



Roj: **SAN 3218/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:3218**

Id Cendoj: **28079230062018100377**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **26/07/2018**

Nº de Recurso: **235/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000235 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02595/2016

Demandante: Asociación Española de Radios Comerciales(AERC)

Procurador: D. VÍCTOR VENTURNI

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) Y DE ARTISTAS, INTÉRPRETES O EJECUTANTES (AIE)

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA N.º:

Ilma. Sra. Presidente:

D.ª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D.ª. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiseis de julio de dos mil dieciocho.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 235/16 promovido por el Procurador D. Víctor Venturni actuando en nombre y representación de la Asociación Española de Radios Comerciales (" **AERC** ") , contra la resolución de 7 de abril de 2016, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se impuso a la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN COMERCIAL (AERC) una sanción de 190.000 euros de multa. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que " se declare no ser ajustada a Derecho la Resolución que se recurre, declarándola nula y dejándola sin efecto y subsidiariamente se anule parcialmente la Resolución y se reduzca el importe de la sanción sustancialmente acorde a lo manifestado en el cuerpo de la presente, con el pronunciamiento en costas que en Derecho proceda, a tenor del art 139 de la LJCA .. "

SEGUNDO .- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO .- Mediante escrito de 20 de enero de 2017, la parte codemandada, la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (**AGEDI**) y de Artistas, Intérpretes o Ejecutantes (**AIE**), presentó su escrito de contestación a la demanda solicitando la desestimación del recurso.

CUARTO.- Mediante Auto de 24 de enero de 2017, se acordó, sin necesidad de abrir el periodo probatorio, tener por reproducidos los documentos obrantes en el expediente administrativo, así como el documento aportado en su escrito de contestación de demanda como anexo nº 1 sin prejuzgar sobre su valoración a efectos probatorios.

QUINTO.- Una vez presentados los respectivos escritos de conclusiones y pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 25 de abril de 2018, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. RAMÓN CASTILLO BADAL, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Es objeto del presente recurso la resolución dictada con fecha 7 de abril de 2016 por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/0518/14 cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"PRIMERO.- Declarar acreditada en el presente expediente la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , consistente en la emisión, por parte de AERC, de recomendaciones colectivas a sus miembros de carácter restrictivo de la competencia, por su objeto, efecto o potencial efecto, dirigidas a que estos socios dejaran de abonar las facturas emitidas por AGEDI/AIE o procediesen a la consignación judicial de los pagos correspondientes a los derechos de remuneración por la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales y por la reproducción instrumental o técnica de dichos fonogramas como elemento de presión durante la negociación de un convenio regulador de las tarifas a cobrar por AGEDI/AIE a los miembros de AERC por dichos conceptos.

SEGUNDO.- Declarar responsable de esta infracción a la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE RADIOS COMERCIALES (AERC).

TERCERO.- Imponer a AERC una multa de 190.000 euros.

CUARTO.- Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

QUINTO.- Declarar confidencial la información a la que hace referencia el Fundamento de Derecho 5.4 de esta Resolución" .

Como antecedentes de interés para resolver el litigio merecen destacarse los siguientes:

1. Mediante escrito de 18 de julio de 2014, la Asociación de Gestión de los Derechos Intelectuales (AGEDI) y la entidad Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE), presentaron ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia denuncia contra la Asociación Española de Radiodifusión Comercial (AERC), por supuestas conductas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En concreto, AGEDI y AIE se referían a una conducta colusoria consistente en la emisión por parte de AERC de instrucciones formales a sus miembros para que dejaran de abonar las facturas emitidas por el órgano de recaudación conjunta AGEDI/AIE, o procediesen a su consignación judicial, en lugar de realizar el pago. Y ello con la finalidad, según las denunciadas, de presionar en la negociación de un convenio regulador de las tarifas a cobrar por estas entidades a los miembros de AERC en concepto de reproducción y comunicación pública de fonogramas.

2.- A la vista de dicha denuncia, la Dirección de Competencia inició una información reservada (S/DC/0518/14) y acordó la incorporación de la información aportada por AGEDI/AIE al expediente S/0500/13, ya iniciado. Y, con fecha 25 de septiembre de 2014, resolvió la incoación de expediente sancionador al existir indicios racionales de la comisión por parte de AERC de una infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, consistente en "... *la emisión de recomendaciones colectivas a sus miembros, de carácter restrictivo de la competencia, dirigidas a que éstos dejasen de abonar las facturas emitidas por AGEDI/AIE o procediesen a la consignación judicial de los pagos correspondientes a los derechos de remuneración por la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales y por la reproducción instrumental o técnica de dichos fonogramas, como elemento de presión durante la negociación de un convenio regulador de las tarifas a cobrar por AGEDI/AIE a los miembros de AERC por dichos conceptos*".

