



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

29

D. Víctor Gallardo Sánchez

Secretario

F

de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, DOY FE: Que en el recurso n.º \_\_\_\_\_ obra lo siguiente:

### AUDIENCIA NACIONAL

#### Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Sexta

Número Recurso:	182/2001
Número Registro General:	2819/2001
Demandante:	Asociación Provincial de Empresas de Publicidad de Córdoba
Procuradora:	M <sup>a</sup> Concepción Calvo Meijide
Demandado:	Tribunal de Defensa de la Competencia
Ponente Ilmo. Sr.D.:	José M <sup>a</sup> del Riego Valledor

#### SENTENCIA N<sup>o</sup>:

**Ilmos. Sres.:**

**Presidente:**

Dña. Margarita Robles Fernández

**Magistrados:**

- Dña. Mercedes Pedraz Calvo
- D. José M<sup>a</sup> del Riego Valledor
- D. Santiago Soldevila Fragoso
- Dña. Concepción Mónica Montero Elena

Madrid, a 6 de febrero de dos mil cuatro.

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 182/2001, se tramita, a instancia de la Asociación Provincial de Empresas de Publicidad de Córdoba, representada por la Procuradora Dña. M<sup>a</sup> Concepción Calvo Meijide, contra la Resolución del Tribunal del Defensa de la Competencia, de fecha 22 de enero de 2001 (expediente 484/00), sobre prácticas prohibidas por el artículo 1 LDC, y en el que la Administración demandada ha estado

ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo su cuantía de 48.080,97 euros (8.000.000 pesetas).

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal indicada, contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 21 de marzo de 2001, y la Sala, por providencia de fecha 29 de marzo de 2001, 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.

Dentro del plazo legal, 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 3 de febrero de 2004.

**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<sup>a</sup> del Riego Valledor.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 22 de enero de 2001, que en su parte dispositiva dice:

ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

*Primero.- Declarar acreditada la realización de una conducta restrictiva de la competencia, prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, por parte de la Asociación Provincial de Empresas de Publicidad de Córdoba, consistente en la creación y puesta en marcha de un Índice de Morosos de las agencias de publicidad y medios de comunicación pertenecientes a la Asociación, que no estaba autorizado.*

*Segundo.- Imponer a la Asociación Provincial de Empresas de Publicidad de Córdoba como autora de esta conducta la multa de ocho millones de pesetas (48.080'96 euros).*

*Tercero.- Intimar a la Asociación Provincial de Empresas de Publicidad de Córdoba para que cese en la conducta que se ha declarado prohibida y a que se abstenga de realizarla en el futuro.*

*Cuarto.- Ordenar a la Asociación Provincial de Empresas de Publicidad de Córdoba que, en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación de esta Resolución, dé traslado de la misma a todos sus asociados. En caso de incumplimiento, se le impondrá una multa coercitiva de 30.000 pesetas por cada día de retraso en el envío.*

*Quinto.- Ordenar a la Asociación de Agencias de Publicidad de Córdoba la publicación a su costa, en el plazo de dos meses a contar desde la notificación, de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía y en las páginas económicas de un diario de información general que tenga difusión en la provincia de Córdoba, debiendo dar cuenta de dicha publicación al Servicio de Defensa de la Competencia. En caso de incumplimiento, se le impondrá una multa coercitiva de 30.000 pesetas por cada día de retraso en la publicación.*

**SEGUNDO.-** La Sala hace suyos los hechos declarados probados en la Resolución del TDC, que no son negados por la parte actora y, en todo caso, resultan de lo actuado en el expediente administrativo. Son los siguientes:

- 1) *La Asociación Provincial de Empresas de Publicidad de Córdoba se constituyó el 28 de noviembre de 1979.*



