

RESOLUCIÓN
(Expte. S/0518/14 AERC)

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D. Josep María Guinart Solà
D^a. María Ortiz Aguilar
D. Fernando Torremocha y García - Sáenz
D. Benigno Valdés Díaz

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 7 de abril de 2016

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha dictado esta Resolución en el expediente S/0518/14 AERC, incoado por la Dirección de Competencia contra la Asociación Española de Radiodifusión Comercial (AERC), por supuesta infracción los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistente en la emisión de recomendaciones colectivas a sus miembros de carácter restrictivo de la competencia.

I.- ANTECEDENTES

1. Con fecha 18 de julio de 2014, en el marco del expediente S/0500/13, AGEDI/AIE RADIO, tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de denuncia formulado por la Asociación de Gestión de los Derechos Intelectuales (AGEDI) y la entidad Artistas, Intérpretes o ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE), contra AERC, por supuestas conductas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Concretamente, AGEDI y AIE denunciaron una supuesta conducta colusoria consistente en la emisión por parte de AERC de instrucciones formales a sus

miembros para que éstos dejasen 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 por la vía regular. Según las citadas entidades, la finalidad de las recomendaciones de impago realizadas por AERC era establecer un elemento de presión 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. Como consecuencia de esta denuncia, la Dirección de Competencia inició, con fecha 1 de agosto de 2014 y de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.2 de la LDC, una información reservada (número de referencia S/DC/0518/14) con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador.
3. En esa misma fecha la Dirección de Competencia acordó la incorporación de la información aportada por AGEDI/AIE el 18 de julio de 2014 al expediente S/0500/13, de acuerdo con el artículo 30 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC) (folios 1 a 16).
4. Con fecha 5 de septiembre de 2014, la Dirección de Competencia formuló requerimiento de información a AERC a fin de que aportase las comunicaciones, circulares e instrucciones que con carácter general hubieran sido dirigidas por AERC a sus miembros desde el 1 de enero de 2010 hasta el 30 de julio de 2014 (folios 17 a 19).

La respuesta a dicho requerimiento tuvo entrada en la CNMC el 23 de septiembre de 2014 (folios 30 a 297).

5. Con fecha 25 de septiembre de 2014, la Dirección de Competencia acordó la incoación del expediente sancionador de referencia 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.
6. Con fecha 24 de marzo de 2015, la Dirección de Competencia requirió información a AGEDI/AIE en relación con la situación de los pagos que los miembros de AERC venían efectuando a favor de las citadas entidades de gestión (folios 401 a 406). Con fecha 14 de abril de 2015, tuvo entrada en la CNMC la contestación de AGEDI/AIE al requerimiento de información que les fue formulado el 24 de marzo de 2015 (folios 437 a 661).

7. Con fecha 27 de marzo de 2015, la Dirección de Competencia acordó la incorporación de determinada información aportada por AERC el 4 de diciembre de 2013 en el marco del expediente S/0500/13, de acuerdo con el artículo 30 del RDC (folios 418 a 433).
8. Con fecha 9 de junio de 2015, fue acordado el Pliego de Concreción de Hechos (PCH), que fue debidamente notificado a las partes el día 10 de junio del mismo año (folios 726.1 y 747.1).
9. Con fecha 6 de julio de 2015, tuvieron entrada en la CNMC las alegaciones al PCH de AGEDI/AIE (folios 770 a 780) y de AERC (folios 793 a 887).
10. Con fecha 24 de julio de 2015, la instructora del procedimiento adoptó un acuerdo por el que se requirió a los asociados de AERC datos sobre su volumen de negocios (folios 888 y 980-911).
11. Con fecha 26 de agosto de 2015, la Instructora acordó el cierre de la fase de instrucción del procedimiento (folios 1143 y 1144).
12. Con fecha 7 de septiembre de 2015, el Director de Competencia adoptó la Propuesta de Resolución del procedimiento, que fue debidamente notificada a las partes.
13. Han presentado alegaciones a la Propuesta de Resolución la AGEDI-AIE (folios 1310 a 1329) y la AERC (folios 1352 a 1382).
14. La propuesta de Resolución del Procedimiento fue elevada al Consejo con fecha 29 de septiembre de 2015.
15. Con fecha 12 de enero de 2016, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la remisión de información a la Comisión Europea prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE. Asimismo, se acordó suspender el plazo para resolver el procedimiento sancionador con fecha de efectos el día 12 de enero de 2016, hasta que se diera respuesta por la Comisión Europea a la información remitida o transcurriera el término a que hace referencia el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003.

El plazo de suspensión fue levantado mediante acuerdo de fecha 12 de febrero de 2016, con fecha de efectos el mismo día.
16. 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 su volumen de negocios total correspondiente al año 2015, o la mejor estimación posible si esa cifra aún no estuviera disponible a cierre contable (folios 1466-1469). Asimismo 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 respecto del requerimiento anterior.

A este respecto, la Sala de Competencia acordó suspender el plazo máximo de resolución del procedimiento hasta que se aportara la información requerida o transcurriera el plazo concedido para su aportación. Transcurrido el plazo previsto en el acuerdo de 10 de marzo se acordó el levantamiento de la suspensión acordada con efectos de 24 de marzo de 2016 (folio 1762).

Las contestaciones al requerimiento de información tuvieron entrada en la CNMC entre el 14 de marzo y el 5 de abril de 2016.

17. Con fecha 21 de marzo de 2016, tuvieron entrada en el CNMC nuevas alegaciones de la AERC (folios 1649-1656).
18. Esta resolución ha sido objeto de deliberación y fallo por el Consejo en Sala de Competencia, en su sesión de 7 de abril de 2016.
19. Son partes interesadas en el procedimiento la ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELLECTUALES (AGEDI); la entidad ARTISTAS, INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE); la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN COMERCIAL (AERC).

II. LAS PARTES

1. ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN COMERCIAL (AERC)

AERC es 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.

AERC representa en la actualidad a casi la totalidad de las 1.150 emisoras de radiodifusión privadas en España. En su conjunto, la audiencia total de las emisoras de radiodifusión asociadas a AERC representa más del 80% de la audiencia total de radio en nuestro país.

Según la página web de la AERC (<http://www.aerc.es/la-asociacion/>) la Asociación se fundó en 1960 y *“tiene como objetivo la defensa común de los criterios e intereses de la radio privada en todos los aspectos que no forman parte de la competencia empresarial y radiofónica entre sus miembros”*.

La misma página web añade:

“La Asociación Española de Radiodifusión Comercial tiene ámbito en todo el territorio del Estado español, quedando así abierta su afiliación a todas las empresas de radiodifusión comercial de propiedad privada, que sean titulares de emisoras tanto de Onda Media como de Frecuencia Modulada

que sean poseedoras de la debida licencia por parte de la Administración, requisito indispensable para formar parte de la misma.

En la actualidad la AERC engloba a la práctica totalidad de las emisoras privadas comerciales de nuestro país. Entre nuestros socios más importantes figuran las grandes Cadenas de la radiodifusión española: SER, COPE, ONDA CERO, KISS FM y RADIO MARCA.

Entre sus funciones profesionales está la representación del sector ante el Gobierno Central, las Administraciones Públicas, Central y Autonómicas y la Administración Local, en todos los aspectos de su competencia, por ejemplo, y fundamentalmente, en los aspectos regulatorios que afectan a la radio, en los Planes Técnicos de la Radiodifusión y en los procesos y concursos concesionales y renovatorios de las licencias.

La AERC es miembro del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información-CATSI, tanto del Pleno como de su Comisión Permanente”.

Además, AERC tienen 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, y que son un input esencial de cara a que las radios comerciales puedan desarrollar su actividad.

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.

2. ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI)

AGEDI es una entidad autorizada por Orden del Ministerio de Cultura de 15 de febrero de 1989, para gestionar 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.

