

RESOLUCIÓN Expt A 357/06, Código FEBE (2668/06 del Servicio)

Pleno

Excmos. Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Antonio del Cacho Frago, Vicepresidente
D. Antonio Castañeda Boniche, Vocal
D. Francisco Javier Huerta Trolèz, Vocal
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuervo Mir, Vocal
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vocal

En Madrid, a 6 de Abril del 2006.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado RESOLUCIÓN de la que ha sido Ponente el Excmo. Sr. Don Fernando Torremocha y García-Sáenz, en el Expediente A 357/06 (2668/2006 del Servicio de Defensa de la Competencia) iniciado a instancias de la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE BEBIDAS ESPIRITUOSAS (FEBE) con la pretensión de obtener una autorización singular “para el Código de Autorregulación Publicitaria”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Siguiendo lo preceptuado en los artículos 36 y 38 de la Ley 16/1989, así como en los artículos 5, 6, 7 y 8 del Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, por el que se desarrolla la LDC en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia, se han llevado a cabo las actuaciones que seguidamente se señalan:

1. Mediante Providencia de la Directora General de Defensa de la Competencia, de fecha 10 de febrero de 2006, se acordó la admisión a trámite de la solicitud y la incoación de expediente, que quedó registrado con el nº 2668/06, nombrando, a su vez, Instructora y Secretaria. del citado Acuerdo se dio el oportuno traslado a los solicitantes, según dispone el artículo 36.3 de LDC.
2. El 10 de febrero de 2006, la Instructora dispuso que se formalizase una nota extracto a los efectos del trámite de información pública a que se refiere el artículo 38.3 de la LDC y artículo 7 del Real Decreto 378/2003.

Previo autorización de la Directora General de Defensa de la Competencia, el anuncio se ha publicado en el B.O.E. nº 46, de 23 de febrero de 2006, sin que como consecuencia de ese trámite se hayan producido comparecencias o alegaciones por parte de terceros.

3. Con fecha 13 de febrero de 2006, se solicitó al Instituto Nacional de Consumo informe del Consejo de Consumidores y Usuarios previsto en el artículo 38.4 de la Ley 16/1989 y artículo 7.3 del Real Decreto 378/2003, sin que hasta la fecha se haya recibido respuesta a esta petición.

SEGUNDO.- La FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE BEBIDAS ESPIRITUOSAS (FEBE) es una entidad de carácter económico y profesional.

De acuerdo con sus Estatutos, está integrada por asociaciones territoriales de fabricantes de espirituosos y/o distribuidores y por empresarios individuales cuya actividad principal sea la fabricación y/o distribución de bebidas espirituosas y/o bebidas derivadas de alcoholes naturales de sus marcas propias o en distribución exclusiva.

La cuota de mercado de sus asociados asciende aproximadamente al 90% del mercado español de bebidas espirituosas, en términos aproximados, según propia estimación.

La FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE BEBIDAS ESPIRITUOSAS (FEBE) solicita autorización para un Código de Autorregulación Publicitaria que según afirma, *“[...] es esencialmente el mismo Código que ya fue objeto de la autorización singular concedida por el Tribunal de Defensa de la Competencia el 10 de noviembre de 2000 (Expte. A 274/00 Publicidad de Bebidas Alcohólicas)*. En efecto se trata del Código aprobado por la Junta Directiva de FEBE, de 6 de septiembre de 1999, [...], en el que se han introducido algunas especificaciones de sus principios y normas en determinados ámbitos que vienen exigidos por los más recientes desarrollos en el orden de las preocupaciones sociales relacionadas con la promoción de las bebidas alcohólicas, tales como la publicidad de consumo responsable, la protección de menores y la publicidad en Internet.

Dichas especificaciones no significan, sin embargo, una modificación o ampliación real del Código [...]”