3.- Tramitado el expediente, y practicadas las actuaciones que obran en el mismo, con fecha 10 de marzo de 2016, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó requerir a las empresas integradas en la AERC a fin de que informasen sobre su volumen de negocios total correspondiente al año 2015, o la mejor estimación posible si esa cifra aún no estuviera disponible a cierre contable; y solicitó a la Sociedad Española de Radiodifusión, S.L. (SER) y a Cadena Radio Blanca S.A. (KISS FM) aclaraciones respecto a las sociedades integradas en sus respectivas cadenas en relación con el referido requerimiento de información.

4.- Presentada la documentación que igualmente recoge el expediente administrativo, con fecha 7 de abril de 2016, la CNMC dictó la resolución ahora recurrida.

SEGUNDO.- La resolución impugnada describe a la entidad sancionada, AERC, como "... *una organización empresarial sin ánimo de lucro que se constituyó hace más de treinta años bajo la denominación de Asociación Española de Emisoras de Radiodifusión Privadas, con el fin de defender los intereses profesionales de las emisoras de radiodifusión comercial de propiedad privada en España*".

Le atribuye la representación, en la actualidad, de la práctica totalidad de las 1.150 emisoras de radiodifusión privadas, y calcula la audiencia de las emisoras de radiodifusión asociadas a AERC en más del 80% de la audiencia total de radio en nuestro país. Destaca, en cuanto aquí interesa, que AERC tiene encomendada la negociación en nombre de sus asociados (las empresas de radio comercial) de los convenios generales a suscribir con entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual por el uso de sus respectivos repertorios, entre otros, los derechos de comunicación pública radiofónica y reproducción instrumental de fonogramas, que son gestionados por AGEDI y AIE.

Como explica la resolución recurrida, "... *AERC es una asociación de usuarios del repertorio de las entidades de gestión con las que éstas vienen obligadas a celebrar ese tipo de acuerdos, según dispone el artículo 157.1.c) del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Asimismo, AERC tiene un convenio general en vigor con la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) y ha suscrito convenios con AGEDI y AIE en el pasado*".

En cuanto a las denunciadas, explica la resolución, que AGEDI es una entidad autorizada por el Ministerio de Cultura para la gestión de los derechos de propiedad intelectual que corresponden a los productores fonográficos respecto de sus grabaciones sonoras y audiovisuales en los términos previstos en sus estatutos, constituyendo el objeto de su actividad, como reflejan éstos, "... *la gestión colectiva de los derechos que corresponden a los productores de fonogramas por la comunicación pública de sus grabaciones sonoras y vídeos musicales, por su reproducción exclusivamente para, directa o indirectamente, proceder a su comunicación pública así como a la remuneración compensatoria regulada en el artículo 25 LPI*". Especifica también que es la única entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual autorizada administrativamente para gestionar los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y que, al término del ejercicio 2013, contaba con 452 asociados.

Respecto de AIE, dice que es una entidad autorizada por el Ministerio de Cultura para gestionar los derechos de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes y sus derechohabientes en los términos previstos en sus normas estatutarias.

También describe la resolución el mercado afectado que identifica con el de gestión de derechos de propiedad intelectual en relación con la emisión de contenidos radiofónicos (derechos de comunicación pública radiofónica y reproducción de fonogramas).

Se refiere a continuación a los hechos que entiende probados atendido el contenido de la denuncia y a la vista de la documentación obtenida durante la instrucción del procedimiento, hechos que podemos resumir del siguiente modo:

- El 20 de septiembre de 2006, AERC y AGEDI/AIE firmaron un convenio para regular la gestión de los derechos de propiedad intelectual por los actos de comunicación pública de fonogramas por parte de las emisoras

integradas en AERC. La duración de dicho convenio, cuyo inicio de efectos se retrotraía al 1 de enero de 2005, se extendía, en principio, hasta el 31 de diciembre de 2009.

