Tribunal cuando la información obrante en el expediente no le permite disponer de los elementos necesarios para fundar su decisión y éstos no pueden ser aportados por las partes. En el presente caso, el Tribunal considera que en el expediente hay suficientes elementos para dictar Resolución por lo que no estima necesaria la práctica de las pruebas solicitadas ni la celebración de Vista.
6. Una última cuestión previa a tratar es la referida a la invocación que hace la representación de los recurrentes del artículo 90.1 del Tratado de Roma (hoy Tratado de la Unión Europea, en adelante, TUE) para revocar el Acuerdo del Servicio a que se refiere el presente recurso.

Dicho artículo 90.1 dispone que: *"Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 7 y 85 a 94 ambos inclusive"*. Por tanto, es evidente que, de acuerdo con su tenor literal, e incluso lo reconocen los propios recurrentes, los destinatarios de esta disposición son los estados miembros y no las empresas. Por ello, dicho artículo es claramente inaplicable a los acuerdos entre los Grupos PRISA y Godó, objeto del Acuerdo de sobreseimiento parcial cuya impugnación ha dado lugar al presente recurso.

En cualquier caso, en virtud del principio de competencia tasada que rige la actuación de los órganos administrativos (artículos 11 y siguientes de la LRJAP) y, dado que ni los artículos contenidos en la Sección Segunda de la LDC dedicada a delimitar las funciones y facultades del Tribunal (artículos 24 a 29) ni el Real Decreto 1882/1986, de 29 de agosto, relativo a la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado de la Comunidad Económica Europea atribuyen a este Tribunal competencias para aplicar el referido artículo 90, este Tribunal no es competente para aplicar a título principal el artículo 90 TUE.

7. En relación con el fondo del asunto que se examina en este expediente y por lo que se refiere a las imputaciones en base al artículo 6 LDC, según los denunciantes, ahora recurrentes, la SER (sociedad participada mayoritariamente por el Grupo PRISA) partía de una posición de dominio en el mercado de la radio comercial y los hechos que se iniciaron con el Acuerdo del 22 de julio de 1992 supusieron la toma de control de Antena 3 Radio por parte del Grupo PRISA y, por tanto, sería un reforzamiento de la posición de dominio de la SER, lo que consideran puede, a su vez, ser calificado de abuso y violar en consecuencia las disposiciones del artículo 6 LDC.

Por su parte, el Servicio considera que los hechos 1º, 2º y 3º que se iniciaron con el Acuerdo de 22 de julio de 1992, y que se encuentran reflejados en el Fundamento Jurídico 2, no supusieron una toma de control de Antena 3 Radio por parte del Grupo PRISA. Para el Servicio, dicho Acuerdo y los posteriores intercambios de acciones que desembocaron en una participación minoritaria del Grupo PRISA en Antena 3 Radio no fueron una toma de control independiente, ya que dicho control no se podría llevar a cabo eficazmente sin la colaboración del Grupo Godó, accionista mayoritario de Antena 3 Radio a través de Inversiones Godó, S.A. Por el contrario, estos hechos supondrían un acuerdo entre dos competidores para actuar conjuntamente en el mercado de la radio comercial, lo cual sería encuadrable en el art. 1 LDC. En cualquier caso, el Servicio plantea que, incluso en el caso de que se consideraran los hechos como una toma de control de Antena 3 Radio por parte del Grupo PRISA y supuesta la posición de dominio del Grupo PRISA en el mercado de la radio comercial, tampoco sería esta conducta encuadrable en el art. 6 LDC.

En relación con los hechos ocurridos a raíz del Acuerdo suscrito entre los Grupos PRISA y Godó en el verano de 1992 existen discrepancias entre los ahora recurrentes y el Servicio sobre si supusieron una toma de control o no. De hecho, este Tribunal en su Dictamen preceptivo a la operación de concentración que se indica en el Fundamento Jurídico 2 (hechos 4º y 5º) [Expte. C 13/93, Unión Radio] señala (páginas 10 a 12):

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

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

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

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

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

En cualquier caso, hay que destacar, como bien señala el Servicio, que dicha discusión es irrelevante para resolver sobre si existe o no infracción del art. 6 LDC pues:

- Si, en primer lugar, consideramos, como hacen los recurrentes, la hipótesis de que existía toma de control por parte del Grupo PRISA de Antena 3 Radio y que, por tanto, existe concentración desde el verano de 1992, la consecuencia sería que no es aplicable el art. 6 LDC que se refiere a conductas y no a cambios estructurales en los mercados.