De acuerdo con sus estatutos sociales, constituye el objeto de su actividad *"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, en los términos establecidos en su contrato de gestión.

AGEDI 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.

Más concretamente, AGEDI gestiona de forma colectiva los derechos de comunicación pública y de reproducción para dicha comunicación pública que corresponden a los productores de fonogramas bien por mandato legal, para los derechos de gestión colectiva obligatoria, o bien en virtud de un contrato de gestión firmado por los asociados al incorporarse a la entidad en el caso de derechos exclusivos.

Al finalizar el ejercicio 2013 AGEDI contaba con 452 asociados. Las compañías de discos asociadas a AGEDI representan a más de 3.000 sellos o marcas discográficas de todo el mundo¹.

3. ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE)

AIE es también una entidad de gestión que fue autorizada como tal por Orden del Ministerio de Cultura de 29 de junio de 1989, para gestionar los derechos de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes y sus derechohabientes, en los términos previstos en sus normas estatutarias.

Los Estatutos de AIE mencionan en su artículo 4, como fin principal de la Entidad *“la gestión de los derechos de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales que se indican en los números 2 y 3 de este artículo, correspondientes tanto a sus titulares originarios como a sus titulares derivados”* Dentro del citado ámbito genérico de gestión de cualesquiera derechos de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales se encuentra específicamente: *“A los derechos de compensación y/o remuneración que en cualquier momento se encuentren reconocidos por el ordenamiento jurídico a los artistas intérpretes o ejecutantes, especialmente y a título enunciativo los previstos en los artículos 25, 108 y 109 del TRLPI relativos, respectivamente, a las compensaciones equitativas por copia privada de fonogramas, videogramas y otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, y a las remuneraciones equitativas por comunicación pública de fonogramas o de reproducciones de fonogramas y de grabaciones audiovisuales, y por distribución mediante alquiler de fonogramas y originales o copias de grabaciones audiovisuales...”*.

¹ Fuente: Memoria de Actividades e Informe de Gestión 2013 de AGEDI (http://www.agedi.es/images/memorias/Memoria_e_Informe_de_Gestin_de_Agedi_2013.pdf)

AIE es la única entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual autorizada administrativamente para gestionar los derechos de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales respecto de la fijación de sus actuaciones en soportes exclusivamente sonoros (fonogramas).

El 14 de julio de 2004 AGEDI y AIE firmaron un acuerdo por el que se constituye una Comunidad de Bienes, denominada “AGEDI-AIE Órgano Conjunto de Recaudación de Artistas y Productores CB”, sin ánimo de lucro, cuyos comuneros son AGEDI y AIE, para la recaudación conjunta de determinados derechos de propiedad intelectual. En concreto, gestionan el derecho de remuneración única por la comunicación pública de fonogramas, correspondiente de forma compartida a los artistas, intérpretes o ejecutantes y a productores de fonogramas, el derecho exclusivo del productor de fonogramas a autorizar la comunicación pública de éstos, y el derecho exclusivo de los productores de fonogramas para autorizar la reproducción instrumental de éstos, realizada por el usuario con vistas a efectuar sus propias comunicaciones públicas.

El contrato, vigente actualmente según la información disponible en el presente expediente, establece una duración máxima inicial de diez años, sin perjuicio de la prórroga de la duración que, por sucesivos periodos máximos de diez años las entidades pactarán si transcurre el periodo máximo inicial o prorrogado y el citado Acuerdo General AGEDI/AIE no se haya extinguido por cualquier causa².

III. MERCADOS AFECTADOS

En su Informe y Propuesta de Resolución, la Dirección de Competencia describe los mercados afectados por este expediente como se desarrolla a continuación.

III.1. Mercados de Producto

Los miembros de AERC operan en el ámbito radiofónico y las conductas investigadas en el presente expediente pueden incidir en última instancia, en la dinámica competitiva de este sector.

En todo caso, estas conductas investigadas inciden directamente, desde el lado de la demanda, en la actividad de la gestión de los derechos de comunicación pública radiofónica y reproducción de fonogramas.

Por ello, a continuación se examinará de forma separada la delimitación de ambos ámbitos de actividad, verticalmente relacionados entre sí, en la medida que los derechos de comunicación pública radiofónica y reproducción de fonogramas son un input esencial para desarrollar la actividad radiofónica.

² Fuente: Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 14 de junio de 2012 (<http://www.cnmc.es/es-es/cnmc/ficha.aspx?Num=S%2f0297%2f10&ambito=Conductas>).

a) El sector radiofónico en España

El sector radiofónico en España se encuentra sometido a una variada y extensa regulación de ámbito internacional³, estatal⁴, autonómico y local.

Este sector radiofónico se caracteriza por ofertar un bien, el producto radiofónico, que es un conjunto de contenidos diseñados para alcanzar una audiencia determinada a través de una o varias estaciones agrupadas en una cadena.

Los oferentes de los productos radiofónicos son los operadores radiofónicos o grupos radiofónicos (en el caso de que se trate de empresas que gestionan más de un producto radiofónico), quienes diseñan los productos como una manera de diversificar y hacer más eficientes las estaciones a través de las cuales emiten.

Los demandantes de este producto son los usuarios de radio que constituyen la audiencia y que acceden de forma gratuita a los contenidos a través de sus receptores de radio (o televisiones o dispositivos con acceso a internet).

Este hecho incide en que la mayoría de los oferentes de productos radiofónicos obtengan sus ingresos de manera indirecta, de la venta de espacios publicitarios en los programas que emiten, por lo que los anunciantes también pueden ser considerados demandantes en este sector.

La publicidad constituye así la principal vía de financiación de las empresas privadas radiofónicas y, en mucha menor medida, de las denominadas radios públicas comerciales.

La titularidad de los operadores radiofónicos, pública o privada, incide en su forma de financiación, ya que la radio pública estatal (Radio Nacional de España) se financia exclusivamente en base a Presupuestos Generales del Estado, mientras que las radios públicas autonómicas y municipales se financian con fondos públicos, pero también pueden emitir publicidad.

En el caso español, las radios privadas se organizan en torno a grupos empresariales con actividad en diversos ámbitos de las industrias culturales. Cada grupo de comunicación suele tener su propia división radiofónica para captar recursos publicitarios y aprovecha las sinergias con el resto de sus actividades en medios de comunicación, por ejemplo, la venta conjunta de espacios publicitarios.

Los principales⁵ grupos empresariales que componen el panorama radiofónico en nuestro país son: PRISA RADIO, S.L., ATRESMEDIA RADIO, RADIO POPULAR, S.A. (COPE) y GRUPO RADIO BLANCA, S.A.⁶, todos ellos asociados a AERC, como destaca la propia asociación en su página web.

³ La Unión Internacional de Telecomunicaciones coordina la actividad y utilización de frecuencias por todos los países del mundo.

⁴ Planes Técnicos elaborados por el Gobierno y aprobados por el Congreso español y en los que se indican las frecuencias disponibles.

⁵ Fuente http://www.anuariosgae.com/anuario2014/anuariopdfs/08_RADIO.pdf

⁶ Al que pertenece la cadena musical Kiss FM.

- PRISA RADIO es el mayor grupo radiofónico en España, Colombia y Chile. Este grupo radiofónico tiene más de ocho millones de usuarios únicos en Internet y 28 millones de personas que escuchan sus más de 1.250 emisoras repartidas en doce países.
- ATRESMEDIA RADIO forma parte de la Corporación Atresmedia (Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A), grupo que opera, entre otros, en los mercados de la televisión en abierto y en la radio comercial. Onda Cero, Europa FM y Melodía FM son cadenas de radio pertenecientes a este grupo.
- COPE (acrónimo de Cadena de Ondas Populares Españolas) es una cadena de radio generalista cuyo accionista principal es la Conferencia Episcopal Española que ocupa el tercer puesto en el ranking de las emisoras generalistas españolas de ámbito nacional con mayor número de oyentes en 2013.
- RADIO BLANCA, S.A. es una empresa de radiodifusión domiciliada en Pozuelo de Alarcón (Madrid), cabeza de una cadena de emisoras entre las que se incluyen Kiss Radio, S.A., Club de Radio Terrassa, S.A Ondas Castellano Leonesas, S.A., Quiero Radio, S.L. y Radio Antena del Sur, S.A., entre otras.