- Denunciado el convenio por AERC el 29 de junio de 2009, se inició un proceso de negociación para concluir uno nuevo, que no llegó a firmarse. Y, ante las dificultades para alcanzar un acuerdo entre las partes, el Secretario General de AERC envió el 11 de abril de 2011, una circular a los miembros de la asociación en la que, recuerda la CNMC, "... ante la remisión de facturas pendientes correspondientes a 2010 por parte del órgano conjunto de recaudación de AGEDI/AIE, se rogaba "a todos los miembros de la AERC que no atiendan estas liquidaciones hasta que no hayamos llegado, o, en su caso no llegado, a un acuerdo con ellos".

La resolución ahora recurrida explica la eficacia que esta circular tuvo en relación con el impago de las liquidaciones, y pone de manifiesto que "... conforme a los datos aportados por AGEDI/AIE, 82 de los 123 miembros de AERC no pagaron las facturas que se encontraban pendientes de pago en esa fecha o fueron emitidas a partir de abril de 2011, (lo que supone el 66,66% de los miembros de AERC con los que AGEDI/AIE mantenía una facturación regular por esas fechas), y el importe impagado supone el 86,9% del importe total de las facturas que los miembros de AERC debían haber abonado entonces a AGEDI/AIE".

- Las entidades gestoras pusieron en conocimiento de AERC el 29 de julio de 2011, que " la tónica general viene siendo que ninguna emisora paga las facturas, salvo excepciones. Incluso algún asociado de AERC ha procedido a la devolución de las facturas emitidas ".

- El 23 de diciembre de 2011, el Secretario General de AERC comunicó a AGEDI/AIE que: " *Habiendo llegado a un acuerdo sobre los pagos de los años 2010 y 2011, vamos a proceder a enviar una Circular a nuestros asociados para que realicen los pagos correspondientes a estos ejercicios, siendo el 2010 definitivo y el 2011 a cuenta* ".

Desde ese momento, los pagos de los operadores radiofónicos miembros de AERC se habrían normalizado entre finales de diciembre de 2011 y enero de 2012.

- Sin embargo, estancadas nuevamente las negociaciones encaminadas a la firma de un convenio regulador entre AGEDI/AIE y AERC, y alejadas las posiciones de ambas partes, el 3 de octubre de 2012, el Secretario de AERC envió una circular a los asociados con el carácter de muy urgente en la cual se indicaba que "... ante la falta de acuerdo con AGEDI-AIE en la negociación sobre los derechos de propiedad intelectual que ellos gestionan, la Asociación ha decidido que a partir de este momento las facturas pendientes de pago y el importe de las autoliquidaciones presentes y futuras deben ser puntual e inmediatamente consignadas judicialmente con el IVA correspondiente, sin esperar a las fechas de vencimiento habituales".

También se decía que "... cada consignación judicial conllevará la notificación de la autoliquidación también a AGEDI-AIE" y que "La instrucción contenida en esta circular es de imprescindible cumplimiento para no perjudicar ni poner en riesgo la posición jurídica de todos y cada uno de los asociados ante una eventual demanda por parte de AGEDI-AIE".

No obstante, y tras la reunión de Vicepresidentes o Directores Generales convocada para 5 de octubre de 2012 y que se celebró mediante conferencia telefónica, y la de la Comisión Jurídica de la Asociación que se convocó el 9 de octubre siguiente con objeto de " *revisar la decisión adoptada el pasado día 3 de Octubre en el sentido de confirmarla o modificarla* ", el Secretario General de AERC envió a los miembros de la Asociación un correo electrónico en el que indicaba que " *La circular comunicada por la Asociación el día 3 de Octubre de 2012, únicamente constituye el criterio de la Asociación y por supuesto no limita ni condiciona la capacidad de decisión de cada asociado en defensa de sus intereses* " (folios 52 y 53 del expediente).

So bre la base de tales hechos, concluye la resolución que ha quedado acreditada "... una conducta prohibida por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , consistente en la emisión, por parte de AERC, de recomendaciones colectivas a sus miembros de carácter restrictivo de la competencia, por su objeto, efecto o potencial efecto, dirigidas a que estos socios dejasen de abonar las facturas emitidas por AGEDI/AIE o procediesen a la consignación judicial de los pagos correspondientes a los derechos de remuneración por la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales y por la reproducción instrumental o técnica de dichos fonogramas como elemento de presión durante la negociación de un convenio regulador de las tarifas a cobrar por AGEDI/AIE a los miembros de AERC por dichos conceptos".

