

RESOLUCIÓN (Expte. 487/00, RADIO FÓRMULA)

Pleno

Excmos. Sres.:

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

En Madrid, a 18 de abril 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 487/00 (962/93 del Servicio de Defensa de la Competencia, en lo sucesivo, el Servicio) iniciado por denuncia de D. Antonio Herrero Lima y otros profesionales de los medios de comunicación contra el Grupo PRISA, Promotora de Informaciones S.A. (en adelante, PRISA) y las demás empresas de su Grupo por presuntas prácticas prohibidas por el artículo 6 y, subsidiariamente, por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en lo sucesivo, LDC), consistentes en celebrar un pacto entre el Grupo PRISA y el Grupo GODÓ para el control de Antena 3 de Radio S.A. (en adelante, A3R).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 2 de junio de 1993 D. Felipe Arrizubieta Balerdi, en nombre y representación de los profesionales de los medios de comunicación D. Antonio María Herrero Lima, D. Manuel Antonio Martín Ferrand, D. Melchor Miralles Sangro, D. Pedro José Ramírez Codina, D. Luis Angel de la Viuda Pereda, D. Federico Jorge Jiménez Losantos, D. José María García Pérez y D. Luis Francisco Herrero-Tejedor Algar, formuló denuncia contra el Grupo PRISA, Promotora de Informaciones S.A. (PRISA) y las demás empresas de su Grupo por presuntas prácticas prohibidas por el art. 6 -y subsidiariamente, de no constituir grupo las empresas que intervienen- por el art. 1 LDC, consistentes en un pacto entre el Grupo

PRISA y el Grupo GODÓ para el control de A3R, con infracción de los arts. 85.1 y 86 del Tratado de Roma y del art. 15 de la Ley de Competencia Desleal (LCD) y 7 LDC.

2. Con fecha de 25 de junio de 1993 el Servicio acordó admitir a trámite la denuncia incoando expediente sancionador contra PRISA y A3R.
3. El 29 de noviembre de 1993 la SER y A3R notificaron voluntariamente la operación de concentración de ambas cadenas mediante la cesión de su gestión conjunta a Unión Radio S.A. por un período de diez años prorrogables. Dicha notificación dio lugar al expediente C 13/93, Unión Radio y al Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de mayo de 1994, por el que no se opuso a la concentración cuya autorización se subordinó al cumplimiento de determinadas condiciones. Dicho Acuerdo fue recurrido ante el Tribunal Supremo que dictó Sentencia el 9 de junio de 2000 de la Sala 3ª, Sección 3ª, anulándolo.
4. Los hechos que se consideraron constitutivos de infracción se recogieron en el Pliego de Concreción de Hechos (folio 464), formalizado el 4 de noviembre de 1994 y que se transcribe a continuación:

“HECHOS ACREDITADOS:

1º. El 22 de Julio de 1992 el Grupo Godó que controlaba mayoritariamente Antena 3 Radio, S.A. y el Grupo PRISA que controlaba mayoritariamente la Sociedad Española de Radiodifusión, S.A. (SER), llegaron al acuerdo de iniciar un proceso de transformaciones que en el campo de los medios de comunicación habrían de producirse en el inmediato futuro.

Entre otras cosas, ambos grupos acordaron:

- a) *Establecer un pacto sobre el futuro de la presencia de Inversiones Godó, S.A. en Antena 3 Radio, S.A., tendente al mantenimiento del Grupo Godó en todas las actividades multimedia.*
- b) *La creación de nuevas sociedades de servicios periodísticos para el desarrollo de proyectos de prensa escrita.*
- c) *El establecimiento de un compromiso mutuo mediante el cual el Grupo Godó y el Grupo PRISA tendrían un derecho de participación preferente en las nuevas actividades que en medios*

de comunicación abordaran ambos Grupos por separado en el futuro.

- d) Para el seguimiento de estos acuerdos se crearía un Comité paritario que garantizara el buen fin de los mismos.*

En el comunicado de prensa posterior a la firma del acuerdo se señalaba por su parte que:

- El acuerdo no suponía ningún cambio en el accionariado de Antena 3 Radio, S.A., dado que la participación de Inversiones Godó, S.A. permanecía inalterada.*
- Ambas partes mantenían el firme compromiso de potenciar la personalidad, la autonomía y el perfil de programación de Antena 3 Radio, S.A., en abierta competencia con el resto de las cadenas radiofónicas.*
- Mantenían asimismo la decisión de llevar a cabo una gestión transparente, en defensa de los derechos de los oyentes y de los anunciantes.*

2º. Posteriormente al citado acuerdo y tras una serie de transmisiones de acciones, el Grupo PRISA se convirtió indirectamente en accionista minoritario de Antena 3 Radio, S.A.