Una característica de la estructura de las emisoras privadas comerciales de radio es el sistema de “*cadena de radiodifusión*”, por el que se agrupan, mediante relaciones de propiedad, contratos de asociación, afiliación u otros, un conjunto de emisoras propias y ajenas. Con ello, se busca una mayor cuota de audiencia y, por consiguiente, un mayor ámbito de divulgación de publicidad, cuyos ingresos a nivel nacional y local se reparten entre los asociados mediante fórmulas diversas.

A la vista de todo lo anterior, a los efectos del presente expediente, se pueden distinguir en este sector dos mercados diferenciados, relacionados entre sí, según el tipo de demandante; (i) mercado de emisiones radiofónicas, en el que los demandantes son los usuarios finales que escuchan la radio; y (ii) mercado de publicidad radiofónica, en el que los demandantes son los anunciantes que desean emitir su publicidad a los oyentes radiofónicos.

En ambos casos, la oferta viene configurada por los operadores radiofónicos y la evolución de la demanda en ambos mercados se condiciona mutuamente. Así, a mayor audiencia suele haber mayores ingresos publicitarios, lo que a su vez suele contribuir a incrementar el atractivo de la programación, favoreciendo incrementos en la audiencia.

Por todo lo anterior, queda claro que a efectos del análisis de la estructura de ambos mercados se deben tener en cuenta los índices de audiencia en el primero y la publicidad obtenida por los distintos operadores radiofónicos en el segundo.

La audiencia radiofónica se mide en función del tipo de contenidos, distinguiéndose entre radio convencional o de programación generalista, habiendo crecido ambos tipos en España durante los últimos años⁷.

El reparto entre los diferentes competidores se muestra muy consolidado en el ámbito generalista, y la CADENA SER (de PRISA RADIO) domina el dial en términos de audiencia, seguido por ONDA CERO (de ATRESMEDIA RADIO) y alternándose en el tercer y cuarto puesto la COPE y RADIO NACIONAL DE ESPAÑA R-1. Fuera de estas cuatro cadenas, el resto de los competidores son cadenas de ámbito regional (como CATALUNYA RADIO y CANAL SUR RADIO), con unos niveles de audiencia ligados a su cobertura, mucho menores⁸.

Pese al impulso de las emisoras generalistas en los últimos años, la modernización de la radio y el peso creciente de su audiencia viene condicionada por la radio musical, que ha pasado de los 10,6 millones de personas en 2003 a los 14,3 millones en 2014, con un aumento del 35 %.

Esto habría provocado el intento por parte de las grandes compañías de radio privadas –PRISA RADIO, ATRESMEDIA RADIO y RADIO POPULAR– de defender sus cuotas, en el caso de la primera, y de aumentar las suyas, en el de las dos últimas.

En términos de audiencia las principales cadenas radiofónicas en España son:

AUDIENCIA PRINCIPALES CADENAS TEMÁTICAS EN ESPAÑA						
	2009	2010	2011	2012	2013	2014
LOS 40 PRINCIPALES (PRISA RADIO)	3.406	3.557	3.675	3.731	3.552	3.263
DIAL (PRISA RADIO)	1.660	1.913	2.057	2.233	2.172	2.141
EUROPA FM (ATRESMEDIA RADIO)	946	1.165	1.410	1.875	1.930	1.871
CADENA 100 (COPE)	1.244	1.536	1.551	1.618	1.636	1.681
KISS FM	1.126	1.023	997	1.002	884	890

Fuente: AIMC-EGM. Datos correspondientes al 2º año móvil (abarca de octubre del año anterior a mayo del año correspondiente). Cifras en miles de oyentes

AUDIENCIA PRINCIPALES CADENAS GENERALISTAS EN ESPAÑA

⁷ <http://www.aimc.es/-Datos-EGM-Resumen-General-.html>

⁸ <http://www.cuadernosdeperiodistas.com/las-buenas-noticias-radiofonicas/>

	2009	2010	2011	2012	2013	2014
CADENA SER	4.643	4.415	4.078	4.500	4.624	4.432
ONDA CERO	1.974	2.043	2.255	2.343	2.348	2.359
COPE	1.737	1.384	1.655	1.668	1.775	1.941
RNE	1.184	1.355	1.529	1.675	1.353	1.255

Fuente: AIMC-EGM. Datos correspondientes al 2º año móvil (abarca de octubre del año anterior a mayo del año correspondiente). Cifras en miles de oyentes.

No obstante, el crecimiento de la audiencia de la radio no se ha traducido en un incremento de los niveles de inversión publicitaria.

De acuerdo con el estudio i2p⁹, de Arce Media y Media Hotline, entre enero y septiembre de 2013 los anunciantes destinaron a la radio 163 millones de euros en publicidad, lo que le convierte en el cuarto soporte, tras la televisión, los diarios e internet. La cifra de inversión es, en cualquier caso, un 37% inferior a la de 2008, ya en plena crisis económica, en que se alcanzaron los 257 millones de euros.

Estas conclusiones son corroboradas por el “*Estudio Infoadex de la inversión publicitaria en España en 2014*”, si bien no coinciden los datos sobre los volúmenes de publicidad estimados por ambos estudios. Para Infoadex la inversión real estimada habría disminuido en todos los medios convencionales a excepción de internet, entre los cuales la radio ostenta el cuarto puesto por volumen, con una inversión de 403,6 millones de euros en 2013, un 11% menos que el año anterior. Según Infoadex la radio supone el 9,5% del volumen de la inversión publicitaria dirigida a medios convencionales.

Además, la industria de la radio se encuentra transitando actualmente hacia el modelo digital, suponiendo los ingresos publicitarios de este tipo de formato en torno a un 10% de los ingresos publicitarios de la radio en general.

Aparte de la audiencia y la publicidad, en el sector radiofónico resulta relevante el número de emisoras propiedad o asociadas a cada grupo, ya que de él depende en gran medida la audiencia y, por ende, la publicidad obtenida.

Respecto a las cadenas generalistas, destaca en número de emisoras la CADENA SER, que cuenta con 225 emisoras, puesto que ni siquiera las emisoras públicas alcanzan ese número. La siguen RNE 1, con 182 emisoras, COPE con 166 y ONDA CERO con 156 emisoras.

⁹ <http://digimedios.es/index.php/archivo/la-inversion-publicitaria-se-redujo-un-72-en-el-tercer-trimestre/>

Las dos cadenas musicales que más emisoras tienen son LOS 40 PRINCIPALES (96) y CADENA DIAL (86), ambas pertenecientes al GRUPO PRISA, al igual que CADENA SER.

b) La gestión de derechos propiedad intelectual de fonogramas

El artículo 114.1 de la LPI define fonograma como “*toda fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos*”, siendo los titulares de los mismos, los productores de fonogramas y los artistas, intérpretes y ejecutantes, en base a lo estipulado en la LPI en los Títulos I y II del Libro II.

Los derechos de propiedad intelectual que corresponden a estos colectivos por la comunicación pública de los fonogramas están previstos en los artículos 108.4 y 116.2 de la LPI de una forma similar. Dichos preceptos establecen que los usuarios de fonogramas publicados que hagan uso de los mismos a efectos de comunicación pública, están obligados a pagar una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas, entre los cuales se efectuará el reparto de aquélla. A falta de acuerdo entre ellos sobre dicho reparto, éste se realizará por partes iguales.