La primera de tales recomendaciones se realizó, el 11 de abril de 2011 mediante la difusión de la Circular 4/2011 AGEDI/AIE por parte de AERC y en la cual instaba a sus socios al impago de los importes de las facturas pendientes correspondientes a 2010 que habían sido emitidas por parte del órgano conjunto de recaudación de AGEDI/AIE hasta que las entidades de gestión no alcanzaran un nuevo convenio tarifario con la Asociación o, al menos, hasta que AGEDI/AIE aceptaran como pagos definitivos los ingresos que hasta ese momento venían efectuando los socios de AERC con base en el Convenio de 2006.



Y la segunda, el 3 de octubre de 2012, a través de la Circular 13/2012, en la que instó a sus socios a la consignación judicial tanto de las facturas pendientes como de las autoliquidaciones presentes y futuras que los socios de AERC tuvieran que realizar a favor de AGEDI/AIE.

TERCERO .- En su demanda, la parte recurrente, en síntesis, alega la existencia de indefensión durante el procedimiento sancionador y ello debido a que la Propuesta de Resolución no contenía una concreta propuesta de sanción, vulnerando así, el derecho fundamental a ser informado de la acusación, ex art. 24.2 CE .

En segundo lugar, tras explicar que la infracción se habría producido debido al envío de dos comunicaciones por la AERC a sus miembros en el marco de la negociación entre AGEDI y AIE y la AERC al objeto de alcanzar un nuevo convenio que fijase las tarifas por el uso de fonogramas, la AERC -que, por imperativo legal, tiene la representación de sus miembros en estas negociaciones- recordaba las opciones que estos tenían en el contexto de las negociaciones. Es más, en la segunda comunicación la AERC únicamente informaba de la posibilidad de que sus asociados hicieran uso de una opción legal de consignación judicial del pago de las tarifas.

En tercer lugar, cuestiona la apreciación de una infracción única y continuada porque con independencia de que las comunicaciones remitidas por la AERC no constituyen infracción de las normas de defensa de la competencia la existencia de dos comunicaciones no permite presumir la concurrencia de un plan global preconcebido cuyo objeto sea restringir la libre competencia. Para apreciar una infracción continuada se requiere un objetivo concreto que no puede estar basado en un supuesto propósito genérico de restringir la competencia.

Explica que la comunicación de fecha de 11 de abril de 2011, informaba a los asociados de la AERC de una posible vía de acción que podrían decidir emprender en el marco de las negociaciones por el nuevo convenio, mientras que la de fecha de 3 de octubre de 2012, se limitaba a informar les sobre la posibilidad de consignar judicialmente el pago de las facturas exigidas, tal y como prevé la Ley de Propiedad Intelectual.

Por otra parte, en los precedentes existentes sobre recomendaciones colectivas, éstas tenían por objeto promover la fijación por sus asociados de un precio o tarifa determinado.

Recuerda que en la sentencia de Cajas Vascas, confirmada por la del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2014 rec. 1216/2011 , esta Sala afirmó que todas aquellas conductas cuyo objeto no sea la fijación de precios, la limitación de la producción o el reparto del mercado no pueden estar sujetas a una presunción de que infringen la competencia por su objeto y en tal caso, cuando las conductas analizadas no estén sujetas a esta presunción, deberán ser objeto de un análisis de efectos en el mercado.

A su juicio, los objetivos, el contenido y el contexto económico y jurídico de las dos comunicaciones enviadas por la AERC a sus miembros son incompatibles con el grado de nocividad exigido por la jurisprudencia para considerar una conducta como restrictiva de la competencia por objeto.

Argumenta que las condiciones en las que se fija el precio en este mercado resultan especialmente relevantes, ya que ha quedado demostrado que AGEDI y AIE determinaron unilateralmente las tarifas calculadas sobre la base de un informe de parte y no de elementos objetivos y conocidos por todos los partícipes en la negociación. Resulta por ello sorprendente que la CNMC no haya aludido en la valoración jurídica de las conductas a esta circunstancia -de la que tuvo perfectamente conocimiento mediante el expediente S/0500/13.

Por otra parte, tampoco ha probado la resolución impugnada la existencia de efectos derivados de las comunicaciones de la AERC en el mercado de gestión de derechos de propiedad intelectual de fonogramas porque las comunicaciones no tuvieron efecto alguno en el mercado de gestión de derechos de propiedad intelectual de fonogramas.