3º. El 23 de Diciembre de 1992 Antena 3 de Radio, S.A. y Gerencia de Medios, S.A. (sociedad controlada mayoritariamente por PROFISA que pertenecía a Promotora de Publicaciones, S.L., que poseía la mayoría de capital de Promotora de Informaciones, S.A. -PRISA-), 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, en el mercado publicitario, la contratación de patrocinadores, anuncios, spots publicitarios, etc...para sus espacios de programación radiofónica emitidos o transmitidos por sus emisoras pertenecientes a la cadena Antena 3, incluyendo publicidad distribuida.

La sociedad Gerencia de Medios, S.A. ya gestionaba en exclusiva la publicidad de la SER para sus espacios de programación radiofónica emitidos o transmitidos por sus emisoras pertenecientes a:

- Cadena Convencional
- Cadena 40 principales.
- Cadena Dial.
- Cadena Minuto.
- Publicidad distribuida.

4º. El 1 de enero de 1993, Antena 3 Radio, S.A. y Promotora de Televisión y Radio, S.A. (participada mayoritariamente por Antena 3 Radio, S.A.) que explotaban la cadena Radio 80 por un lado, y la SER y Comunicación Radiofónica, S.A. (CORASA) (participada mayoritariamente por la SER) que explotaban Cadena Minuto por otro, suscribieron un convenio de programación, por el que las emisoras de estas cadenas pasaban a integrar la Cadena M-80. CORASA era titular de las marcas y rótulos M-80, M-80 Serie Oro y Cadena M-80, la cadena la controlaba el Comité de Cadena controlado a su vez por la SER y la gestión económica y contable de la cadena M-80 era llevada por CORASA.

La estipulación octava de dicho convenio fijaba las condiciones de contratación de publicidad para las emisiones de la Cadena M-80. La publicidad que se emitiera así como sus tarifas, serían controladas por la dirección de la Cadena, no teniendo las emisoras afiliadas a la Cadena libertad para elegir ni su publicidad ni sus tarifas."

5. Tramitado el expediente sancionador por el Servicio, con fecha de 11 de octubre de 1996 acordó el sobreseimiento parcial del mismo en lo relativo a la imputación de conductas incursas en los arts. 6 y 7 LDC y en el 86 del Tratado CEE. Dicho Acuerdo fue recurrido por los denunciados ante el Tribunal, recurso que fue desestimado mediante Resolución de 29 de julio de 1997 (Expte. R 185/96, Radio Fórmula) y ha sido estimado por la Audiencia Nacional mediante Sentencia de 15 de septiembre de 2000. Esta Sentencia no afecta a la infracción del art. 1 LDC que se dilucida en este expediente.
6. El 11 de diciembre de 1997 la Instructora acordó dar por concluidas las actuaciones, procediendo a redactar el Informe-Propuesta.
7. Con fecha 11 de abril de 2000 se recibió en el Tribunal el Informe-Propuesta. Dado que la Resolución del antes mencionado recurso fue impugnada ante la Audiencia Nacional, a la que se habían remitido tres tomos del expediente del Servicio, se solicitaron nuevas copias al mismo que se recibieron en el Tribunal el 17 de abril de 2000.

8. El día 25 de abril de 2000 el Vocal D. José Juan Franch Menéu presentó un escrito por el que solicitaba abstenerse en este expediente al considerar que concurría lo previsto en la letra c), en relación con la b), del artículo 28.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. El Tribunal acordó dicha abstención.
9. Aunque el Tribunal en su citado Informe del expediente de concentración C 13/93 se mostraba, en principio, partidario de la tesis de que los acuerdos del verano de 1992 eran ya concentrativos, el Servicio en su Propuesta insiste en que, en su opinión, supusieron una coordinación de la gestión de la publicidad entre empresas competidoras por lo que, en síntesis, propone que el Tribunal los declare contrarios a los arts. 1.1 LDC y 85 del Tratado CEE, al no haber sido objeto de solicitud de autorización y pese a que sus *"posibles efectos se circunscriben a un período muy corto de tiempo"*.

Concretamente, el Servicio propone lo siguiente:

"Primero.- Que por el Tribunal de Defensa de la Competencia:

- a) *Se declare que el acuerdo de 22 de Julio de 1992 celebrado entre los Grupos Prisa y Godó en el que se pactaron las condiciones de la presencia de Inversiones Godó, S.A. en Antena 3 Radio, S.A., la creación de nuevas sociedades conjuntas de prensa escrita, el establecimiento de derechos preferentes de un grupo en las nuevas inversiones del otro en medios de comunicación y la creación de un Comité paritario entre ambos grupos, es un acuerdo prohibido por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia y del art. 85 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea.*
- b) *Se declare que el acuerdo de 23 de Diciembre de 1992 por el que Antena 3 de Radio, S.A. encomienda a Gerencia de Medios, S.A. la gestión en exclusiva de su publicidad en todo el territorio nacional es un acuerdo prohibido por el artículo 1.1. de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia.*
- c) *Se declare que el convenio de programación suscrito el 1 de Enero de 1993 entre Antena 3 de Radio S.A. y Promotora de Televisión S.A. por un lado y la Sociedad Española de Radiodifusión, S.A. y Comunicación Radiofónica, S.A. por otro, por el que las emisoras de estas cadenas pasaban a integrar la Cadena M-80, es un acuerdo prohibido por el artículo 1.1. de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.*