La comunicación pública es uno de los actos de explotación en materia de propiedad intelectual. Está definida en el artículo 20 de la LPI, cuyo párrafo 1º señala que “*se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas*”. Asimismo, los productores de fonogramas ostentan el derecho exclusivo de autorizar su reproducción. Este derecho puede transferirse, cederse o ser objeto de concesión de licencias contractuales en base al artículo 115 de la LPI. La reproducción consiste, de acuerdo con el artículo 18 de la LPI en: “*La fijación directa o indirecta, provisional o permanente por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias*”.

Las emisoras de radio, en la medida en que incluyen fonogramas en su programación, realizan actos de comunicación pública y, para la realización de estos actos de comunicación pública reproducen los fonogramas en sus equipos, lo que viene a denominarse una reproducción instrumental dado que es necesaria para dicha comunicación pública. Por tanto, las emisoras de radio que realicen actos de comunicación pública de fonogramas quedan obligadas a pagar la remuneración equitativa y única tanto a los productores como a los intérpretes de fonogramas.

Debe tenerse en cuenta que el derecho de remuneración equitativa y única que corresponde a los productores de fonogramas y a los intérpretes por los actos de explotación de los fonogramas previstos legalmente, es un derecho de gestión colectiva obligatoria. Esto implica que AGEDI y AIE, únicas entidades reconocidas para la gestión de estos derechos de propiedad intelectual, los gestionan en nombre de todos los productores de fonogramas y en nombre de todos los

intérpretes y ejecutantes, con independencia de que productores o intérpretes pertenezcan o no a las entidades AGEDI y AIE.

Además de reconocer a las entidades de gestión el derecho a percibir remuneración en nombre de sus beneficiarios, la LPI establece las bases para que las propias entidades de gestión fijen directamente la remuneración. El mecanismo previsto en la LPI para el establecimiento de la remuneración son las Tarifas Generales. El establecimiento de las Tarifas Generales es, para toda entidad de gestión, una obligación impuesta legalmente.

Junto con la existencia de la obligación de fijación de unas Tarifas Generales, la LPI establecía¹⁰ también la obligación de las entidades de gestión de *“celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente”* (artículo 157.1c) de la LPI), aunque conviene tener en cuenta a la hora de valorar esta obligación que la propia norma establece 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”* (artículo 157.2 de la LPI).

Es decir, la LPI establece un doble sistema tarifario basado en Tarifas generales y tarifas negociadas en convenios con asociaciones representativas de los usuarios.

En particular, actualmente coexisten las Tarifas Generales, las tarifas negociadas con asociaciones representativas como son AERC y la FORTA, y las tarifas individuales negociadas con RTVE.

Como ya se ha señalado, AGEDI y AIE se configuran como los únicos operadores en España que, por cuenta de los productores y de los artistas, intérpretes y ejecutantes, realizan los actos necesarios para que los operadores de radiodifusión puedan hacer efectivo el derecho de remuneración equitativa que corresponde a ambas entidades.

Como consecuencia de lo anterior, la gestión de los derechos de propiedad intelectual de los fonogramas que realizan AGEDI y AIE en España no es sustituible para los operadores radiofónicos.

Por estos motivos, a los efectos del presente expediente, se considera que existe un mercado de producto afectado relativo a la gestión colectiva de los derechos de autorización y remuneración que corresponden a los artistas, intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas por actos de comunicación pública radiofónica de los fonogramas, así como de reproducción instrumental para dicha comunicación pública, a través de las emisoras de radio.

En este mercado, AGEDI y AIE actúan por mandato legal como un único oferente, con una cuota de mercado del 100%, al ser las únicas entidades autorizadas.

¹⁰ Lo establecido en los artículos 157.1c) y 157.2 de la LPI no ha sido objeto de modificación por la Ley 12/2014.

III.2. Mercados Geográficos

Dado que el ámbito de actuación de AERC, AGEDI y AIE es nacional, en el presente expediente se considerará que el ámbito geográfico relevante de los mercados de producto afectados es el nacional, sin que sea necesario pronunciarse de forma definitiva sobre esta cuestión, en la medida que no afecta a las conclusiones del análisis.

Igualmente, las conductas investigadas en el presente expediente son susceptibles de afectar al comercio intracomunitario y, por tanto, procede aplicar el artículo 101 del TFUE.

El artículo 101.1 del TFUE prohíbe *“todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados Miembros y que tenga por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común”*.

Por su parte, las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado¹¹, establecen los principios desarrollados por los tribunales comunitarios en relación con la interpretación del concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 101 y 102 del TFUE. Además, estas Directrices contienen una regla que indica cuándo no es probable que los acuerdos puedan en general afectar de forma apreciable al comercio entre Estados miembros de la UE (la regla de la ausencia de efecto apreciable sobre el comercio o regla AEAC).

De acuerdo con las citadas Directrices, esta Sala considera que las conductas de AERC objeto del presente expediente son susceptibles de afectar al comercio intracomunitario y, por tanto, procede aplicar el artículo 101 del TFUE.

En primer lugar, en la medida en que AGEDI/AIE representan los intereses de los artistas intérpretes y ejecutantes y de productores de fonogramas extranjeros en España, las recomendaciones colectivas de AERC que perjudiquen a los intereses de estas entidades de gestión afectan a todos sus miembros, independientemente de la nacionalidad de los mismos. De este modo se cumple el primer requisito establecido en las citadas directrices, por verse afectadas actividades trasfronterizas.

En segundo lugar, se cumple el requisito de la incidencia, puesto que las recomendaciones de AERC objeto de análisis en el presente expediente pueden incidir en las actividades de los miembros de estas entidades, quienes pueden dejar de recibir temporalmente parte de la remuneración correspondiente a los derechos que les corresponden sobre los fonogramas y que son gestionados por AGEDI/AIE.

¹¹ Diario Oficial C 101 de 27 de abril de 2004.

En tercer lugar, respecto al requisito de la apreciabilidad, éste también se cumple si tenemos en cuenta la representatividad de AERC en el mercado radiofónico español y que las conductas investigadas afectan a toda España, que conforma una parte significativa del mercado interior de la Unión Europea.

El hecho de que los socios de AERC alcancen conjuntamente más del 80% de la audiencia total de la radio en España y que sus ingresos por publicidad radiofónica hayan superado con creces¹² la cifra de los 40 millones de euros anuales en los últimos años, demuestra que no se cumplen los requisitos cumulativos recogidos en el punto 52 de las directrices para considerar la recomendación colectiva de menor importancia y eximirla de la aplicación del artículo 101 del TFUE (que la cuota de mercado conjunta de las partes sea inferior al 5% y que el volumen de negocio total anual no sea superior a 40 millones de Euros).

En definitiva, se cumplen los criterios de posible afectación al comercio entre Estados miembros de la UE desarrollados en la Comunicación de la Comisión Europea de directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio intracomunitario, lo que permite la aplicación del artículo 101 del TFUE a los efectos del presente expediente.

IV. HECHOS PROBADOS

Teniendo en cuenta la información que obra en el expediente, procedente de la denuncia y la proporcionada por los interesados en respuesta a los distintos requerimientos de información que se formularon durante la instrucción, la Dirección de Competencia considera acreditados los siguientes hechos que se exponen a continuación y fueron consignados en los apartados (62) a (85) del Pliego de Concreción de hechos.

Con fecha 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 pertenecientes a AERC.

En cuanto a la duración del Convenio, si bien el mismo se firmó el día 20 de septiembre de 2006, según señala la cláusula cuarta su entrada en vigor se retrotrae al día 1 de enero de 2005 y su finalización se fija para el día 31 de diciembre de 2009, sin perjuicio de las prórrogas anuales acordadas a tal efecto.

Tras la denuncia de dicho Convenio por AERC el 29 de junio de 2009, las partes iniciaron un proceso de negociación de un nuevo convenio que aún no ha logrado concluir en acuerdo.