Si como se deduce del expediente S/0500/13 tanto AGEDI como AIE abusaron de su posición de dominio no se puede sostener que estas mismas negociaciones se distorsionaron como consecuencia del envío por la AERC de dos correos electrónicos a sus asociados. La Resolución no aporta ningún elemento de prueba de la existencia de efectos en el mercado de gestión de derechos de propiedad intelectual de fonogramas e incluso llega a afirmar que una de estas comunicaciones no habría tenido efectos en el mercado.

Afirma la actora que los datos recogidos por los Anuarios de Estadísticas Culturales publicados por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte en los años 2013 y 2014, revelan un descenso de la recaudación de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual en su conjunto a partir del año 2010. Y si se analizan en concreto los datos de 2011, se observa que AGEDI y AIE se vieron menos afectadas por dicho descenso que la media de las demás entidades de gestión.

La Resolución impugnada no ha probado que exista una relación causa-efecto entre la circular de 11 de abril de 2011 y la reducción de la cantidad recaudada por AGEDI y AIE. Bien al contrario, si se compara con la



recaudación alcanzada por otras entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, la recaudación de AGEDI y AIE aumentó.

Concluye que, si bien la primera podría considerarse un boicot de pago, la segunda, tendría precisamente el objetivo contrario, asegurar el pago de las facturas. En todo caso, respecto de la primera comunicación de 11 de abril de 2011, la CNMC no ha acreditado que la misma constituya una restricción por objeto tal y como exige la jurisprudencia.

CUARTO.- Entrando a conocer los motivos del recurso debemos rechazar la existencia de indefensión por falta de indicación en la propuesta de resolución de la mención expresa a la sanción procedente porque la omisión en la propuesta de resolución de una sanción concreta no infringe precepto alguno, pues el art. 34 del reglamento de Defensa de la Competencia no impone que la propuesta de resolución contemple una sanción concreta y, en éste sentido, ya hemos dicho, así, en la SAN de 11 de diciembre de 2012 rec.6/2012 y en la de 16 de marzo de 2016 rec. 428/2013 , que "En cuanto al hecho de no haber incluido el Informe propuesta una sanción precisa, hay que indicar que la determinación de la multa es una competencia que corresponde exclusivamente al órgano sancionador, y en ningún caso a la Dirección de Investigación que, es el órgano instructor del expediente al que le corresponde elaborar una propuesta cuyo contenido determina el artículo 34 del Real Decreto 261/2008 de 22 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia que señala que " *la propuesta de resolución deberá contener los antecedentes del expediente, los hechos acreditados, sus autores, la calificación jurídica que le merezcan los hechos, la propuesta de declaración de existencia de infracción y, en su caso, los efectos producidos en el mercado, la responsabilidad que corresponda a sus autores, las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes y la propuesta de la Dirección de Investigación relativa a la exención o reducción del importe de la multa a la que se refieren los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio . Cuando la Dirección de Investigación considere que no ha quedado acreditada la existencia de prácticas prohibidas pondrá de manifiesto dicha circunstancia en su propuesta de resolución*". Por tanto, no se establece que fije una propuesta de la sanción a imponer.

Como señala la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea de 18 de junio de 2008 asunto T-410703 Hoechst GMBH.c Comisión "*Por lo que respecta más concretamente al cálculo del importe de los multas, la Comisión cumple su obligación de respetar el derecho de las empresas a ser oídas desde el momento en que indica expresamente, en el pliego de cargos, que va a examinar si procede imponer multas a las empresas afectadas e indica los principales elementos de hecho y de Derecho que pueden dar lugar a la imposición de una multa, tales como la gravedad y la duración de la presunta infracción y el hecho de haberla cometido «deliberadamente o por negligencia». Al actuar así, la Comisión les da las indicaciones necesarias para defenderse, no sólo contra la calificación de los hechos como infracción, sino también contra la posibilidad de que se les imponga una multa*" (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión [TJCE 2005, 194], citada en el apartado 344 supra, apartado 428; véanse las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 20 de marzo de 2002 [TJCE 2002, 115] , LR AF 1998/Comisión, T-23/99 , Rec. p. II-1705, apartado 199 y jurisprudencia que allí se cita, y de 15 de junio de 2005, Tokai Carbon/Comisión, citada en el apartado 118 supra , apartado 139; véase igualmente en este sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 1983, Musique diffusion française y otros/Comisión, 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825, apartado 21)."