d) *Se declare como responsables de las infracciones precedentes al grupo PRISA, como entidad que controlaba mayoritariamente: Promotora de Informaciones, S.A., Paltrivia, S.A., Antena 3 de Radio, S.A., Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio, S.A., Sociedad Española de Radiodifusión, S.A., Gerencia de Medios, S.A., Promotora de Televisión y Radio, S.A. y Comunicación Radiofónica, S.A., y al Grupo Godó, como entidad que controlaba mayoritariamente: Serec, S.A., Paltrivia, S.A., Inversiones Godó, S.A., Antena 3 de Radio, S.A. y Talleres de Imprenta, S.A.*

Segundo.- Que se hagan los demás pronunciamientos a que se refiere el artículo 46 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia.

Tercero.- Que se tenga en cuenta que los acuerdos a que se ha hecho referencia anteriormente, cuyos posibles efectos se circunscriben a un período muy corto de tiempo, culminaron con el acuerdo de concentración que, con determinadas condiciones, fue autorizado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 20 de mayo de 1994, tomando en consideración lo contenido en el Dictamen de ese Tribunal en relación con dicha operación de concentración."

10. El 9 de mayo siguiente el Pleno del Tribunal acuerda la admisión a trámite del expediente, designa Ponente y decide poner de manifiesto el expediente a los interesados para que en el plazo legal puedan formular alegaciones, proponer las pruebas que a su derecho convenga y solicitar la celebración de Vista, lo que comunica al Servicio y se notifica a los interesados.
11. Mediante escrito de 12 de junio de 2000 el representante de los denunciados solicitó que se levantara la confidencialidad de los documentos así declarados que figuran reseñados en el folio 26 del expediente del Tribunal. Por Providencia de 24 de octubre de 2000 se acordó oír a los interesados -que no se opusieron a la pretensión-, dictándose Auto de levantamiento de confidencialidad, prueba y Vista con fecha 14 de diciembre de 2000.
12. Con fecha 17 de enero de 2001, en cumplimiento de lo acordado en el Auto de 14 de diciembre de 2000, comparecieron en prueba de confesión D. Alfonso Félix López Casas, representante legal del Grupo PRISA, y D. Manuel Augusto Castellón Leal, representante legal de A3R, levantándose las correspondientes actas.

13. Una vez practicadas las pruebas admitidas en el Auto de 14 de diciembre de 2000 y valoradas las mismas, por Providencia de 8 de febrero de 2001, se acordó fijar la celebración de la Vista el 22 de febrero de 2001, a las diez horas.
14. Por Providencia de 14 de febrero de 2001 se acordó denegar el ofrecimiento de acciones a los herederos de D. Antonio M^a Herrero Lima que había sido solicitado mediante escrito de 12 de enero por el representante legal de éste.
15. El día 22 de febrero de 2001, conforme al señalamiento hecho en la Providencia del día 8 de dicho mes y año, se celebró la Vista de este expediente, que quedó grabada en cinta magnetofónica.
16. El Pleno del Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en sus sesiones de los días 27 de febrero y 6 de marzo de 2001, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.
17. Son interesados:
 - D. Manuel Antonio Martín Ferrand.
 - D. Melchor Miralles Sangro.
 - D. Pedro José Ramírez Codina.
 - D. Federico Jorge Jiménez Losantos.
 - D. José M^a García Pérez.
 - D. Luis Francisco Herrero-Tejedor Algar.
 - Grupo PRISA (Promotora de Informaciones S.A., Paltreiva S.A., Antena 3 de Radio S.A., 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.).
 - Grupo GODÓ (Serec S.A., Paltreiva S.A., Inversiones Godó S.A., Antena 3 de Radio S.A. y Talleres de Imprenta S.A.).

HECHOS PROBADOS

1. El 22 de julio de 1992 el Grupo GODÓ, que controlaba mayoritariamente A3R, y el Grupo PRISA, que controlaba mayoritariamente la Sociedad Española de Radiodifusión S.A. (SER), llegaron a un acuerdo de colaboración para iniciar un proceso de transformaciones en el campo de los medios de comunicación que habrían de producirse en el inmediato futuro.