El Código al que hace referencia FEBE fue objeto de solicitud de autorización singular en el año 2000 (Expte. 2106/00 SDC; A 274/00 del TDC). En aquella ocasión, FEBE solicitaba la implantación, con carácter vinculante para todos los miembros de la Asociación, de un código de autorregulación de la publicidad de las bebidas alcohólicas elaboradas,

comercializadas o importadas por los miembros de FEBE (en adelante, el “Código”), que afectaba a la publicidad de aquellas bebidas alcohólicas con un contenido en alcohol superior a un grado volumétrico, a excepción de la cerveza, el vino y sus derivados, que se editase, difundiese o emitiese en el territorio español.

El Servicio, si bien consideró que se trataba de un acuerdo entre empresas por el que autolimitaban su política publicitaria y, en esa medida, restringían la competencia entre ellas en un factor importante de su política comercial, siendo por tanto un acuerdo de los tipificados en el art. 1 de la LDC, consideró que era susceptible de acogerse a la autorización prevista en el Art. 3 LDC, puesto que, si bien se daba una limitación en la autonomía de la política comercial de las empresas asociadas, esta limitación tenía 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 y se daban, por tanto, las exigencias previstas en el citado Art. 3.

Por su parte, el TDC coincidió en su valoración con el Servicio y con FEBE, al estimar que el código de autorregulación, al tratar de limitar la publicidad de las bebidas alcohólicas para proteger intereses generales como la salud, la abstención de los menores de edad y la seguridad vial, hace partícipes de sus beneficios no sólo a los consumidores sino también al resto de los ciudadanos. También consideró el Tribunal que este código de autorregulación no imponía a las empresas asociadas a FEBE más condiciones que las indispensables para el logro de sus objetivos y que carecía de aptitud para eliminar a posibles competidores, por lo que reunía las condiciones necesarias para que el acuerdo correspondiente pudiera ser autorizado.

El TDC, no obstante, exigió en la fase previa a la Resolución, que FEBE aportara datos sobre la identidad y las características de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad (AAP) y una aceptación explícita de esta entidad de la tarea que FEBE le encomendaba.

TERCERO.- Por Resolución de 10 de noviembre de 2000, el TDC concedió una autorización singular para el *Código de Autorregulación Publicitaria* solicitado por la Federación Española de Bebidas Espirituosas por un período de cinco años a contar desde la fecha de la Resolución.

El Servicio, en cumplimiento de las funciones que tiene atribuidas de vigilancia de las Resoluciones del TDC, emitió el preceptivo informe el 21 de noviembre de 2005. En el mismo, que obra en ese Tribunal, se hacía constar que:

“1.- Que el contenido del “Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol” autorizado fue modificado por la Asamblea General ordinaria de la Federación de fecha 3 de abril de 2002, siendo el actualmente vigente el que se adjunta a este Informe como Documento 1.

2.- Que el contenido del “Reglamento del Jurado de Autocontrol” ha sido igualmente modificado por la Junta Directiva de la Federación con fecha 25 de mayo de 2004, siendo su actual redacción la que se adjunta como Documento 2.

3.- Que las modificaciones de uno y otro documento no suponen ninguna restricción adicional a la competencia distinta de las que ya se recogieran en sus redacciones originales autorizadas por ese Tribunal mediante la Resolución de referencia, siendo así que ahora como entonces, y tal y como el repetido Tribunal manifestara expresamente en la misma, estamos en presencia de un acuerdo entre empresas que autolimita la política publicitaria de las mismas y que, en esa medida, restringe la competencia entre ellas en un factor importante de su política comercial siendo, por tanto, un acuerdo de los tipificados en el artículo 1 de la LDC, para cuya práctica se requiere la autorización singular contemplada en el artículo 3 de la misma Ley.

4.- Que asimismo, ahora como entonces, el citado acuerdo cumple con los requisitos y condiciones que para su autorización singular prevé el mencionado artículo 3 y, en ese sentido, y aún tratándose de 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, viéndose beneficiados consumidores y usuarios por la disciplina publicitaria que propone el Código de Conducta en cuestión.

5.- Que, en definitiva, las limitaciones impuestas a las empresas resultan, a juicio de este Servicio, indispensables para conseguir los objetivos propuestos, quedando, por otra parte, un amplio margen de actuación publicitaria y promoción a la libre autonomía de cada una de estas empresas.

