

RESOLUCIÓN (Expte. A 338/03, Autorregulación Publicitaria FEBE)

Pleno

Excmos. Sres.:

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

En Madrid, a 20 de enero de 2004

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Martínez Arévalo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente A 338/03 (2474/03 del Servicio de Defensa de la Competencia), iniciado como consecuencia de la solicitud de una autorización singular, formulada al amparo del artículo 4 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), por la Federación Española de Bebidas Espirituosas, para un Acuerdo por el que se establece la obligación de someter a un dictamen técnico previo y vinculante la publicidad de cierto tipo de bebidas alcohólicas.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 3 de junio de 2003 tuvo entrada en la Dirección General de Defensa de la Competencia un escrito de D. F. Xavier de la Trinxeria, en calidad de Secretario-Asesor de la Federación Española de Bebidas Espirituosas (en adelante, FEBE), en el que solicitaba, al amparo de lo dispuesto en el artículo 4 de la LDC, autorización singular para un acuerdo por el que se establece la obligación de someter a un dictamen técnico previo y vinculante la publicidad de cierto tipo de bebidas alcohólicas.
2. El día 7 de julio de 2003, el Director General de Defensa de la Competencia emitió informe con el que se remitía al Tribunal dicha solicitud y se señalaba que:

- En cuanto al requisito previo de que contribuya a mejorar la comercialización o el progreso, este Servicio considera que si bien se

da una limitación en la autonomía de la política comercial de las empresas asociadas, esta limitación tiene como efecto proteger un interés de carácter general relacionado con el consumo de bebidas alcohólicas, asociado fundamentalmente a la seguridad vial y al consumo por menores de edad.

- El mismo argumento citado en el párrafo anterior sirve para justificar el cumplimiento del epígrafe a) del art. 3, ya que consumidores y usuarios se van a ver beneficiados por la disciplina publicitaria que se va a ver promocionada por la existencia de un dictamen pre-emisión.*
- En cuanto a los requisitos b) y c), debe tenerse en cuenta que las restricciones propuestas, están ya propuestas y autorizadas, no solo en el Código y en la Resolución del TDC, sin también en diversas normas, tanto estatales como autonómicas y, en el caso actual, el dictamen pre-emisión, se encarga a un organismo ajeno a FEBE por lo que cabe considerar que se va a mantener la objetividad y la aplicación de los criterios establecidos en el Código ya autorizado.*

No considera el Servicio que las limitaciones impuestas a las empresas en el presente Acuerdo no sean indispensables para conseguir los objetivos propuestos y, por otra parte queda un margen muy amplio de publicidad y promoción a la libre autonomía de cada una de las empresas.

En consecuencia, el Servicio de Defensa de la Competencia estima que la presente solicitud de autorización singular, formulada por la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE BEBIDAS ESPIRITUOSAS –FEBE– para un Acuerdo de sometimiento a un mecanismo de autorregulación publicitaria de consultas previas relativas a proyectos de anuncios, podría ser considerada como una cooperación lícita desde el punto de la libre competencia, al amparo del artículo 3.1 de la Ley 16/1989, por un plazo no superior a cinco años para su aplicación.

3. El Tribunal, en el Pleno de 12 de noviembre de 2003, acordó solicitar, de acuerdo con lo establecido en el art. 9.2 del Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, ciertas aclaraciones relativas al contenido del acuerdo y sus posibles efectos sobre la competencia, lo que se formalizó mediante Auto de 18 de noviembre de 2003.
4. El solicitante atendió esa petición mediante escrito de 10 de diciembre de 2003; en ese mismo escrito solicitó la confidencialidad de ciertas partes de la documentación remitida al Tribunal. En dicho escrito FEBE alegaba, en esencia:

- 4.1. El Tribunal ya aprobó el Código de Autorregulación Publicitaria con un mecanismo de control de cumplimiento de Código a través de Autocontrol.
- 4.2. Se trata de una medida “vinculada a la existencia y eficacia de dicho Código”.
- 4.3. La publicidad ilícita no puede constituir “un parámetro válido de competencia entre los asociados de FEBE”. Aun si el TDC estimara que sí limita la competencia, los efectos asociados justificarían su aceptación.
- 4.4. No es aplicable la doctrina sobre voluntariedad establecida por el TDC en relación con los registros de morosos, ya que:
 - 4.4.1. la pertenencia a FEBE es voluntaria
 - 4.4.2. existen diferencias sustanciales con los registros de morosos; en particular, la participación en el registro no constituye un requisito esencial para el buen funcionamiento de la asociación que lo establece.
5. El Tribunal, mediante Auto de 7 de enero de 2004, resolvió sobre la solicitud de confidencialidad.
6. El Pleno del Tribunal, en su sesión de 8 de enero de 2004, deliberó y falló sobre este asunto.
7. Es interesada en este expediente la Federación Española de Bebidas Espirituosas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. En su escrito de 2 de junio de 2003 FEBE solicita autorización para un acuerdo mediante el que los asociados se comprometen a someter a un dictamen previo y vinculante por parte de la Asociación para el Autocontrol de la Comunicación Comercial (en adelante, Autocontrol) la publicidad de cierto tipo de bebidas alcohólicas. FEBE considera que el acuerdo no constituye práctica contraria a la prohibición del art. 1 LDC, por lo que solicita autorización sólo para el caso de que las autoridades de

competencia discrepen de esa apreciación. Por otro lado, FEBE considera que el acuerdo *constituye un elemento que permitirá garantizar la compatibilidad de la publicidad de los asociados a FEBE con los principios de derecho positivo y deontológicos contenidos en el Código de Autorregulación Publicitaria*. El Tribunal debe pronunciarse, pues, sobre esa solicitud de FEBE.

2. En su solicitud, FEBE reseñaba el acuerdo únicamente –y de forma indirecta– en las págs. 50 y 51 del expediente del Servicio que contenían un escrito firmado por el Presidente y el Secretario de FEBE mediante el que se certifica que la Asamblea General Extraordinaria, celebrada el 12 de marzo de 2003, a las 10,30 horas, adoptó el Plan de Acción “Alcohol y Sociedad” cuyas características se describen en los puntos a) al e) del escrito. Ante ese documento, indirecto y abreviado, el Tribunal, en su Auto de 18 de noviembre de 2003, solicitó que se incluyera en el expediente el texto completo de los acuerdos cuya aprobación se pretende obtener. Remitida esa información al Tribunal, resulta que el citado acuerdo constituye el punto primero de un amplio Plan de Acción en el que se prevé que FEBE *emprenderá las acciones de lobby, contactos institucionales y comunicación adecuados* con el fin general de influir sobre las autoridades competentes en lo relativo a las iniciativas legislativas que afecten a los asociados.
3. El acuerdo que se somete a autorización contiene una importante restricción ya que limita la libertad de las empresas a la hora de realizar una campaña publicitaria; dado que la política publicitaria puede considerarse un subconjunto de la política comercial de las empresas, el acuerdo supone una importante limitación a la política comercial de las empresas que a él se adhieren. De esta forma, el acuerdo constituye una práctica afectada por la prohibición del art. 1 LDC.

Por otra parte, la limitación de la política comercial de los asociados y la obligatoriedad del acuerdo para todos los miembros de FEBE violan los principios de libertad comercial y de voluntariedad que han sido frecuentemente exigidos por el Tribunal para conceder autorizaciones en virtud del art. 3 LDC (véanse, por ejemplo, la Resolución de 29 de mayo de 2001 al Expediente A 294/01 para autorización de un Registro de Morosos presentada por la Asociación Española de Fabricantes de Masas Congeladas y la Resolución de 3 de noviembre de 1999 al Expte. A 239/98 para la creación y funcionamiento de un Registro de Información de Crédito).

4. Aun siendo contrario a los criterios habitualmente exigidos por el Tribunal para que un acuerdo restrictivo de la competencia sea aprobado en virtud

del art. 3 LDC, cabe plantearse si los efectos beneficiosos para el consumidor son tales que procede la derogación de dichos principios. Por ello, en su Auto de 18 de noviembre de 2003, FD 3, el Tribunal solicitó del notificante que le informara sobre *las razones que, en su opinión, justificarían la derogación de estos principios generales en el presente caso y si cabría la posibilidad de distinguir entre la posible obligatoriedad en cuanto al sometimiento al dictamen técnico previo de Autocontrol y el carácter vinculante de dicho dictamen.*

Los argumentos aducidos por FEBE no han convencido al Tribunal sobre la conveniencia de derogar dichos principios y ello por las siguientes razones:

- 4.1. Gran parte de la argumentación de FEBE está encaminada a afirmar que existe una diferencia entre la situación de las asociaciones que constituyen un registro de morosos y la situación de FEBE (argumentos expuestos en los AH 4.4.1 y 4.4.2). Según este argumento, la constitución de dicho registro constituye una actuación accidental para cualquier asociación, mientras que el funcionamiento del Código de Autorregulación (que el acuerdo que se analiza trata de complementar) es materia esencial para la existencia de FEBE. En concreto, los notificantes señalan:

En otras palabras, no parece que la vinculación entre la pertenencia a la asociación que constituye el Registro de Morosos y la adhesión al Registro sea esencial para el buen funcionamiento de la asociación y del Registro, por lo que, a priori, parecería justificada la postura del TDC al exigir la voluntariedad como condición para conceder la autorización al establecimiento de un Registro de Morosos.

.....

La falta de la referida vinculación frustraría la consecución no sólo de los fines del sistema de autocontrol de la publicidad que, como se ha destacado anteriormente, benefician al interés público de una manera más general (consumidores y ciudadanos) y directa que los Registros de Morosos, sino también de la asociación.

Estas afirmaciones resultan contradichas por lo acaecido hasta el presente ya que FEBE ha venido desarrollando sus actividades, hasta la fecha, al margen de la existencia del acuerdo cuya autorización se solicita, por lo que éste no ha resultado imprescindible para el cumplimiento de sus fines. Además, como se ha señalado anteriormente, el Acuerdo se inserta en un plan general

de actuaciones en el que se realiza el papel de FEBE como grupo de presión; resulta perfectamente legítimo que FEBE desarrolle actividades de este tipo, pero la inserción del acuerdo como un simple punto de ese plan relativiza la importancia que se otorga a la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios y no apoya la tesis mantenida por FEBE de que la falta de aprobación del acuerdo frustraría la *consecución ...de los finesde la asociación*. Por tanto, no se aprecia la diferencia con otras asociaciones, también voluntarias, que FEBE aduce en los argumentos expuestos en los FD 4.4.1 y 4.4.2.

4.2. En todo caso, en virtud del art. 3.1 LDC, el Tribunal debe evaluar si los acuerdos aprobados reúnen las siguientes condiciones:

a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas.

b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y

c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

El Tribunal no considera que el sistema de sometimiento a una autorización previa de las campañas publicitarias, que ahora se somete a aprobación, aporte ventajas para el consumidor o usuario frente a la protección ya existente mediante los mecanismos de control *ex-post* previstos en el art. 15 del Código de Autorregulación Publicitaria, aprobado por este Tribunal mediante Resolución de 10 de noviembre de 2000 (Expte. A 274/00, Publicidad de Bebidas Espirituosas). Debe observarse que, en el momento de solicitar la autorización para dicho Código, FEBE arguyó vigorosamente a favor de la eficacia del sistema de control “*ex-post*” que en él se establecía, sin que haya presentado ahora argumentos convincentes para demostrar que esa eficacia no se produce y que el acuerdo cuya autorización se solicita es una “*medida vinculada a la existencia y eficacia de dicho Código*”. En concreto, en la pág. 8 de su escrito de 18 de marzo de 2000 (Expte. A 274/00) FEBE concluía:

Estas ventajas de los sistemas de autocontrol quedan patentes en su éxito. En efecto, el Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad tramitó el doble de quejas por anuncios en el año 1999

respecto a 1998 (ver recortes de prensa incluidos como Anexo a este escrito). Es de destacar asimismo la credibilidad social del sistema pues, según la misma fuente, el 83% de las reclamaciones presentadas en el año 1999 lo fueron por consumidores o asociaciones de consumidores y un 4% de las reclamaciones se presentaron por diferentes órganos de la administración.

Por el contrario, frente a esa ausencia de ventajas para el consumidor en relación con el sistema preexistente, cuya eficacia resaltó FEBE en su momento, el mecanismo de autorización previa introduce un nuevo elemento de restricción de la competencia en la medida en que puede impedir *a priori* la realización de ciertas campañas que sólo serían objetadas *a posteriori* por los mecanismos previstos en el art. 15 del Código (el Jurado de Autocontrol y, posteriormente, los Tribunales de Justicia). En otras palabras: tras el acuerdo cuya aprobación se solicita, el anunciante no puede llevar a cabo la campaña publicitaria si existe una objeción de Autocontrol; en el sistema ya aprobado por el Tribunal, cualquier empresa puede llevar a cabo la campaña hasta que dicha organización exprese su objeción –lo que, dado el impacto inmediato de algunas campañas de publicidad masiva, puede suponer una distinción importante- y, a diferencia del acuerdo que ahora se somete a autorización, queda claramente establecida la posibilidad de recurrir esa objeción ante los Tribunales de Justicia.