Entre otras cosas, ambos Grupos acordaron:

- a) Establecer un pacto sobre el futuro de la presencia de Inversiones Godó, S.A. en A3R, tendente al mantenimiento del Grupo GODÓ en todas las actividades multimedia.
- b) La creación de nuevas sociedades de servicios periodísticos para el desarrollo de proyectos de prensa escrita.
- c) El establecimiento de un compromiso mutuo mediante el cual el Grupo GODÓ y el Grupo PRISA tendrían un derecho de participación preferente en las nuevas actividades que en medios de comunicación abordaran ambos Grupos por separado en el futuro.
- d) Para el seguimiento de estos acuerdos se crearía un Comité paritario que garantizara el buen fin de los mismos.

En el comunicado de prensa posterior a la firma del acuerdo se señalaba por su parte que:

- El acuerdo no suponía ningún cambio en el accionariado de Antena 3 Radio S.A., dado que la participación de Inversiones Godó S.A. permanecía inalterada.
 - Ambas partes mantenían el firme compromiso de potenciar la personalidad, la autonomía y el perfil de programación de Antena 3 Radio S.A., en abierta competencia con el resto de las cadenas radiofónicas.
 - Mantenían asimismo la decisión de llevar a cabo una gestión transparente, en defensa de los derechos de los oyentes y de los anunciantes.
2. Posteriormente al citado acuerdo y tras una serie de transmisiones de acciones, el Grupo PRISA se convirtió indirectamente en accionista minoritario de Antena 3 Radio S.A.
 3. El 23 de diciembre de 1992 Antena 3 de Radio S.A. y Gerencia de Medios S.A. (sociedad controlada mayoritariamente por PROFISA que pertenecía a Promotora de Publicaciones S.L., que poseía la mayoría de capital de Promotora de Informaciones S.A. -PRISA-) 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, en el mercado publicitario, la contratación de patrocinadores, anuncios, spots publicitarios, etc., para sus espacios de programación radiofónica emitidos o transmitidos por sus emisoras pertenecientes a la cadena Antena 3, incluyendo publicidad distribuida.

La sociedad Gerencia de Medios S.A. ya gestionaba en exclusiva la publicidad de la SER para sus espacios de programación radiofónica emitidos o transmitidos por sus emisoras pertenecientes a:

Cadena Convencional
Cadena 40 principales.
Cadena Dial.
Cadena Minuto.
Publicidad distribuida.

4. El 1 de enero de 1993, Antena 3 Radio S.A. y Promotora de Televisión y Radio S.A. (participada mayoritariamente por Antena 3 Radio S.A.) que explotaban la cadena Radio 80, por un lado, y la SER y Comunicación Radiofónica S.A. (CORASA) (participada mayoritariamente por la SER) que explotaban Cadena Minuto, por otro, suscribieron un convenio de programación, por el que las emisoras de estas cadenas pasaban a integrar la Cadena M-80. CORASA era titular de las marcas y rótulos M-80, M-80 Serie Oro y Cadena M-80; la Cadena la controlaba el Comité de Cadena que era controlado, a su vez, por la SER y la gestión económica y contable de la cadena M-80 era llevada por CORASA.

La estipulación octava de dicho convenio fijaba las condiciones de contratación de publicidad para las emisiones de la Cadena M-80. La publicidad que se emitiera, así como sus tarifas, serían controladas por la dirección de la Cadena, no teniendo las emisoras afiliadas a la Cadena libertad para elegir ni su publicidad ni sus tarifas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Como cuestión previa, corresponde resolver la planteada por los denunciados en su escrito de valoración de prueba en el que solicitaban que, para mejor proveer, el Tribunal acordara realizar la prueba testifical a la que se refiere el Antecedente de Hecho 3.4 del Auto de 14 de diciembre de 2000.

El Tribunal se ratifica ahora en su decisión, expuesta en el mencionado Auto de Prueba, en el que estimaba la improcedencia de la testifical solicitada por resultar innecesaria, dada la información contenida en el expediente que se consideraba -y se considera- suficiente para resolver un problema de orden predominantemente jurídico. En efecto, la propuesta del Servicio sobre la cuestión sustantiva que ha de decidir el Tribunal pretende que los Acuerdos de colaboración celebrados entre los Grupos PRISA y GODÓ el 22 de julio de 1992, el 23 de diciembre de dicho año entre A3R y Gerencia de Medios S.A. para la gestión de la publicidad y el 1 de enero de 1993 entre A3R y Promotora de Televisión, por un lado, y la SER y Comunicación Radiofónica S.A., por otro, de un convenio de programación, son todos ellos acuerdos prohibidos por el artículo 1.1 LDC, que sanciona todos los pactos que tengan por objeto o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia. En consecuencia, procede insistir en que la aplicación de dicha norma solamente exige constatar la existencia o no de la celebración de acuerdos anticompetitivos, dada la intención o los efectos de esas conductas -que es lo que las tacharía de antijurídicas- por lo que la prueba pretendida no añadiría nada al examen de la cuestión que ha de dilucidarse -que no es, por tanto, de naturaleza fáctica sino jurídica- debiendo el Tribunal ratificarse ahora en su decisión de rechazarla, especialmente después de haberse celebrado la prueba de confesión propuesta por los denunciantes sobre los mismos hechos, que tuvieron lugar hace más de ocho años, y teniendo en cuenta, en último lugar, que el representante legal de los denunciantes no hizo ninguna referencia ni solicitó la celebración de la prueba en cuestión durante el acto de la Vista.