¹² La Dirección de Competencia señala que según i2p, en 2013 los ingresos totales en este mercado fueron de 163 millones de euros y según Infoadex estos ingresos totales de este mercado fueron de 403,6 millones de euros dicho año.

Ante la dificultad de alcanzar un acuerdo entre las partes para formalizar un nuevo convenio, el entonces Secretario General de AERC envió el 11 de abril de 2011 una circular a los miembros de AERC (Circular 4/2011 AGEDI-AIE) en la que, 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”*(folio 197). En dicha circular se indicaba que el motivo era la discrepancia entre ambas partes sobre la consideración de definitivos o a cuenta de los pagos facturados y se rogaba el *“cumplimiento de estas instrucciones”*.

En cumplimiento de la citada circular gran parte de los miembros de AERC dejaron de pagar las autoliquidaciones a partir del 11 de abril de 2011, impago que se prorrogó varios meses¹³ y que, según varios miembros de AERC, se justificaba en el seguimiento de las instrucciones dadas por la Asociación (folios 5, 11, 14 y 15).

Concretamente, 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 (folio 676).

En este sentido, AGEDI/AIE han manifestado que las cantidades cobradas a los miembros de AERC en el año 2010 supusieron el 83,89% del total. Sin embargo en el año 2011 solamente el 9,72% de dicha facturación fue abonada en ese año, de forma que el 85,81% del importe total de los cobros de dichas facturas se realizó posteriormente en 2012 (folio 681).

Esta circunstancia fue comunicada por AGEDI/AIE a AERC con fecha 29 de julio de 2011 a través de una misiva firmada por la Directora de Recaudación de ambas entidades en la que manifiesta 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”*. Asimismo se señala que AGEDI/AIE han tenido conocimiento del envío de algún tipo de circular o comunicación a sus asociados *“indicando que las dos partes se encuentran en negociaciones y que ruega que no se atienda al pago de las facturas emitidas por AGEDI-AIE. Suponemos que se trataba de utilizar esa concertación en la falta de pago como una medida de presión para AGEDI-AIE debilitando nuestra posición negociadora”* (folios 419 y 420).

¹³ Según lo afirmado por AGEDI/AIE *“la mayoría de empresas citadas incurrieron en impagos en ocasiones cercanos o incluso superiores a los 300 días”* (Folio 677).

Posteriormente, el 15 de diciembre de 2011, la Directora de Recaudación de AGEDI/AIE envió una carta a AERC con el siguiente contenido (folio 180):

“(...)

Como contestación a su carta del pasado día 9, por medio de la presente les transmitimos las siguientes consideraciones:

Respecto a su aceptación de los criterios de facturación para los años 2010 y 2011, procedemos a considerar como definitiva la facturación realizada para el año 2010 y provisional y a cuenta la de 2011, con base en los parámetros señalados en los puntos A) y B) de nuestro anterior comunicado de fecha 24 de noviembre.

En este sentido, les agradeceríamos que comunicaran a sus asociados el acuerdo alcanzado a la mayor brevedad posible, con el fin de desbloquear la situación de impago de los derechos que AGEDI y AIE representan y se proceda a efectuar el abono de las facturas pendientes emitidas de los ejercicios 2010 y 2011 antes de que finalice este año

(...).”

Ese mismo día, el Secretario General de AERC envió un email a sus miembros principales (PRISA RADIO, COPE, RADIO BLANCA y ATRESMEDIA RADIO) con el siguiente contenido (folio 179):

“Os adjunto la carta que me hace llegar el Órgano Conjunto en la que finalmente aceptan que no se someta un posible desacuerdo a arbitraje, “aunque les parece una decisión desacertada”.

Enviadme vuestros comentarios a la mayor brevedad posible para conjuntamente con ellos redactar un cruce de cartas a partir del cual yo enviaré una circular a nuestros asociados para que cumplan con sus obligaciones de los años 2010 y 2011. Dado las fechas en las que estamos debemos resolver este asunto a la mayor brevedad posible”.

El 23 de diciembre de 2011, el Secretario General de AERC envió una carta a AGEDI/AIE indicando 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”* (folio 423).

A partir de ese momento la facturación se habría realizado conforme a lo acordado y, según los datos aportados por AGEDI/AIE (Folios 452 a 462), los pagos se reanudaron por los operadores radiofónicos miembros de AERC entre finales de diciembre de 2011 y enero de 2012, sin que a día de hoy ninguna de las facturas se encuentre pendiente de pago (Folio 682).

Pese a ello, las negociaciones de cara a la firma de un nuevo convenio regulador entre AGEDI/AIE y AERC se estancaron y, tras el traslado a AERC por AGEDI/AIE de una nueva propuesta de revisión tarifaria¹⁴ conforme a los términos que AGEDI/AIE habían acordado con la FORTA el 23 de julio de 2012, las posiciones negociadoras de ambas partes se alejaron.

El 26 de septiembre de 2012, tras la reunión celebrada con AGEDI/AIE, el Secretario General de AERC envía un nuevo email a COPE, RADIO BLANCA, PRISA RADIO y ATRESMEDIA RADIO en el que se expone lo siguiente (folio 250):

“como lo acordado en el último momento sobre posibles tarifas C. entiendo que debemos celebrar una reunión pues las posibles tarifas C. afectan a todas las empresas de la Asociación, no solo a vosotros cuatro, y hay que aquilatar muy detenidamente el momento procesal de las tarifas C

Como veis por este correo prefiero no ser más explícito pues como todos sabemos “las carga el diablo”, y no conviene en absoluto que la otra parte pueda tener información.”

Dichas “*tarifas C*” se refieren a la consignación judicial de las importes facturados por AGEDI/AIE (folio 269).

Unos días más tarde, concretamente el 3 de octubre de 2012, se envía por el secretario de AERC la circular AERC 13/2012- AGEDI-AIE-MUY URGENTE E IMPORTANTE (folios 16 y 205). En dicha circular se indica 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 habituales¹⁵**”. Asimismo se dice 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**”.

El 4 de octubre de 2012, el día siguiente al envío de la circular, el representante de PRISA RADIO envía un correo electrónico a la Secretaría General, a COPE y a ATRESMEDIA RADIO, en el que pide la rectificación del comunicado anterior por las dudas que tienen sobre que la consignación del dinero sea la mejor

¹⁴ Las diferentes propuestas de revisión tarifaria realizadas por AGEDI/AIE en el marco de las negociaciones de un nuevo Convenio regulador de sus relaciones con AERC han sido objeto de análisis en el expediente S/0500/13, por lo que no se desarrollan en el presente expediente.

¹⁵ El destacado en negrita es de la propia circular.

estrategia y se hace referencia a que la circular enviada ya debe obrar en poder de AGEDI (folios 270 y 271).

Ese mismo día, el Secretario General de la Asociación envía un email a los representantes de PRISA RADIO, ATRESMEDIA RADIO, COPE y RADIO BLANCA, explicando que la decisión sobre la “tarifa C”, se adoptó por unanimidad por la Comisión Jurídica de AERC “entre las reuniones el 26 de septiembre y el 3 de octubre” de ese año, y que el envío de la circular fue respaldado expresamente por el Presidente de la Asociación.

En dicho correo electrónico se hace referencia asimismo al surgimiento posterior de algunas reservas sobre las instrucciones dadas y la posibilidad de rectificación de las instrucciones, posibilidad desestimada por el Presidente de la Asociación. Por ello se propone una reunión de Vicepresidentes o Directores Generales para el día 5 de octubre de 2012 (folio 269), reunión que se celebra mediante conferencia telefónica (folio 85).

Tras dicha conferencia, el 5 de octubre de 2012 se convoca la reunión de la Comisión Jurídica de la Asociación para el 9 de octubre de 2012, de cara a “revisar la decisión adoptada el pasado día 3 de Octubre en el sentido de confirmarla o modificarla” (folios 72 a 74).