Procede rechazar éste primer motivo impugnatorio, de carácter formal.

QUINTO.- Para resolver si las dos circulares integran una recomendación constitutiva de una conducta anti competitiva es necesario acudir al art. 1 LDC en cuanto dispone que

"1. Se 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 y, en particular, los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos."

En la sentencia de 15 de octubre de 2013 , analizamos el contenido que debe tener una recomendación colectiva para que sea incluido en el art.1 de la Ley 15/2007 , y así dijimos:



"Esta Sala ha tenido ocasión de examinar supuestos de verdaderas recomendaciones colectivas en las que una entidad que verdaderamente agrupaba a un sector productivo o profesional, como una organización interprofesional o un colegio profesional, establecían indicaciones con la vocación de ser asumidas por los destinatarios del sector, esto es, con la finalidad tendente a unificar comportamientos empresariales (SAN de 29.6.2011, recurso 833/2009 , 29.9.2011, recurso 835/2009 , o 10.2.2011, recurso 318/2010 . Esta Sala, además ha venido exigiendo que para que exista una recomendación colectiva ha de haber una acción coordinada o concurrencia de dos o más voluntades (SAN 10.11.2010, recurso 637/2009 , SAN de 29.6.2011, recurso 833/2011 ya citada, y STS de 17.3.2003, recurso 10.329/1997 , que se refiere a la necesidad de que exista "conductas conscientemente concurrentes"), y siempre con la idoneidad suficiente para influir en el mercado (STS de 1.12.2010, recurso 2685/2008 , aunque ésta última sentencia discrepe de la anterior STS de 17.3.2003 sobre si es necesario o no la existencia de afectación efectiva del mercado). Nos encontramos, por tanto, que a la vista de toda esta Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de esta Sala para que una recomendación colectiva se incluya en el art.1 de la ley 15/2007 , como conducta prohibida es preciso:

1º.- Que existan conductas conscientemente concurrentes de dos o más empresas.

2º.- Que establezcan una recomendación expresada bajo cualquier forma, con la finalidad de unificar comportamientos empresariales, sin que sea necesario que sean vinculantes, por tratarse precisamente de recomendaciones.

3º.- Con aptitud suficiente para poder incidir en el mercado, aunque no se consiga dicho efecto necesariamente..."

A partir de estos requisitos y antes de analizar el contenido de las dos recomendaciones que configuran la infracción por la que ha sido sancionada la actora, conviene referirnos a lo que ésta ha denominado el contexto en el que se producen aquellas pues, AERC denuncia el 4 de diciembre de 2013, ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y la Sociedad de Artistas Intérpretes o Ejecutantes de España (AIE), por un posible abuso de posición de dominio por la realización de prácticas contrarias a los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE consistentes en:

"a) Mantenimiento de una posición negociadora abusiva por parte de AGEDI/AIE en la negociación con la AERC de un nuevo Convenio General para hacer efectivos los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales en España.

b) El incremento abusivo, por desproporcionado e inequitativo, del precio exigido por AGEDI/AIE a los miembros de la AERC en relación con los derechos de la propiedad intelectual de los productores de fonogramas y de los artistas, intérpretes y ejecutantes musicales en España.

c) El trato discriminatorio de las emisoras de radio comerciales de propiedad privada respecto de las emisoras de radio de titularidad pública (representadas por FORTA) en lo relativo a las condiciones tarifarias ofrecidas por AGEDI/AIE en sus negociaciones con los representantes de las emisoras de radio"

Ese expediente ha concluido mediante resolución de 26 de noviembre de 2015, en la que la CNMC ha apreciado la existencia de una conducta de abuso de posición dominante prohibida por el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , consistente en la fijación de tarifas inequitativas y en la aplicación de forma discriminatoria e injustificada a determinados operadores de unas condiciones más ventajosas que a otros.

Imponía:

A la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales una multa de 1.211.400 euros.

- A la Asociación de Artistas, Intérpretes y Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España una multa de 1.579.020 euros.