2. Como se indica en el Fundamento Jurídico anterior, la cuestión sustantiva que constituye el núcleo de este expediente no es de orden fáctico, consistente en probar si se firmaron los tres acuerdos antes relacionados -de colaboración, de gestión de la publicidad y de programación- cuestión que no se discute, sino un problema predominantemente jurídico que consiste en analizar, a la vista de su naturaleza y del momento en que se acordaron dichos pactos, si éstos tenían carácter concertativo (siendo aplicable, en su caso, el art. 1 LDC) o concentrativo (resultando, entonces, aplicable el art. 14 LDC).

El Servicio considera que los Hechos Probados 1 y 2, que se iniciaron con el Acuerdo de 22 de julio de 1992, no supusieron una toma de control de A3R por parte del Grupo PRISA. Para el Servicio, dicho Acuerdo y los posteriores intercambios de acciones que desembocaron en la toma de una participación minoritaria del Grupo PRISA en A3R 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 A3R 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 tendría el objeto de falsear la competencia y sería, por tanto, encuadrable en el art. 1.1 LDC.

Además, el Servicio considera que los Hechos Acreditados 3 y 4 son manifestaciones de que dicho primer Acuerdo se habría llevado a la práctica y que, por lo tanto, se habría producido el efecto de falsear la competencia en todo o parte de los mercados nacional y locales de la publicidad en la radio, que es como define el mercado de referencia.

Por último, para el Servicio el falseamiento de la competencia en el mercado nacional y local de la publicidad en la radio podría suponer la potencial afectación del comercio intracomunitario, en la medida en que empresas comunitarias estuvieran interesadas en la promoción y publicidad de sus productos a través de los espacios publicitarios disponibles en la radio española. Por ello, procede que, junto con la aplicación de la legislación nacional de defensa de la competencia, se aplique el Tratado CE al haberse podido incurrir con los hechos acreditados en las prohibiciones contenidas en el artículo 85.1 de dicho Tratado.

Por otra parte, el Servicio considera que de estas infracciones, de acuerdo con el art. 8 LDC, son autores el Grupo PRISA, como entidad que controlaba mayoritariamente la SER, y el Grupo GODÓ, como entidad que controlaba mayoritariamente A3R.

El Tribunal en su Dictamen preceptivo a la operación de concentración a la que se refiere el Antecedente de Hecho 3 [Expte. C 13/93, Unión Radio] señalaba lo siguiente (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. Cebrián 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."

Por lo tanto, el Tribunal con ocasión de dicho Dictamen dejó planteado que, al dictar la presente Resolución, ése sería el momento procesal oportuno para pronunciarse sobre la cuestión de si los Acuerdos de este expediente eran concentrativos desde el primer momento y si quedaban, por ello, excluidos de su posible calificación de conductas prohibidas o si constituyeron una conducta colusoria que no podía sustraerse a la aplicación del procedimiento sancionador previsto en la LDC.

El artículo 1.1 LDC prohíbe *"todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional..."*

El Tribunal comparte la calificación que realiza el Servicio en su Informe-Propuesta -antes expuesta- excepto en lo que se refiere a la afectación del mercado intracomunitario, al apreciar, a este respecto, que debe admitirse la alegación de los denunciados, de que en modo alguno se produjo dicha afectación de forma sensible o significativa en el mencionado ámbito geográfico, como exige la doctrina del TJCE (caso Delimitis, entre otros). En definitiva, hay que señalar que el propio Servicio, pese a su discrepante calificación de este extremo, venía a coincidir con el Tribunal al concluir afirmando que *"la afectación a las corrientes de intercambios ha sido escasa puesto que la publicidad de radio está directamente relacionada con la lengua de transmisión"*.

Sin embargo, como antes se señalaba, no cabe afirmar lo mismo en lo que se refiere a los mercados de ámbito nacional y local de la publicidad en la radio, según se pasa a analizar seguidamente.