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

2) *En la Asamblea General Extraordinaria de la Asociación, que tuvo lugar el 5 de octubre de 1989, se creó el Índice de Morosos. El 20 de octubre de 1989 se firmó el citado índice de morosos constituido por agencias de publicidad y medios de comunicación (folios 67 a 70). Este índice se constituyó por tiempo indefinido y lo firmaron las siguientes agencias y medios de comunicación:*

- PUBLIO, SA*
- EQUIPO GRÁFICO, SA*
- ANDALUZA DE PUBLICIDAD Y MERCADOS, SA*
- FARO, SA*
- BOIX*
- PUBLHENZA*
- PESSINI TEVAR*
- FRANCISCO MORENO PUBLICIDAD*
- GRUPO DE COMUNICACIÓN*
- TRES LÍNEAS*
- MÁRQUEZ PUBLICIDAD*
- DIARIO DE CÓRDOBA*
- RADIO POPULAR*
- ANTENA 3*
- CADENA RATO*
- RADIO CÓRDOBA SER*
- ENRISAN PUBLICIDAD, S.L.*

3) *El citado Índice de Morosos ha estado funcionando desde su creación mediante el intercambio de información entre la Asociación y sus miembros y así figuran en el expediente los siguientes documentos:*

*-Relación de morosos enviada por la Asociación al Diario de Córdoba el 1 de diciembre de 1989 (folio 86).*

*-Exclusión de una empresa del índice, enviada por la Asociación el 3 de diciembre de 1989 (folio 98).*

*-Carta enviada por Andaluza de Publicidad y Mercados, SA el 17 de noviembre de 1993, a un cliente comunicándole que, de no abonar la deuda contraída*



*antes del 3 de diciembre, daría parte al índice de Morosos de Córdoba "quien a su vez lo comunicará a sus asociados (AGENCIAS DE PUBLICIDAD, MEDIOS DE COMUNICACIÓN, etc.), lo que significa que mientras no se satisfaga la deuda contraída con el asociado los demás asociados no aceptarán ni encargarán ningún trabajo al deudor" (folio 83).*

*-Solicitud de inclusión de una empresa en el Índice de Morosos efectuada por Andaluza de Publicidad y Mercado, SA el 3 de diciembre de 1993 (folio 80).*

*-Comunicación a una empresa por parte de la Asociación el 7 de enero de 1994 manifestándole que como consecuencia de su impago a Andaluza de Publicidad y Mercado se le incluirá en el índice de Morosos (folio 8)*

*-Comunicación de la Asociación a sus asociados, en marzo de 1994, sobre la inclusión en el Índice de Morosos de dos empresas. En el escrito figura "Con autorización singular para este Servicio Informativo. Expediente 1047/1994 del Ministerio de Economía y Hacienda. Dirección General de Defensa de la Competencia. BOE de 28 de enero de 1994" (folio 77). Ahora bien, esta autorización es la de la Asociación de Empresarios de Publicidad de Sevilla, no de Córdoba.*

*-Carta de Andaluza de Publicidad y Mercado, SA, al Presidente de la Asociación, el 14 de marzo de 1994, solicitando la inclusión de dos empresas en el Índice de Morosos (folios 78 y 79)*

*-Carta de Publicidad Faro al Presidente de la Asociación, con fecha 15 de abril de 1994, solicitando la inclusión en el Índice de Morosos de una empresa y rogando que se envíe una circular a los medios de comunicación para que no admitan nada de ese cliente (folios 71 a 76).*

*-Carta de fecha 27 de junio de 1995 de Grupo de Comunicación al Presidente de la Asociación comunicándole el nombre de una empresa deudora y manifestando que están apareciendo anuncios de la citada empresa tramitados por otra agencia de publicidad por lo que ruega que lo ponga en conocimiento de las agencias para que no se efectúen más trabajos hasta que la deuda esté saldada (folio 85).*

ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

- 4) Grupo de Comunicación envió, con fecha 4 de marzo de 1997, una carta a la Asociación en la que comunicaba que una agencia pretendía realizar la publicidad de la Comunidad de Propietarios Zoco Córdoba (en adelante Comunidad) pese a tener una deuda contraída con Grupo de Comunicación. En la citada carta solicitaba que esta información fuese comunicada a los demás miembros de la Asociación y comunicaba que, por su parte, Grupo de Comunicación enviaría otro escrito a los diferentes medios de comunicación de Córdoba informándoles de la situación (folio 17). Previamente, el día 3 de marzo, Grupo de Comunicación envió una carta al Diario de Córdoba comunicando la deuda que tenía contraída la Comunidad con su empresa y pidiendo al diario que tomase las medidas oportunas para impedir cualquier tipo de publicidad hasta que no hubiesen liquidado la deuda (folio 166).
- 5) El 5 de marzo de 1997 la Asociación dio traslado de la carta anterior a 11 de sus miembros (folio 143).

**TERCERO.-** La parte alega en su recurso: a) infracción de los principios de legalidad y tipicidad, porque no existe precepto alguno en la LDC que sancione la creación de un índice de morosos y falta de motivación, porque el TDC no explica porque la conducta sancionada es contraria a la libre competencia, b) caducidad del procedimiento, c) prescripción de la infracción, d) ausencia de culpabilidad y e) infracción del principio de proporcionalidad.

El Abogado del Estado contesta que la LDC es posterior a la Constitución, por lo que el enjuiciamiento de su constitucionalidad corresponde al TC, sin que en este caso existan razones para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Añade que la conducta sancionada está prohibida por el artículo 1 LDC, no existe caducidad ni prescripción y el TDC ha tenido en cuenta las circunstancias concurrentes para la determinación de la sanción.

**TERCERO.-** Tratamos en primer lugar, por razones de orden lógico, de la alegación de caducidad del procedimiento.

Por lo que se refiere a las actuaciones del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), estas se iniciaron el 9 de junio de 1997, fecha de la providencia de admisión a trámite de la denuncia y de incoación del expediente, y finalizaron con el Informe propuesta de 13 de marzo de 2000.

ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

En la fecha de incoación del expediente, la ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), no contenía ninguna previsión sobre la duración máxima de actuaciones del SDC. El artículo 100 de la ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, añadió un nuevo artículo 56 en la LDC, cuyo primer apartado estableció que el plazo máximo de duración de la fase del procedimiento sancionador ante el SDC sería de 18 meses (más tarde reducido a 12 meses por el artículo 32 de la ley 52/99, de 28 de diciembre, de reforma de la LDC).

La Disposición Transitoria 12ª de la citada ley 66/97 establece que ese plazo máximo de duración de 18 meses sería de aplicación únicamente a aquellos procedimientos que se inicien a partir del día 1 de enero de 1998.

Por lo tanto, el plazo de caducidad invocado no es aplicable en el presente caso, ya que hemos visto que el procedimiento sancionador se inició por el SDC el 9 de junio de 1997. Es de aplicación, entonces, el régimen anterior en el que no existía ningún plazo de caducidad para las actuaciones del SDC.

No es posible la aplicación retroactiva porque no estamos ante una norma sancionadora más favorable, sino ante una norma de procedimiento. La retroactividad de las disposiciones sancionadoras más favorables supone su aplicación, desde el momento mismo de su entrada en vigor, a cualquier procedimiento sancionador, aún concluido y en vía de revisión administrativa o jurisdiccional, pero tal retroactividad no es predicable respecto de las disposiciones de carácter exclusivamente procedimental, como la que ahora comentamos, que además cuenta con un tratamiento específico en la Disposición Transitoria 12ª de la ley 66/97, que acabamos de citar.

**CUARTO.-** También el artículo 100 de la ley 66/97, añadió un apartado específico (apartado 2) al artículo 56 LDC, respecto de la duración máxima de las actuaciones ante el TDC, fijando un plazo máximo de 12 meses a contar desde la admisión a trámite del expediente. Y la Disposición Transitoria 12ª de la misma ley 66/97 estableció que ese plazo máximo se aplicará a aquellos expedientes que fueran admitidos a trámite por el TDC a partir del día 1 de enero de 1998.