6.- Que, en consecuencia, este Servicio entiende que, de haber sido solicitada formalmente; hubiera procedido la renovación de la autorización singular para el código de autorregulación publicitaria gestionado por la Federación Española de Bebidas Esprituosas.

7.- Que, sin embargo, el plazo para el que fuera concedido la repetida autorización ha transcurrido sin que la mencionada Federación haya

solicitado su renovación, por lo que procede darla por caducada sin más trámite.”

CUARTO.- La actual solicitud, como se ha dicho al inicio, está referida esencialmente al mismo Código para el que se obtuvo la autorización singular, y que al no haber solicitado la renovación de la misma ha caducado con todas las consecuencia que ello conlleva.

De ahí que soliciten una nueva autorización para dicho Código, al que incorporan determinadas novedades que han sido aprobadas por su Junta Directiva y que en gran medida responden no sólo a nuevos retos en la materia sino a las lagunas que se han puesto de manifiesto en los años de funcionamiento.

Los elementos nuevos consisten, según afirman los solicitantes, en una “[...] *concreción de las exigencias de responsabilidad social y de protección de menores (especialmente en los nuevos medios, como Internet) que, en el ámbito de la publicidad de los productos y por virtud de las más acusadas orientaciones de las políticas públicas que resulten de conformidad con el artículo 6. b) de la Ley General de Publicidad, debe cumplir toda publicidad*”.

Con carácter previo al análisis de las diferencias que el presente Código mantiene con respecto al que en su día fue autorizado por ese Tribunal, debe señalarse que los solicitantes reiteran la argumentación que en su día hicieron a favor de considerar el Código como práctica no restrictiva de la competencia .

El Servicio, sin embargo mantiene la valoración que en su día le llevó a considerarlo práctica tipificada en el artículo 1 de la LDC, si bien susceptible de autorización por el artículo 3. Ello es así porque en la comercialización de bienes y servicios, la publicidad es un elemento de vital importancia, por lo que debe considerarse que la autonomía empresarial –bien protegido por la LDC– a la hora de adoptar sus decisiones de política comercial, se ve afectada por la limitación impuesta por el Código a su política publicitaria.

Por otra parte, el Código no es una “propuesta” deontológica por parte de la Asociación a sus asociados para que estos la tomen en consideración con carácter voluntario, sino que es un Código vinculante para todos ellos, que comporta sanciones para los que lo incumplan, con posible expulsión de la Federación.

El Código va más allá de la normativa vigente, no sólo en concreción de normas aplicables a la publicidad sino también en lo relativo a la definición, autorización o prohibición de prácticas comerciales publicitarias. Por otra

parte, no tendría sentido dar carácter vinculante a un Código, con posibilidad de sanciones, si existe una normativa legal que regula el tema y a la que se puede recurrir ante la jurisdicción ordinaria.

Por todo ello, el Servicio considera, como en la anterior ocasión, que se trata de un acuerdo entre empresas por el que autolimitan su política publicitaria y, en esa medida, restringen la competencia entre ellas en un factor importante de su política comercial siendo, por tanto, un acuerdo de los tipificados en el art. 1 de la LDC, para cuya práctica se requiere la autorización singular contemplada en el art.3 de la Ley.

Las modificaciones introducidas en el nuevo Código se encuentran recogidas en los artículos 7.2; 9.2; 10.2; 10.3 y 10.5, en los que se han desarrollado y concretado determinadas exigencias referidas a: responsabilidad social, seguridad vial y protección de menores.

En ese sentido manifiestan los solicitantes que consideran desleales tanto la omisión de una llamada y advertencia al consumo moderado y responsable de bebidas alcohólicas (7.2); como la inserción de publicidad de bebidas alcohólicas en revistas de motor (9.2); como deontológicamente inadmisibles el aprovechamiento de determinadas lagunas de la normativa autonómica para realizar publicidad de bebidas alcohólicas en espacios dirigidos a menores.

Por otra parte se han introducido dos nuevos artículos, el 13 y el 15. El primero de ellos –“Publicidad de Consumo Responsable”– es un desarrollo del art. 7.2 que trata de evitar que la aplicación práctica de los criterios de publicidad de consumo responsable pueda servir de excusa para la publicidad indirecta o de extensión de marca. El art. 15 –“Publicidad en Internet”– hace extensivos a este medio los principios en los que se basa el Código.