El acuerdo que se analiza supondría una nueva y significativa reducción del ámbito de libertad comercial de las empresas sin que mediara una ventaja correlativa (como se ha señalado en el párrafo anterior) en términos de beneficios para el consumidor. Por ello, el Tribunal juzga que el Acuerdo no es susceptible de aprobación.

5. Realizadas estas consideraciones, conviene aludir a dos de las alegaciones realizadas por FEBE para argumentar su solicitud de aprobación:
 - 5.1. El acuerdo no restringe la competencia porque *los materiales publicitarios ilícitos no pueden constituir un parámetro válido de competencia entre los asociados a FEBE* (pág 6 de su escrito de 10 de diciembre).
 - 5.2. El acuerdo sometido debe ser aprobado porque no contiene novedad alguna frente al sistema ya aprobado por el Tribunal en su Resolución de 10 de noviembre de 2000.

Respecto al argumento expuesto en el FD 5.1 (que reproduce el reseñado en el AH 4.3) basta señalar que parte del supuesto de que la total identidad entre el conjunto de campañas publicitarias –que rechazaría el Dictamen Técnico de Autocontrol– y el conjunto de campañas publicitarias contrarias a la legislación vigente. Sin embargo, esta identidad no se produce necesariamente ya que no existe ningún mecanismo que garantice que Autocontrol emitirá un informe negativo para todas las campañas ilegales y sólo para aquellas campañas que sean ilegales (ilegalidad que, por otra parte, sólo puede definirse en virtud de las decisiones de los Tribunales de Justicia). Precisamente por ello –porque existe la posibilidad conceptual de que se impidan ciertas campañas publicitarias perfectamente legales, dificultando con ello el acrecentamiento de la competencia en el mercado– el acuerdo resulta objetable desde el punto de vista de la LDC.

Respecto del argumento del FD 5.2 (que reproduce el reseñado en el AH 4.1), la supuesta identidad entre el nuevo acuerdo y lo ya aprobado por el Tribunal, ya se ha señalado que tal identidad no existe ya que el art. 15 del Código, aprobado por el Tribunal en su Resolución de 10 de noviembre de 2000, contiene un mecanismo de control *ex post* y el acuerdo que ahora se somete prevé un control *ex ante*. El propio notificante es consciente de esa diferencia, como claramente pone de relieve en la página 5 de su escrito de 10 de diciembre de 2003, aunque su argumentación trata de minimizar la diferencia, que consideran trivial. Sin embargo, como se ha puesto de relieve anteriormente, en la medida en que cabe imaginar supuestos de campaña publicitaria plenamente lícitos que serían abortados por un mecanismo de autorización previa, no es lo mismo una censura previa que un control *a posteriori*. Por tanto, el Tribunal no acepta que exista esa identidad entre el acuerdo objeto del presente expediente y el acuerdo, aprobado en su día, que se refleja en el art. 15 del Código.

6. Por las razones expuestas anteriormente, el Tribunal considera que el acuerdo que se somete a autorización supone una coordinación de políticas comerciales de las empresas claramente inserta en la prohibición del art. 1 LDC diferente de la que fue aprobada mediante Resolución de 10 de noviembre de 2000. De dicha coordinación de políticas comerciales surge una nueva restricción de la competencia que no queda compensada por nuevos beneficios para los consumidores y usuarios, por lo que no procede su aprobación conforme al art. 3 LDC.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, el Tribunal, por mayoría

RESUELVE

ÚNICO.- Denegar la autorización para un acuerdo por el que los asociados a la Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE) se comprometen a someter a un dictamen previo y vinculante por parte de la Asociación para el Autocontrol de la Comunicación Comercial la publicidad de cierto tipo de bebidas alcohólicas.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a la interesada, haciéndole saber que es definitiva en vía administrativa y que contra la misma puede interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.