Este plazo si es aplicable a las actuaciones del TDC porque el SDC le remitió su expediente el 16 de marzo de 2000 y la providencia del TDC de admisión a trámite fue acordada en providencia de 3 de abril de 2000.

ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

Admitido a trámite el expediente el 3 de abril de 2000, como acabamos de decir, el TDC dictó Resolución el 22 de enero de 2001, notificada a la Asociación demandante el 2 de febrero de 2001, luego es claro que las actuaciones no sobrepasaron su plazo máximo de 12 meses ni, por tanto, puede declararse la caducidad.

**QUINTO.-** Argumenta la Asociación demandante que la LDC no contiene una clasificación de las infracciones en leves, graves y muy graves, por lo que no considera aplicables los plazos de prescripción que la propia LDC establece, sino como interpretación más favorable al imputado el plazo de 6 meses de prescripción establecido por el artículo 132.1 de la ley 30792 para las infracciones leves.

Sin embargo, el mismo artículo 132.1 de la ley 30/92 que invoca el recurrente advierte que "...las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan...", de forma que los plazos que establece seguidamente dicho precepto no son de aplicación en el presente caso, porque la LDC establece un específico plazo de prescripción para las infracciones que tipifica. En efecto, el artículo 12 LDC señala que las infracciones previstas por ella prescribirán a los 5 años (4 años desde la reforma efectuada por la ley 52/99, antes citada). Añade el artículo 12 LDC, en su apartado 2, que la prescripción se interrumpe por cualquier acto del TDC o SDC, con conocimiento formal del interesado, tendente a la investigación, instrucción o persecución de la infracción.

Por tal razón, incoado el procedimiento sancionador por el SDC el 9 de junio de 1997, debe entenderse que a partir de dicho momento quedó interrumpido el plazo de prescripción de la infracción, y el índice de morosos del que tratamos en esta Resolución, aunque creado en 1989, se mantuvo ininterrumpidamente hasta el inicio mismo de las actuaciones del SDC. Además, todos los hechos relacionados con la actividad del índice de morosos que se declaran probados se producen en los 4 años inmediatamente anteriores a la incoación del procedimiento. Por dichas razones no puede acogerse la prescripción invocada.

**SEXTO.-** Las alegaciones del actor relativas al incumplimiento por el artículo 1 LDC de las exigencias constitucionales de legalidad y tipicidad, en cuanto contiene unas prohibiciones abstractas y abiertas, descritas con generalidad, tampoco pueden tener acogida en este recurso contencioso administrativo, porque, como destaca el Abogado del Estado, la LDC es posterior a la Constitución española (CE), de suerte que el juicio sobre su constitucionalidad queda reservado al Tribunal Constitucional, sin que la propia parte actora haya llegado a solicitar formalmente a esta Sala el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, y sin que a la





Sala se le plantee duda alguna sobre la adecuación del artículo 1 LDC a la CE, teniendo en cuenta, además, que el artículo 1 LDC es de prácticamente igual contenido que el artículo 81 del Tratado de la Unión Europea (antiguo artículo 85), de constante aplicación por el TJCE.

Tampoco comparte la Sala la alegación de que el TDC "...en ninguno de sus párrafos se toma el trabajo de explicar..." (sic) porque la conducta sancionada es contraria a la libre competencia.

Sucede precisamente todo lo contrario. Ya desde el inicio de las actuaciones el demandante ha conocido, mediante una explicación clara y suficiente, las razones por las que su actuación podía estar incurso en la prohibición de restricción de la competencia del artículo 1 LDC. En el Pliego de Cargos se explica que los denominados registros de morosos establecidos en el seno de las Asociaciones empresariales, como sucede en este caso, constituyen una forma de concertación entre empresarios para transmitirse recíprocamente, a través de un órgano centralizado, informaciones sobre la solvencia de sus clientes, que puede incidir significativamente en las condiciones comerciales o de servicio, afectando de este modo a la competencia.