El 9 de octubre de 2012, después de que se celebrase la reunión con la Comisión Jurídica se envía un correo electrónico por el Secretario General de AERC a los miembros de la Asociación señalando 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).

El 25 de octubre de 2012, AGEDI/AIE enviaron un fax a AERC en el que resumen su visión de los desencuentros entre ambas partes en las negociaciones mantenidas de cara a la firma de un nuevo convenio regulador de sus relaciones y hace referencia a la circular 13/2012 que la Asociación había enviado a sus socios, considerando que con ella AERC trata de presionar a AGEDI/AIE en las negociaciones (folio 430):

“(...)

Más aun, AERC ha emitido una circular instruyendo a sus asociados para que a partir de ahora no paguen las facturas pendientes a AGEDI-AIE, sino que las consignen judicialmente. Trata así de presionar más aun a AGEDI-AIE

(...)”.

El 29 de noviembre de 2012, el representante de Radio Televisión Sureste solicita al Secretario General de AERC la siguiente aclaración (folio 291 y 292):

“Siguiendo la anotación de su secretaria, me gustaría conocer cómo está el tema de acuerdos y pagos en cuanto a: SGAE Y AGEDI, ya que me

comentan algunos compañeros y socios que de momento no abonemos nada ya que la cosa no está clara”.

En respuesta a la pregunta transcrita, con fecha 30 de noviembre de 2012, el Secretario General de AERC señala lo siguiente (folio 291):

“contestando a su correo le indico que en cuanto a la SGAE los contratos anteriores están plenamente en vigor pero a partir de 1 de enero de 2013 empezaremos a negociar con ellos los nuevos contratos por lo que de momento hay que seguir pagando como se establece en los contratos anteriores.

En cuanto a AGEDI-AIE llevamos tiempo negociando con ellos pero con pocos resultados ya que las peticiones que nos hacen son inaceptable para nosotros por el enorme aumento de tarifas que proponen.

Según la circular de la AERC 13/2012 que le adjunto a continuación, cada empresa tiene que decidir si por el momento va pagando a AGEDI-AIE lo correspondiente al contrato anterior o consignar judicialmente las cantidades, aunque la mayoría de los asociados continúan pagando con arreglo al contrato anterior”.

Este extremo se ha confirmado por AGEDI/AIE en el marco del presente expediente, ya que han señalado durante la instrucción del mismo que no se produjeron consignaciones judiciales (folio 682), aunque dos miembros de AERC (UNIPREX y COPE) comenzaron a enviar burofaxes (folios 577 a 656) a estas entidades de gestión indicando que los pagos efectuados a las mismas se realizaban bajo reserva conforme al artículo 157.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual¹⁶ (LPI), precepto que *“equipara los pagos bajo reserva y la consignación judicial como vías válidas para que se considere concedida la autorización correspondiente en ausencia de acuerdo con la entidad de gestión”* (folio 682).

Debe hacerse notar, sin embargo, que este tipo de conducta no fue habitual en estos usuarios hasta octubre de 2012 (folio 683) y tampoco ha sido habitual en el resto de miembros de AERC, a excepción de Onda Rambla/Radio Publi para el periodo comprendido entre septiembre y noviembre de 2013 (folios 683 y 657 a 661).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

¹⁶ RDL 1/1996 de 12 de abril.

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

El Consejo en este expediente debe resolver, sobre la base de la instrucción realizada por la Dirección de Competencia que se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución, si las prácticas investigadas constituyen una infracción única y continuada contraria al derecho de la competencia, prohibida por el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE, consistentes en la realización por parte de AERC de recomendaciones colectivas dirigidas a sus socios con el objeto de llevar a cabo un boicot en el pago de las remuneraciones frente AGEDI/AIE por su gestión de derechos de propiedad intelectual.

Por lo que respecta a la normativa nacional aplicable, se trata en el presente expediente de prácticas realizadas durante la vigencia de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia, que 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.

Por otro lado, como se ha indicado en la definición del mercado contenida en esta resolución, esta Sala se muestra favorable a la aplicación también del artículo 101 del TFUE.

TERCERO. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

Una vez instruido el procedimiento sancionador, la Dirección de Competencia ha propuesto a esta Sala que *“se declare la existencia de una infracción única y continuada, por conductas prohibidas en los artículos 1 LDC y 101 TFUE, consistentes 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”.

Según la Dirección de Competencia, la primera de estas recomendaciones se produjo el 11 de abril de 2011, mediante la difusión de la Circular 4/2011 AGEDI/AIE por parte de AERC. En esta circular AERC 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. La segunda recomendación efectuada por AERC a sus socios se produjo 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.

Según la Dirección de Competencia, ambas conductas pueden constituir una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, en la medida en que suponen una recomendación colectiva por parte de una asociación profesional que tiene por objeto (y efecto en el caso de la primera recomendación de 2011) influir en la posición negociadora de AGEDI/AIE, falseando la competencia en el mercado de emisiones radiofónicas, en el mercado de publicidad en radio y en el mercado de gestión colectiva de los derechos de autorización y remuneración que corresponden a los artistas, intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas por actos de comunicación pública radiofónica de los fonogramas, así como de reproducción instrumental para dicha comunicación pública, a través de las emisoras de radio.

Finalmente, la Dirección de Competencia considera responsable de dicha infracción a AERC, y propone una sanción por infracción muy grave conforme a lo previsto en el artículo 62.4.a) de la LDC.

CUARTO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

4.1.- Sobre la antijuridicidad de la conducta

A. Marco regulatorio

Como ya hemos señalado anteriormente, las emisoras de radio que realicen actos de comunicación pública de fonogramas quedan obligadas a pagar la remuneración equitativa, no discriminatoria y única tanto a los productores como a los intérpretes de fonogramas. La equidad de la remuneración viene prevista en el propio texto de la LPI (artículo 116.2 del a LPI).

El derecho de remuneración equitativa y única que corresponde a los productores de fonogramas y a los intérpretes por los actos de explotación de los fonogramas previstos legalmente, es un derecho de gestión colectiva obligatoria. Esto implica

que AGEDI y AIE, únicas entidades reconocidas para la gestión de estos derechos de propiedad intelectual, los gestionan en nombre de todos los productores de fonogramas y en nombre de todos los intérpretes y ejecutantes, con independencia de que productores o intérpretes pertenezcan o no a las entidades AGEDI y AIE.

Además de reconocer a las entidades de gestión el derecho a percibir remuneración en nombre de sus beneficiarios, la LPI establece las bases para que las propias entidades de gestión fijen directamente la remuneración. El mecanismo previsto en la LPI para el establecimiento de la remuneración son las Tarifas Generales.

Junto con la existencia de la obligación de fijación de unas Tarifas Generales, la LPI establece también la obligación de las entidades de gestión de *“celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente”* (artículo 157.1c) LPI), aunque conviene tener en cuenta a la hora de valorar esta obligación que la propia norma establece 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”* (artículo 157.2 de la LPI).

Es decir, la LPI establece un doble sistema tarifario basado en Tarifas generales y tarifas negociadas, tanto en convenios con asociaciones representativas de los usuarios (AERC y FORTA) como con operadores individuales (RTVE).

El objeto de dichos convenios es, en todos los casos, establecer los principios y las bases que regirán la concesión de autorizaciones por parte de AGEDI/AIE a los miembros de dichas asociaciones.

En la actualidad, coexisten en España diversas tarifas para la remuneración por la comunicación pública de fonogramas y la reproducción instrumental de los mismos, que varían en función de la pertenencia o no a una determinada asociación. En particular, actualmente coexisten las Tarifas Generales, las tarifas negociadas con asociaciones representativas como son AERC y la FORTA, y las tarifas individuales negociadas con RTVE.