Aunque tanto esta resolución de 26 de noviembre de 2015, como la que aquí se impugna se producen en el marco del proceso negociador del nuevo convenio que regule la gestión de los derechos de propiedad intelectual por los actos de comunicación pública de fonogramas por parte de las emisoras integradas en AERC, tras la denuncia del anterior convenio de 2006, el 29 de junio de 2009, se trata de dos conductas diferentes sin que podamos valorar las dos recomendaciones en función de la apreciación posterior por la CNMC de que las tarifas fijadas incurrieron en abuso de posición de dominio, teniendo en cuenta que la primera conducta objeto de denuncia, es decir, el " Mantenimiento de una posición negociadora abusiva por parte de AGEDI/AIE en la negociación con la AERC de un nuevo Convenio General para hacer efectivos los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales en España" no fue objeto de investigación y, por tanto, no ha merecido reproche alguno de la CNMC.



La precisión es importante para evitar, a priori, encontrar justificación de la conducta en una posición negociadora abusiva por parte de AGEDI/AIE en la negociación con la AERC de un nuevo Convenio General que hubiera merecido el reproche sancionador de la CNMC. La sanción se ha impuesto a las entidades gestoras, como decimos, pero no por ésta última conducta.

SEXTO .- Hecha esta precisión, se trata en definitiva de resolver si las instrucciones giradas en 2011 y 2012 constituyeron una recomendación colectiva incluida en el art. 1.1 de la Ley 15/2007 .

Para ello hay que partir del mercado afectado que es el de gestión de derechos de propiedad intelectual en relación con la emisión de contenidos radiofónicos (derechos de comunicación pública radiofónica y reproducción de fonogramas), calificación que la actora no discute.

En relación a ese mercado, AERC asume la representación de sus asociadas para la negociación en nombre de estas de los convenios reguladores de la gestión de esos derechos, de conformidad con sus estatutos y el art. 157.1 de la LPI con el fin de contrarrestar la posición de las entidades gestoras.

Pues bien, el análisis de las circulares o instrucciones revela que no presentan meramente un carácter meramente informativo respecto de las opciones a considerar pues en la de 2011, AERC recomendó directamente el impago de las tarifas al margen de la posibilidad contemplada, en su artículo 157.2 precepto que se limita a prever que, en tanto las partes no lleguen a un acuerdo, *"la autorización correspondiente se entenderá concedida si el solicitante hace efectiva bajo reserva o consigna judicialmente la cantidad exigida por la entidad de gestión de acuerdo con las tarifas generales"*, sin mencionar en ningún momento la posibilidad de proceder al impago de las facturas.

El examen de la circular citada revela que dirigió una orden a todos los miembros de la asociación, no atender las liquidaciones giradas por AGEDI/AIE, hasta que estas alcanzasen un acuerdo sobre la renovación del Convenio con AERC, que el seguimiento de la orden fue masivo pues supuso que el 86,9% del importe total de las facturas que los miembros de la AERC debían haber abonado entonces a AGEDI-AIE no fueran pagadas y que, como consecuencia de esa medida AGEDI/AIE tuvieron que aceptar los pagos a cuenta realizados por la AERC en 2010 como definitivos, que era lo que pretendía AERC.

Por lo tanto, la citada circular no era meramente informativa de las opciones que la Ley permitía sino que perseguía y consiguió un efecto coactivo y contrario a las normas de competencia al homogeneizar la voluntad de los asociados sin permitir su libre decisión.

Respecto de la Circular de 3 de octubre de 2012, tampoco se limitó a informar a los asociados de las posibilidades expresadas por la LPI en relación con la posible consignación judicial de los importes debidos, pues, recordemos, el art. 157.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual dice que *"2. En tanto las partes no lleguen a un acuerdo, la autorización correspondiente se entenderá concedida si el solicitante hace efectiva bajo reserva o consigna judicialmente la cantidad exigida por la entidad de gestión de acuerdo con las tarifas generales."*

AERC no informó ni ofreció a sus asociados la posibilidad de acogerse a cualquiera de las dos posibilidades contempladas en el precepto sino que impuso una de ellas pues *" la Asociación ha decidido que a partir de este momento las facturas pendientes de pago y el importe de las autoliquidaciones presentes y futuras deben ser puntual e inmediatamente consignadas judicialmente con el IVA correspondiente, sin esperar a las fechas de vencimiento habituales"* . También se decía que *"... cada consignación judicial conllevará la notificación de la autoliquidación también a AGEDI-AIE"* y que *"La instrucción contenida en esta circular es de imprescindible cumplimiento para no perjudicar ni poner en riesgo la posición jurídica de todos y cada uno de los asociados ante una eventual demanda por parte de AGEDI-AIE"*.