De acuerdo con la doctrina expresada por este Tribunal en su Resolución de 14 de julio de 1993 (Expte. A 51/93, Mölnlycke), existe una incompatibilidad entre el régimen de los artículos 1 y 6 LDC, por una parte, y el del artículo 14 LDC, por otra, por lo que una misma conducta no puede enjuiciarse bajo ambos regímenes. Como señala el Servicio: *"O es conducta (práctica colusoria o abusiva) o es concentración, y conducta sólo será en la medida en que no sea concentración. Si es concentración, el procedimiento aplicable sería el Capítulo II de la Ley de Defensa de la Competencia, y no el artículo 6 de la misma."*

Esta posición del Tribunal se ha visto confirmada con la reciente introducción, en el art. 15 de la LDC de un nuevo apartado 5 en el que, entre otros extremos, se consagra el tratamiento unitario -bien como acuerdo bien como concentración- de los expedientes en los que se debata la naturaleza de la operación.

- Si, alternativamente, consideramos, como hace el Servicio, la hipótesis de que no existió toma de control (ni, por tanto, concentración) durante 1992, no se produciría un reforzamiento de una supuesta posición de dominio, con lo que no podría hablarse de

existencia de abuso de posición de dominio por dicha razón, y, por tanto, tampoco sería aplicable el art. 6 LDC, sino que, en todo caso, deberían tratarse como concertación y les sería aplicable el art. 1 LDC y art. 85.1 TUE.

En conclusión, en ningún caso puede hablarse de que existe infracción del art. 6 LDC, siendo innecesario para ello hacer consideraciones sobre el mercado relevante pues, fuera cual fuera éste no se desvirtuaría la argumentación.

8. El mismo razonamiento para la no aplicación del art. 6 LDC es susceptible de ser utilizado para la no procedencia del art. 86 TUE pues con la adopción del Reglamento nº4064/89 del Consejo sobre control de operaciones de concentración ha quedado clarificado que este tipo de operaciones quedan excluidas, salvo raras excepciones, del ámbito de aplicación de los arts. 85 y 86 TUE. En este caso, si es una concentración de dimensión comunitaria, el procedimiento aplicable es el Reglamento CEE 4064/89. Si no es una concentración, no se produce un reforzamiento de posición de dominio, y, en consecuencia, no se produce abuso por esta razón, no pudiendo aplicarse el art. 86 TUE. No siendo concentración, los acuerdos del verano de 1992 podrían ser encuadrables en el art. 85.1 del TUE como acuerdos restrictivos de la competencia.
9. Por lo que se refiere a la imputación con base en el art. 7 LDC, los recurrentes consideran que los acuerdos suscritos por los Grupos Godó y PRISA en julio de 1992 constituyen un acto de competencia desleal por violación de normas, y en concreto por violación de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 31/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones (en adelante, LOT).

Es doctrina reiterada de este Tribunal que para que pueda aplicarse la prohibición contenida en el art. 7 LDC será preciso que en los comportamientos denunciados concurren las siguientes circunstancias (ver por todas la Resolución de 9 de octubre de 1991):

- a) Que sean constitutivos de competencia desleal.
- b) Que puedan producir un falseamiento sensible de la libre competencia en todo o en parte del mercado nacional, y
- c) Que por su propia dimensión provoquen una afectación del interés público.

Sólo cuando se den estos requisitos estará habilitado el Tribunal para entrar a conocer de dichos actos en los mismos términos que se establecen en la LDC para las conductas prohibidas por atentar contra la libre competencia, debiendo en otro caso acudir los interesados a la jurisdicción ordinaria, tal y como se establece en la Ley 3/1991, de Competencia Desleal.

El primer requisito es, pues, que sea un acto de competencia desleal de los tipificados en la Ley de Competencia Desleal. Así, según el art. 15 de la Ley de Competencia Desleal:

"1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.

2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial."

Los recurrentes sostienen que se ha violado la LOT en su disposición adicional 6ª .1, apartados d), e) y f), según los cuales:

"Para poder ser titular de una concesión de algún servicio público de radiodifusión sonora deberán reunirse los siguientes requisitos:

...

d) En ningún caso, una misma persona física o jurídica podrá ser titular de más de una concesión para la explotación de servicios de radiodifusión sonora de onda media ni de más de dos concesiones para la explotación de servicios de radiodifusión sonora de ondas métricas con modulación de frecuencia que coincidan sustancialmente en su ámbito de cobertura.