B. Determinación y negociación de tarifas

En todo caso, las tarifas exigidas a las emisoras de radio por las entidades de gestión deben ser equitativas y no discriminatorias, lo que supone que las emisoras no deben pagar una remuneración superior a las que pagan el resto por servicios equivalentes (salvo por razones objetivas y justificadas) ya que ello supondría una desventaja competitiva a unas empresas que operan en el mismo mercado y sobre las que se prestan idénticos servicios, en este caso relativos a la gestión de derechos de propiedad intelectual de autores, desde una posición de dominio.

Cabe precisar al respecto, que en la reciente Resolución de 26 de noviembre de 2015 (Expte. S/0500/13 AGEDI/AIE RADIO) esta Sala ha sancionado a AGEDI/AIE por considerar que ambas entidades han abusado de su posición de dominio al haberse acreditado que el diseño e implementación por parte de AGEDI/AIE del sistema de remuneración por los derechos de uso de los fonogramas era discriminatorio e inequitativo, y perjudicaba a unas emisoras frente a otras, que se veían forzadas a pagar más por unos servicios idénticos. Entre otros aspectos, la Resolución constata que el Convenio de AERC firmado en 2006, que sigue siendo aplicado en tanto en cuanto no se firme uno nuevo, contiene ciertas condiciones que son discriminatorias e inequitativas, y que ha llevado a que los importes efectivamente pagados en el periodo 2006 a 2013 por las emisoras sometidas a las Tarifas Generales fueran muy superiores a los pagados por los miembros de la AERC.

En consecuencia, el resultado de la negociación de un nuevo convenio con AERC resulta trascendente ya que afectará al nuevo sistema remuneratorio que debe fijar AGEDI/AIE, y que debe basarse en criterios de equidad y no discriminación. No en vano, AERC representa en la actualidad a casi la totalidad de las 1.150 emisoras de radiodifusión privadas en España. En su conjunto, la audiencia total de las emisoras de radiodifusión asociadas a AERC representa más del 80% de la audiencia total de radio en nuestro país (datos de 2014).

C. Hechos investigados

En este marco de negociación de un nuevo convenio descrito, se ha constatado que AERC dirigió recomendaciones colectivas a sus socios al menos en dos ocasiones. La primera de estas recomendaciones se produjo el 11 de abril de 2011, mediante la difusión de la Circular 4/2011 AGEDI/AIE por parte de AERC. En esta circular AERC 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.

La circular 4/2011 AGEDI/AIE fue seguida por 82 de los 123 socios de AERC, que representaban aproximadamente el 86,9% del importe total que los miembros de AERC debían abonar a AGEDI/AIE como remuneración por los derechos de comunicación pública de los fonogramas y de reproducción instrumental de los mismos para dicha comunicación pública por parte de los operadores de radio comerciales miembros de AERC.

El seguimiento por parte de los socios del contenido de la Circular emitida por la AERC el 11 de abril de 2011 (ya que en 2011 únicamente se abonó el 9,72% de la facturación total correspondiente a los miembros de AERC), tuvo como consecuencia inmediata que AGEDI/AIE, tras la pérdida de ingresos que se había producido, enviaran a AERC, el 15 de diciembre de 2011, una carta por la que

aceptaban los pagos correspondientes a la facturación de 2010 como definitivos y los del año 2011 como pagos a cuenta de cara a continuar el proceso de negociación de un nuevo convenio regulador entre las partes.

Tras aceptar la propuesta de AGEDI/AIE, AERC se comprometió, el 23 de diciembre de 2011 a enviar una Circular a sus asociados para que procedieran al pago de las tarifas en concepto de comunicación pública de los fonogramas y de reproducción instrumental de los mismos para dicha comunicación pública. De hecho, en los hechos acreditados se ha constatado que a partir de esta fecha se regularizaron los pagos a AGEDI/AIE por parte de los socios de AERC.

De esta manera, esta primera recomendación colectiva de AERC dio lugar a un boicot en los pagos a AGEDI/AIE por parte de los socios de AERC, boicot que tenía el objeto y tuvo el efecto, de distorsionar y condicionar las negociaciones entre AGEDI/AIE y AERC.

La segunda recomendación efectuada por AERC a sus socios se produjo el 3 de octubre de 2012. A través de la Circular 13/2012, la Asociación instó 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.

A diferencia de lo ocurrido en el año 2011, esta recomendación de consignación judicial de los pagos no tuvo, en general, efectos en la conducta de los miembros de AERC y, por ello, no puede afirmarse que la misma generara perjuicios materiales a AGEDI/AIE ya que, seis días después de la emisión de la recomendación, AERC matizó que esta postura era el criterio de la Asociación, sin limitar ni condicionar la capacidad de decisión de cada asociado.

Por ello, esta segunda recomendación colectiva habría tenido como objeto generar un nuevo boicot en los pagos a AGEDI/AIE por parte de los socios de AERC, si bien en este caso no se habría constatado que este boicot se haya materializado.

En todo caso, consta acreditado que las recomendaciones tenían por objeto distorsionar el proceso de negociación del nuevo convenio, como así se desprende de los emails que obran en el expediente. Expresiones tales como *“que no atiendan las liquidaciones hasta que no hayamos llegado a un acuerdo con ellos”*, o *“como veis por este correo prefiero no ser más explícito pues como todos sabemos “las carga el diablo”, y no conviene en absoluto que la otra parte pueda tener información”*, o *“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”*, corroboran tal consideración. Y además, no eran simples sugerencias, tal como afirma AERC en sus alegaciones, sino instrucciones con cierto carácter imperativo, si tenemos en cuenta por ejemplo que en la circular de 3 de octubre de 2012 se dice textualmente que *“la*

instrucción contenida en esta circular es de imprescindible cumplimiento...)". Ambas recomendaciones infringen el artículo 1 de la LDC y el 101 del TFUE.

D. Valoración jurídica y antijuricidad de la conducta

El artículo 1.1 de la LDC establece que *"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."*

Por su parte, el artículo 101.1 del TFUE prohíbe *"todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común [...]".*

En el PCH notificado a las partes la Dirección de Competencia considera las dos circulares de AERC como sendas recomendaciones colectivas de boicot dirigidas contra un proveedor (AGEDI-AIE) y califica estos hechos como una infracción única y continuada de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE tanto por su objeto como por sus efectos reales y potenciales:

"(117) En definitiva, tanto de los hechos acreditados en el expediente como de los razonamientos anteriormente expuestos se puede deducir que las recomendaciones por parte de AERC a sus miembros, 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, puede constituir una infracción única y continuada del artículo

1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, en la medida en que suponen una recomendación colectiva por parte de una asociación profesional que tiene por objeto (y efecto en el caso de la primera recomendación de 2011) de influir en la posición negociadora de AGEDI/AIE, falseando la competencia en el mercado de emisiones radiofónicas, en el mercado de publicidad en radio y en el mercado de gestión colectiva de los derechos de autorización y remuneración que corresponden a los artistas, intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas por actos de comunicación pública radiofónica de los fonogramas, así como de reproducción instrumental para dicha comunicación pública, a través de las emisoras de radio”.

Por el contrario, en sus alegaciones al PCH y a la propuesta de resolución subsiguiente, AERC -entre otras apreciaciones que se analizarán posteriormente- sostiene que la conducta investigada y, en concreto, las dos circulares emitidas no pueden ser calificadas como una recomendación de una asociación empresarial que sea constitutiva de infracción de la LDC ni del TFUE.

Así, AERC considera que las comunicaciones dirigidas por la AERC examinadas en el expediente no constituyen una infracción de la competencia por su objeto, de acuerdo con la jurisprudencia europea más reciente, al ser plenamente legítimas en el marco legal de negociación propiciado por la LPI y no existir prueba suficiente de la nocividad de la conducta. Según AERC dichas recomendaciones únicamente pretenden informar del estado de la negociación con AGEDI/AIE y de la posición negociadora más favorable a los intereses de sus asociados, y se insertan dentro de las funciones que la AERC tiene atribuidas al amparo de la LPI por lo que no pueden ser calificadas como un supuesto acto de boicot a la actividad que AGEDI/AIE desarrolla sino como comunicaciones perfectamente legítimas en el marco de una negociación colectiva que viene amparada por la legislación.