Para decidir si el Tribunal tiene competencia para resolver hay que analizar la naturaleza de los acuerdos imputados y el momento en que se produjeron, como se indicaba al comienzo de este Fundamento Jurídico. Pues bien, el Tribunal considera que los acuerdos en cuestión consistieron en lo siguiente: a) la existencia de una operación compleja, en la que se superponen los elementos concentrativos y concertativos, pero en la que, si bien el proceso concluyó con la puesta en funcionamiento de una empresa común, se inició con el primer acuerdo de actuación conjunta entre los dos principales competidores en el mercado de la radio comercial -que supuso desde la cooperación de elementos tan decisivos como que el equipo directivo de la SER se hiciera en pocas semanas con la gestión al máximo nivel de A3R hasta el cambio de la estrategia empresarial-; b) se reforzó el proceso mediante la entrega de la gestión y el control de la variable estratégica del mismo, que es la publicidad, precisamente de

forma exclusiva y a quien era el principal competidor; y c) concluyó con el convenio de programación -en lo que a este expediente se refiere- que se sustentaba en una gestión económica de las dos cadenas ya concertada. Por lo tanto, en opinión del Tribunal, no cabe ninguna duda de que los acuerdos imputados constituyen una conducta colusoria entre empresas competidoras, incurso en la prohibición del artículo 1.1 LDC, al resultar evidente su objeto restrictivo de la competencia y su efecto de coordinar el interés conjunto de empresas anteriormente competidoras, que dicha Ley también prohíbe.

3. Esta calificación que realiza ahora el Tribunal tiene su fundamento no sólo en la LDC, como seguidamente se analizará, sino también en su doctrina expuesta en el Informe al Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 26 de febrero de 1996, sobre la operación de concentración Cablevisión que tenía muchos elementos similares a los existentes en el presente expediente. Dicha doctrina ha sido expuesta, asimismo, en otras Resoluciones del Tribunal y, especialmente, en la de 23 de julio de 1996, que trató los incidentes surgidos en los expedientes r 154/96, r 157/96 y C 21/95, que tuvieron su origen en la denuncia contra Telefónica y Canal Plus -del mismo Grupo PRISA- por la adquisición de la mencionada empresa Cablevisión S.A. En dichas ocasiones el Tribunal concluyó, mayoritariamente, que se trataba también de una operación compleja y que, *"dado que los elementos cooperativos predominaban sobre los elementos concentrativos, la operación notificada debía ser analizada según la normativa relativa a las prácticas prohibidas y no con arreglo a la normativa que regula el control de las concentraciones económicas"*, conclusión que fue compartida por la Comisión de la Comunidad Europea (Fundamento de Derecho 3 de la citada Resolución de 23 de julio de 1996).

La aplicación de esta doctrina resulta trascendental no sólo para la resolución de este expediente, sino también con carácter general porque, de no haber esta interpretación, *"se abriría una vía al fraude de Ley, al permitir que las empresas que realizan prácticas prohibidas pudieran sustraerse a la aplicación de los procedimientos sancionadores previstos en la legislación de defensa de la competencia"* (Fundamento de Derecho 2 de la misma Resolución). En efecto, si las alianzas estratégicas de carácter cooperativo y, por tanto, con riesgo de constituir conductas colusorias, quedaran amparadas por una notificación ulterior de una operación de concentración -notificación que, además, en España cuando sucedieron los hechos tenía un carácter estrictamente voluntario- ello supondría la sustracción a su control y consiguiente injusta impunidad, consecuencia que resultaría de todo punto inadmisibles.

La posición del Tribunal en el presente expediente es compatible con la doctrina expuesta en su Resolución de 14 de julio de 1993 (Expte. A 51/93, Mölnlycke), consistente en que el régimen de los artículos 1 y 6 LDC (prácticas concertativas o abusivas) y el del artículo 14 (concentraciones) no pueda aplicarse simultánea o sucesivamente a un mismo acto. En efecto, cuando no se trata de una misma conducta, sino que se da una secuencia de actos o se trata de que en unos acuerdos complejos existen elementos concertativos y otros concentrativos, como sucede en este expediente, dichos actos se deben enjuiciar separadamente, según la doctrina del citado caso Cablevisión. Solamente, como ha expuesto reiteradamente el Tribunal, entre otras, en dicha Resolución (Fundamento Jurídico 7) y también en la de 18 de mayo de 1999 (Expte. r 331/98, Fresenius), *"en los casos en los que resulta claramente y sin discusión que la conducta a enjuiciar es una operación de concentración, que la misma no contiene ningún tipo de pactos o acuerdos que operen al margen de ella, debe tramitarse por el procedimiento establecido en el Capítulo II del Título Primero de la LDC (De las concentraciones económicas)"*. Por todo ello, esta doctrina no queda invalidada, sino que no es aplicable a este caso que, al presentar conjuntamente aspectos cooperativos y concentrativos, resulta radicalmente diferente, como ya decretara el Tribunal en la Resolución de 23 de julio de 1996.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en su Sentencia de 17 de noviembre de 1987, Philip Morris, puso de manifiesto que la adquisición por una empresa de una participación en el capital de otra empresa competidora constituye un comportamiento restrictivo si es un medio capaz de influir sobre el comportamiento comercial de la empresa en cuestión consiguiendo un control de hecho o de derecho sobre la misma, o si prevé una cooperación comercial entre ambas o crea una estructura apropiada para promover tal cooperación. Aunque dicha Sentencia sea anterior a la aprobación del Reglamento 4064/89, sobre control de concentraciones, la doctrina es plenamente aplicable a este caso, puesto que las denunciadas han sostenido que no se trataba de una concentración económica.