Así pues, analizado el Código de Autorregulación Publicitaria de FEBE con las modificaciones introducidas a la luz del art. 3 de la LDC, se desprende 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.
- No cabe, en principio, justificar las limitaciones desde la valoración de deslealtad a que hacen referencia los solicitantes. Como ha señalado la Comisión en sus “Directrices relativas a la aplicación del apartado 3

del artículo 81 del Tratado” (pto. 47) *“toda afirmación de que hay acuerdos restrictivos que se justifican por tener por objetivo garantizar condiciones leales de competencia en el mercado es, por naturaleza, injustificada y debe desestimarse”*.

- Es, sin embargo, el interés general que busca proteger el Código el que justifica el cumplimiento del epígrafe a) del art. 3, ya que consumidores y usuarios se van a ver beneficiados por la disciplina publicitaria propuesta en el presente Código.
- En cuanto a los requisitos b) y c) deben valorarse teniendo en cuenta que las restricciones propuestas, si bien no tan concretas como se encuentran en el Código, están enunciadas en diversas normas, tanto estatales como autonómicas y se evita una posible discriminación entre empresas según la Comunidad Autónoma en la que se hayan ubicadas.
- Por todo ello, no considera el Servicio que las limitaciones impuestas a las empresas en el presente Código no sean indispensables para conseguir los objetivos propuestos. Que dicho criterio no se ha visto modificado por las novedades propuestas y que, por otra parte, queda, un margen muy amplio de publicidad y promoción a la libre autonomía de cada una de las empresas.

QUINTO.- Deviene irrelevante decir que el plazo para el que fuera concedida la autorización inicial, tantas veces citada, ha transcurrido sin que la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE BEBIDAS ESPIRITUOSAS (FEBE) haya solicitado su renovación, por lo que la misma ha caducado.

De ahí que la presente petición y, en su caso, autorización singular ha de entenderse como inicial, tanto en su contenido, como en los plazos de duración, inicio y fin.

SEXTO.- El Pleno del Tribunal, en su sesión del 29 de Marzo del 2006, deliberó y falló sobre este expediente, encargando la redacción de la Resolución al Vocal Ponente.

SÉPTIMO.- Es interesada la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE BEBIDAS ESPIRITUOSAS (FEBE).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- La norma del Artículo 4.3 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, y el Artículo 18 del Real Decreto 378/2003 de 28 de Marzo, por el que se desarrolla la Ley 16/1989 en materia de exenciones por categorías, autorizaciones singulares y registro de defensa de la competencia DISPONEN que las autorizaciones singulares lo serán a petición de los interesados y oído el Servicio de Defensa de la Competencia si, a juicio del TRIBUNAL, se dan las circunstancias que las motivaron.

Por ello, partiendo de la examinada solicitud y de los documentos que la acompañan que han conformado el expediente administrativo incoado por el Servicio de Defensa de la Competencia, el TRIBUNAL en coincidencia con el Servicio, al informar favorablemente la solicitud de autorización singular presentada por la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE BEBIDAS ESPIRITUOSAS (FEBE), entiende procede acceder a la misma, por un período de cinco años naturales, contados desde el siguiente día al de la notificación fehaciente de esta Resolución a la solicitante.

Por todo ello, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, EL TRIBUNAL

HA RESUELTO

PRIMERO.- Conceder la autorización singular solicitada por la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE BEBIDAS ESPIRITUOSAS (FEBE), para el Código de Autorregulación Publicitaria de la Federación Española de Bebidas Espirituosas.

La autorización se concede por un período de cinco años a contar desde la fecha de esta Resolución.

SEGUNDO.- Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la vigilancia del cumplimiento de la presente RESOLUCIÓN, y la inscripción en el Registro de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a la interesada, haciéndole saber que es definitiva en la vía administrativa y que contra la misma sólo cabe Recurso ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, ante la Audiencia Nacional, a interponer en el plazo de DOS MESES contados desde el siguiente al de la notificación de esta Resolución.