Esta segunda circular persigue el mismo objetivo de lograr una medida de presión en la negociación abierta.

Si bien la LPI permite la posibilidad de consignar judicialmente los pagos a los efectos de preservar la autorización de uso mientras no se alcanza un acuerdo con la entidad de gestión (artículo 157.2 de la LPI), establece junto a esta posibilidad el pago bajo reserva a la propia entidad de gestión y señala que ambas opciones deben referirse a *"la cantidad exigida por la entidad de gestión de acuerdo con las tarifas generales"*.

Esta segunda circular relativa a la consignación judicial de importes debidos, se aparta de la previsión legal porque, excluyendo el pago bajo reserva previsto en la propia LPI en igualdad con la consignación judicial recomendada.

Como vemos, la previsión de la Ley de Propiedad Intelectual respecto de la consignación judicial, no contempla su empleo como medio de presión hacia la entidad de gestión, como sucede en este caso, ya que ello desvirtúa por completo su finalidad, que no es otra que la de garantizar la gestión y el cobro de la remuneración por parte de los entidades de gestión por el uso de los derechos de autor que corresponden a sus titulares.



Por lo demás, para que una recomendación colectiva pueda ser considerada una restricción de la competencia por objeto no es imprescindible que deba versar sobre precios. No lo exige así, el art. 1 de la LDC ni el art. 101 del TFUE .

Prueba de ello, es la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2018, rec. 3055/2017 que sanciona por una recomendación colectiva consistente en el boicot de una cooperativa de transporte a una naviera en la prestación de servicios de estiba y desestiba.

Por otra parte, ambas circulares son aptas para producir efectos anticompetitivos. La primera, porque al reducir o limitar los ingresos de AGEDI/AIE, condicionó las negociaciones para la renovación del convenio y dejaría en peor posición a los restantes operadores radiofónicos que no son miembros de AERC que conseguirían peores tarifas que los asociados a aquella. La segunda, por los términos antes expuestos tuvo el efecto potencial de producirlos.

SÉPTIMO.- Cuestiona finalmente la actora la calificación de la conducta como infracción única y continuada porque, según razona la resolución impugnada:

"Si bien ambas recomendaciones colectivas se producen en momentos temporales distintos, aunque cercanos, y su contenido presenta diferencias, esta Sala considera que las mismas forman parte de una infracción única y continuada de los artículos 1 de la LDC y del 101 TFUE , en la medida en que es una conducta adoptada por la misma asociación y destinada a los mismos sujetos, y cuya finalidad, en ambos casos, es ejercer una presión, a través de mecanismos ilícitos desde el punto de vista de la competencia, frente a las entidades de gestión AGEDI/AIE, a los efectos de obtener los resultados queridos en la negociación del nuevo Convenio.

Entre ambas recomendaciones coinciden, por tanto, la unidad de objetivos comunes, la identidad de sujeto y los métodos empleados, elementos éstos que según la jurisprudencia permiten considerar la existencia de una infracción única y continuada".

En la sentencia de 28 de diciembre de 2017, rec. 145/2015 , cartel de residuos, hemos recordado que, según la sentencia del TJUE de 16 de junio de 2011, en Asunto T-211/08 , Putters International NV, a propósito del Mercado de los servicios de mudanzas internacionales en Bélgica, la doctrina sobre la concurrencia de una infracción única y continuada se resume en los siguientes términos:

"deben concurrir tres requisitos para acreditar la participación en una infracción única y continuada, a saber, la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, la contribución intencional de la empresa a ese plan y el hecho de que tenía conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes".

Esos requisitos se cumplen, a juicio de la Sala, pues, con independencia de que la conducta sea imputable a un único partícipe, en este caso AERC, el contenido de las dos circulares revela un objetivo ideado por la recurrente ejercer presión a AGEDI-AIE en el marco de la negociación del nuevo Convenio entre ambas Comunicaciones, utilizando el mismo mecanismo ilícito.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , las costas habrán de ser satisfechas por la parte actora dada la desestimación del recurso.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Víctor Venturini actuando en nombre y representación de la Asociación Española de Radios Comerciales ("**AERC**"), contra la resolución de 7 de abril de 2016, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se impuso a la citada asociación una sanción de 190.000 euros de multa, resolución que declaramos conforme a derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte demandante.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no** tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 27/07/2018 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