4. Alegan los denunciados que los acuerdos contenidos en la declaración de intenciones suscrita por los Grupos GODÓ y PRISA el 22 de julio de 1992 no pueden ser contemplados prescindiendo de las extraordinarias circunstancias que atravesaba A3R en aquel momento, que quedaron materializadas en la ruptura interna entre su principal capital financiero y su principal capital humano. Estos acuerdos, alegan, responden a una

finalidad primordial cual es la de facilitar al Sr. Godó el apoyo necesario para recuperar el control de su compañía y no tienen por objeto falsear la competencia en ningún mercado, con lo que no entrarían en la prohibición del artículo 1 de la LDC.

Como se ha expuesto ya en el Fundamento de Derecho 2, el Tribunal considera que esta alegación ha de rechazarse pues, sin cuestionar las extraordinarias circunstancias que atravesaba A3R en los referidos días de julio de 1992 al aludir a la mencionada ruptura interna, -el Servicio, señala que, en un primer momento, la intención pudo no ser falsear la libre competencia mediante la coordinación de sus políticas comerciales-, no cabe ignorar que dichos acuerdos se celebraron entre los dos principales competidores en el mercado de la radio comercial y supusieron la entrega de la gestión y el control total de la variable estratégica del mismo, que es la publicidad, precisamente a quien era el primer competidor de A3R y de forma exclusiva.

Alegan también los denunciados que el contrato de A3R con Gerencia de Medios S.A. no es una manifestación de los acuerdos de julio de 1992 ni son restrictivos de la competencia, por tratarse de un contrato de comisión mercantil.

El Tribunal tampoco puede admitir esta alegación por haberse contratado, precisamente, de forma exclusiva y no con un pequeño competidor, sino con una empresa que gestiona la publicidad de todo el Grupo, con el que está claramente vinculada A3R y que constituía su principal competidor. Por lo tanto, si bien el art. 1 LDC no es aplicable a los contratos de comisión mercantil, no cabe considerar que no se restringe la competencia cuando el comisionista está vinculado y controlado totalmente por un importante competidor del comitente, como sucede en este caso, lo que puede afectar claramente de forma grave al mercado al sumar la publicidad contratada por las dos primeras empresas de este medio, que suponía el 66% del mercado.

Por último, alegan los denunciados que el Convenio de programación de 1 de enero de 1993, que dio lugar a la creación de la Cadena M-80, no es restrictivo de la competencia ni manifestación de los acuerdos de julio de 1992 porque no tenía este objeto ni tuvo efectos negativos sensibles en el mercado, ya que sólo afectaba al 3% de los oyentes.

El Tribunal considera que la infracción existe dado que, por este Convenio, el Comité de Cadena, controlado por la SER, pasó a gestionar la publicidad emitida y sus tarifas (Hecho Probado 4), por lo que, teniendo en

cuenta este objeto, es indiferente, a los efectos de constatar la vulneración del art. 1.1 LDC, qué cuantía hubieran tenido sus resultados. Sin embargo, el hecho de que no figure suficientemente analizada en el expediente la dimensión de la repercusión producida en el mercado para los clientes, los programadores y la audiencia justificaría apreciar una menor gravedad de la infracción.

5. Por otra parte, como se expone en el Antecedente de Hecho 3, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2000 anuló el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de mayo de 1994, de no oponerse a la operación de concentración consistente en la cesión de la gestión de A3R y de la SER a Unión Radio S.A., porque dicho Consejo debió declarar improcedente la operación, ordenando la desconcentración, por provocar una posición equivalente a la participación mayoritaria no deseable, según lo previsto en la disposición adicional sexta de la Ley 31/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones.

Pues bien, el Tribunal considera que la conclusión a la que ha llegado en este expediente administrativo es claramente compatible con lo determinado en dicha Sentencia por el Tribunal Supremo respecto de la operación de concentración con la que culminaron los acuerdos denunciados, dado que éstos consistieron en una conducta colusoria realizada con carácter previo a que se iniciara aquella operación. Igualmente, dicha conclusión del Tribunal, al entender que los acuerdos denunciados no eran preparatorios de la concentración ni que se limitaran a garantizar la permanencia e independencia de A3R, sino que tuvieron el objeto y el efecto de restringir la competencia, resulta plenamente congruente con el Dictamen del Tribunal favorable a la aprobación condicional de la citada concentración.