El otorgamiento de más de una concesión a una misma persona física o jurídica para la explotación de los servicios de radiodifusión sonora de ondas métricas con modulación de frecuencia que coincidan sustancialmente en su ámbito de cobertura, sólo podrá realizarse si por el número de las ya otorgadas queda suficientemente asegurada la pluralidad en la oferta radiofónica.

e) Una persona física o jurídica no podrá participar mayoritariamente en más de una sociedad concesionaria cuando exploten servicios de radiodifusión sonora que coincidan sustancialmente en su ámbito de cobertura.

f) Cualquier modificación en la titularidad de las acciones, participaciones o títulos equivalentes de las sociedades concesionarias del servicio público de radiodifusión sonora, así como las ampliaciones de capital cuando la suscripción de acciones o títulos equivalentes no se realice en idéntica proporción entre los propietarios del capital social, deberá ser autorizada previamente por la Administración."

En referencia al apartado d), en el expediente figura la relación de las personas físicas y jurídicas concesionarias de la gestión indirecta del servicio público de radiodifusión sonora en Ondas Medias, así como en ondas métricas con modulación de frecuencia cuya competencia ha correspondido a la Administración del Estado hasta la promulgación de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución, y que están inscritas en el correspondiente Registro de la Administración General del Estado (Dirección General de Telecomunicaciones) no observándose incumplimiento de dicha norma.

En relación con el apartado e), obra en el expediente la composición del accionariado de Antena 3 Radio, cuyo accionista mayoritario es Inversiones Godó S.A. La representación de Antena 3 Radio indica que Inversiones Godó S.A. no es accionista mayoritario de ninguna otra sociedad concesionaria. Por otra parte, aunque Promotora de Informaciones S.A. (Grupo PRISA) participa mayoritariamente en la SER y, a través de Inversiones Godó S.A. y Paltrieva S.A., posee una participación indirecta muy elevada del capital de Antena 3 Radio, aparentemente no participa mayoritariamente en el mismo por lo que no existen indicios de que se incumpla esta norma.

En relación con el apartado f), los cambios accionariales que tienen lugar con posterioridad al acuerdo de 22 de julio de 1992 en lo que se refiere a acciones de Antena 3 Radio son notificados a la Administración y son autorizados por Resoluciones de la Ilma. Sra. Secretaria General de Comunicaciones.

Por lo que se refiere a la autoridad competente sobre estas cuestiones, la Ley Orgánica 9/1992 inició un proceso de transferencias en las que se incluían las relativas a competencias del Estado en materia de radiodifusión sonora en FM, pero la autorización de los negocios jurídicos que afecten a las empresas de radiodifusión en FM que sean titulares de concesiones en más de una Comunidad Autónoma se continúan tramitando por el Departamento correspondiente de la Administración Central.

En cualquier caso, no existe mandato legal que obligue a inscribir en el Registro de Empresas Radiodifusoras aquellas transacciones que afecten al capital social de sociedades que ostenten la cualidad de socio de una concesionaria del servicio público de radiodifusión sonora, ni a solicitar la autorización administrativa previa para realizar tales negocios jurídicos. Por otra parte, la Disposición Adicional Sexta de la LOT establece limitaciones que afectan exclusivamente a la titularidad de la concesión, pero no inciden en otros aspectos de su explotación, como los acuerdos de gestión, afiliación en cadena, programación, etc.

Por tanto, dado que no existe infracción de normas, la competencia desleal que señala el art. 15 de la Ley de Competencia Desleal queda descartada y, no cumpliéndose el primero de los requisitos necesarios para la aplicación del art. 7 LDC, es innecesario pasar a analizar los otros dos requisitos exigidos.

10. Finalmente, el Tribunal no puede dejar de mostrar su extrañeza por el hecho de que el Servicio abra expediente por las conductas que se iniciaron con el Acuerdo de 22 de julio de 1992 suscrito entre el Grupo PRISA (Promotora de Informaciones S.A.) y el Grupo Godó (Talleres de Imprenta S.A.) y que los imputados en el mismo sean el Grupo PRISA y Antena 3 de Radio S.A., cuando esta última sociedad es más bien uno de los objetos de dicho Acuerdo.

Por todo lo expuesto y vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

- Único.-** Desestimar el recurso interpuesto por D. Antonio Herrero Lima, D. Manuel Antonio Martín Ferrand, D. Melchor Miralles Sangro, D. Pedro José Ramírez Codina, D. Federico Jorge Jiménez Losantos, D. José María García Pérez y D. Luis Francisco Herrero-Tejedor Algar contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 11 de octubre de 1996, por el que se sobresee parcialmente el expediente contra el Grupo PRISA y Antena 3 de Radio S.A. en lo que se refiere a la imputación a los denunciados de la realización de actos que pudieran suponer conductas contempladas en los artículos 6 y 7 de la Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y en el artículo 86 del Tratado de Roma.

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 de su notificación.