El TDC dedica los Fundamentos 1º y 2º (folios 10 a 12) de su Resolución a explicar las razones por las que la conducta de la recurrente, que consistió en la creación y mantenimiento de un registro de morosos, es contraria al artículo 1 LDC. Repite el TDC los argumentos del Pliego de Cargos y añade otros nuevos, como la indicación de que el índice de morosos, creado y mantenido por la recurrente, propicia fácilmente reacciones defensivas comunes en paralelo, de suerte que las condiciones de competencia no son las mismas antes y después de la instauración del registro y señala, finalmente, bajo qué condiciones -que el recurrente incumplió- es posible su autorización administrativa.

La consideración de los registros de morosos como un acuerdo entre empresas que comparten información relativa al cumplimiento de sus obligaciones por sus clientes y, por ello, como una conducta potencialmente restrictiva de la competencia, no es una tesis que hoy defienda en exclusiva por el TDC, sino que es asumida también por nuestro Tribunal Supremo, así en tres sentencias de 26 de octubre de 1998 (RJ 1998\7643, RJ 1998\7644 y RJ 1998\7645), dos sentencias de 27 de octubre de 1998 (RJ 1998\9565 y RJ 1998\9566) y otras dos de 3 de noviembre de 1998 (RJ 1998\7959 y RJ 1998\7960), y también por esta Sala de la Audiencia Nacional, en sentencias de 28 de noviembre de 2001 (recurso 7 de diciembre de 2001 (recurso 1059/1999) y 15 de julio de 2003 (recurso 356/99).

ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

**SEPTIMO.-** La presencia del elemento culpabilístico en la conducta de la recurrente es evidente para la Sala, y resulta especialmente de la comunicación de la Asociación a sus asociados, de marzo de 1994, relativa a la inclusión en el índice de morosos de dos empresas, pues en el escrito figura “con autorización singular para este Servicio Informativo Expediente 1047/94 del Ministerio de Economía y Hacienda. Dirección General de Defensa de la Competencia. BOE de 28 de enero de 1994”.

Sin embargo, este número de expediente de autorización corresponde a la Asociación de Empresarios de Publicidad de Sevilla, no de Córdoba. Por tanto, es claro que la Asociación recurrente, desde varios años antes de la incoación del expediente sancionador, conocía el requisito de la autorización singular del índice de morosos, sin que conste que haya realizado intento alguno de obtener tal autorización, por lo que no cabe duda de que era consciente de que estaba llevando a cabo una conducta infractora para la que no contaba con autorización.

**OCTAVO.-** La Sala entiende que el TDC ha observado el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción y, además, ha explicado suficientemente los criterios tenidos en cuenta.

En efecto, el TDC ha tenido en consideración las circunstancias que, de acuerdo con el artículo 10.2 LDC, permiten calificar la importancia de la infracción, tales como el ámbito geográfico afectado, que se limita a la provincia de Córdoba, y otras que no favorecen precisamente a la recurrente, como la extensión de los efectos de su conducta a todas las empresas de publicidad y medios de comunicación que puedan actuar en dicha provincia y la duración temporal de la práctica prohibida, que se ha mantenido durante años hasta la iniciación del expediente sancionador.

A la vista de tales circunstancias, la sanción impuesta a la recurrente de 8.000.000, que se sitúa dentro del tramo más bajo de la cuantía de las multas previstas por la LDC (hasta 150 millones), se considera por esta Sala plenamente ajustada a derecho.

**NOVENO.-** 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.



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

FALLAMOS

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

**DESESTIMAR** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la Asociación Provincial de Empresas de Publicidad de Córdoba contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 22 de enero de 2001, que se declara ajustada a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, indicando si es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello.

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. /