6. Por todo ello, procede declarar la existencia de una conducta restrictiva de la competencia, prohibida por el artículo 1.1 LDC, consistente en haber adoptado lo siguiente:
 - a) El acuerdo de 22 de julio de 1992, celebrado entre los Grupos PRISA y GODÓ, en el que se pactaron las condiciones de la presencia de Inversiones Godó S.A. en A3R, la creación de nuevas sociedades conjuntas de prensa escrita, el establecimiento de derechos preferentes de un grupo en las nuevas inversiones del otro en medios de comunicación y la creación de un Comité paritario entre ambos grupos; b) el acuerdo de 23 de diciembre de 1992 por el que A3R encomienda a Gerencia de Medios S.A. la gestión en exclusiva de su publicidad en todo el territorio nacional; c) el convenio de

programación, suscrito el 1 de enero de 1993 entre A3R y Promotora de Televisión S.A., por un lado, y la SER y Comunicación Radiofónica S.A., por otro, por el que las emisoras de estas cadenas pasaban a integrar la Cadena M-80.

El Tribunal considera que, según lo dispuesto en el artículo 8 LDC, son responsables de las infracciones precedentes el Grupo PRISA, como entidad que controlaba: Promotora de Informaciones S.A., Paltrieva S.A., A3R, Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio S.A., SER, Gerencia de Medios S.A., Promotora de Televisión y Radio S.A. y Comunicación Radiofónica S.A.; y el Grupo GODÓ, como entidad que controlaba: Serec S.A., Paltrieva S.A., Inversiones Godó S.A., A3R y Talleres de Imprenta S.A.

En cuanto a los efectos de los acuerdos imputados, el Tribunal entiende que no han quedado suficientemente acreditados en su cuantía en el expediente y que, en todo caso, se limitaron a un período corto de tiempo -22 de julio de 1992 a 3 de noviembre de 1993-, que dichos acuerdos culminaron con la operación de concentración Unión Radio que, tras ser notificada al Servicio, fue autorizada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de mayo de 1994, con determinadas condiciones.

Atendiendo a los criterios del artículo 10 LDC y en las descritas circunstancias, el Tribunal estima como lo más adecuado no imponer sanción administrativa a las empresas imputadas.

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

HA RESUELTO

1. Declarar la existencia de una conducta restrictiva de la competencia, prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, consistente en haberse adoptado los siguientes acuerdos:

- a) de 22 de julio de 1992, celebrado entre los Grupos PRISA y GODÓ, en el que se pactaron las condiciones de la presencia de Inversiones Godó S.A. en Antena 3 de Radio S.A., la creación de nuevas sociedades conjuntas de prensa escrita, el establecimiento de derechos preferentes de un grupo en las nuevas inversiones del otro en medios de comunicación y

la creación de un Comité paritario entre ambos grupos; b) de 23 de diciembre de 1992, por el que Antena 3 de Radio S.A. encomienda a Gerencia de Medios S.A. la gestión en exclusiva de su publicidad en todo el territorio nacional; y c) el convenio de programación, suscrito el 1 de enero de 1993 entre Antena 3 de Radio S.A. y Promotora de Televisión S.A., por un lado, y la Sociedad Española de Radiodifusión S.A. y Comunicación Radiofónica S.A., por otro, por el que las emisoras de estas cadenas pasaban a integrar la Cadena M-80.

2. Son responsables de la infracción precedente el Grupo PRISA, como entidad que controlaba: Promotora de Informaciones S.A., Paltrivia S.A., Antena 3 de Radio S.A., Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio S.A., Sociedad Española de Radiodifusión S.A., Gerencia de Medios S.A., Promotora de Televisión y Radio S.A. y Comunicación Radiofónica S.A.; y el Grupo GODÓ, como entidad que controlaba: Serec S.A., Paltrivia S.A., Inversiones Godó S.A., Antena 3 de Radio S.A. y Talleres de Imprenta S.A.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber a éstos 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 el día siguiente al de su notificación.

DILIGENCIA

Para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Providencia del día de hoy, de corrección de errores de la Resolución de 18 de los corrientes, recaída en este expediente 487/00, Radio Fórmula, rectificando aquéllos, de suerte que el apartado 2º de la parte dispositiva de dicha Resolución queda redactado como sigue:

“Segundo. - *Son responsables de la infracción precedente el Grupo PRISA, como entidad que controlaba: Promotora de Informaciones S.A., Paltrivia S.A., Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio S.A., Sociedad Española de Radiodifusión S.A., Gerencia de Medios S.A. y Comunicación Radiofónica S.A.; y el Grupo GODÓ, como entidad que controlaba: Serec S.A., Inversiones Godó S.A., Antena 3 de Radio S.A., Talleres de Imprenta S.A. y Promotora de Televisión y Radio S.A.”*

Madrid, 27 de abril de 2001.

EL SECRETARIO, Fdo. Antonio Fernández Fábrega.