Asimismo, según AERC, las citadas comunicaciones no han producido, y carecen de la aptitud para producir, efectos en los mercados definidos en la PR como supuestamente afectados. Según AERC la Dirección de Competencia confunde en su análisis de efectos las características propias del funcionamiento y estructura del mercado de gestión de derechos de propiedad intelectual con los efectos derivados de las dos comunicaciones analizadas.

Tras examinar el informe propuesta emitido por el órgano de instrucción y las alegaciones presentadas al mismo por AERC y AIE-AGEDI, esta Sala debe coincidir con la Dirección de Competencia en que las conductas examinadas consistentes en la emisión, por parte de AERC, de recomendaciones colectivas a sus miembros dirigidas a que éstos dejaran de abonar las facturas emitidas por AGEDI/AIE o procediesen a la consignación judicial de los pagos correspondientes a los derechos de propiedad intelectual afectados, 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, constituye una infracción única y continuada tipificada en el artículo 1 de la LDC,

así como en el artículo 101 del TFUE, tanto por su objeto como por sus efectos reales o potenciales.

Para alcanzar esta conclusión la Sala considera conveniente distinguir en su análisis el objeto anticompetitivo de la conducta investigada de los efectos, también anticompetitivos, provocados por su ejecución.

En lo que se refiere al objeto anticompetitivo de la conducta es necesario partir, como señala AERC en sus sucesivas alegaciones, del marco regulatorio de la negociación entre entidades de gestión colectiva y asociaciones de usuarios establecido en la LPI.

Tal y como se ha examinado, las prácticas ejecutadas por AERC investigadas en el presente expediente se encuentran insertas en el marco de este acuerdo horizontal entre empresas radiofónicas competidoras para la negociación de tarifas con entidades de gestión.

Como indica la asociación imputada (folio 1360), el artículo 5.e) de sus estatutos otorga a la AERC la representación de sus asociados en convenios y conflictos colectivos así como de contratos en materias propias a los fines de la asociación. En el marco de dichas funciones de representación, la AERC tiene encomendada la negociación en nombre de sus asociados de los convenios generales a suscribir con las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual.

Asimismo esta función de representación en la negociación con las entidades de gestión se encuentra prevista en el artículo 157.1 c) de la LPI. Según la AERC la función representativa que realiza no es, por tanto, mero fruto de la voluntad de sus asociados de apoderarla a este efecto, sino que está intrínsecamente ligada con la estructura diseñada en la LPI, que considera necesario que en el proceso de negociación puedan concurrir los operadores radiofónicos de manera conjunta a través de asociaciones sectoriales para contrarrestar así, aun mínimamente, el enorme poder negociador que las entidades de gestión como AGEDI/AIE disfrutan.

Por tanto, tal y como señalan la Dirección de Competencia y AERC, el marco regulatorio existente en España reconoce y alienta la existencia de negociaciones entre entidades de gestión colectiva y asociaciones de usuarios representativas para la determinación de unas tarifas diferentes de las tarifas generales fijadas por la entidad de gestión. En anteriores expedientes, la CNMC ha reconocido la legalidad de los descuentos realizados a asociaciones de usuarios de acuerdo con las eficiencias y ahorros que consigue la entidad de gestión al realizar una única negociación, frente a los gastos que implicaría la negociación individual con los usuarios agrupados en la asociación afectada.

No obstante, el reconocimiento legal por la LPI de esta posible negociación colectiva por parte de asociaciones de usuarios no significa que este acuerdo colectivo subyacente entre competidores para la negociación con las entidades de gestión goce de una exención legal para ejecutar cualquier medida en su seno y quedé exento de todo análisis de posibles infracciones de competencia insertas o

derivadas del mismo, especialmente cuando el poder de mercado de los competidores integrados en el acuerdo resulte elevado, como es el caso de las entidades radiofónicas integradas en la AERC que agrupa, como se ha indicado anteriormente, a más del 80% de la audiencia total de radio en España.

Los acuerdos horizontales entre competidores para la consecución de mejores condiciones en la adquisición de bienes o servicios no son desconocidos en el Derecho de la Competencia y ha sido objeto de análisis por la doctrina y jurisprudencia comunitaria. Así, dicha doctrina ha quedado expuesta en las “Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal” y, en relación por ejemplo con los acuerdos de compra conjunta, indican las directrices que pueden presentar problemas de competencia -e incluso constituir infracciones por objeto de la normativa comunitaria- en determinados casos¹⁷.

Se trata, pues, de una cuestión factual ligada al contexto específico en el que se desarrolle el acuerdo de compra conjunta; en particular, como se indica en el párrafo 5 de las mencionadas Directrices, ciertos criterios económicos como el poder de mercado de las partes, así como otros factores referentes a la estructura de los mercados, constituyen un elemento clave para la evaluación de los efectos que un acuerdo de cooperación -que, en el presente expediente, son las negociaciones entre las entidades de gestión y las asociaciones representativas de usuarios que la legislación española favorece- puede producir en los mercados.

Como ya se ha observado, es práctica habitual en el sector audiovisual la existencia de negociaciones entre entidades de gestión colectiva (en este caso, AGEDI/AIE) y asociaciones de operadores de radio o televisión usuarias de derechos de propiedad intelectual (en este caso AERC). En principio, puede considerarse que la negociación a través de asociaciones de usuarios constituye

¹⁷ Así según las citadas Directrices (2011/C 11/01)

“200. Los arreglos de compra conjunta pueden producir en el mercado de la compra y/o en el mercado descendente de la venta efectos restrictivos de la competencia tales como precios mayores, reducción de la producción, calidad, innovación o variedad del producto, reparto del mercado o exclusión de otros posibles compradores contraria a la competencia.

(...)

205. Los arreglos de compra conjunta constituyen una restricción de la competencia por el objeto si no se refieren realmente a compras conjuntas, sino que se utilizan como instrumento para constituir un cartel encubierto, es decir, para incurrir en actividades que por lo general están prohibidas, como la fijación de precios, la limitación de la producción o el reparto de mercados.

(...)

207. Los arreglos de compra conjunta que no restringen la competencia por el objeto deben analizarse en su contexto jurídico y económico teniendo en cuenta sus efectos reales y probables sobre la competencia. El análisis de los efectos restrictivos de la competencia generados por un arreglo de compra conjunta debe incluir los efectos negativos en los mercados tanto de la compra como de la venta.

una forma eficiente de contrarrestar el poder de mercado de las entidades de gestión que disponen de un monopolio legal logrando determinadas eficiencias.

De acuerdo con las alegaciones presentadas por AERC, la admisión por el artículo 157.1 c) de la LPI de la negociación colectiva entre asociaciones de usuarios y entidades de gestión, otorga a la asociación imputada de la función representativa ya examinada pero no la exime de informar y rendir cuentas a sus asociados de todo lo que acontece durante el proceso de negociación. Según la asociación, en el modelo previsto por la LPI, la competencia negociadora de la AERC incluye el deber de informar a sus asociados sobre las opciones disponibles en cada momento de la negociación así como, excepcionalmente, sugerir la postura que mejor beneficia a sus intereses en el marco de dicha negociación. En ocasiones muy puntuales y específicas, como las que concurren en el presente expediente, añade la AERC, señalando el abuso de posición de dominio ejercido por las entidades de gestión, la actividad negociadora de la AERC puede requerir la adopción de una determinada postura negociadora, que incluya actitudes, movimientos y estrategias.

Según la AERC, si *“en unas circunstancias tan singulares careciese de la capacidad de informar a sus asociados acerca de la estrategia más ventajosa a seguir para el buen término de la negociación y mejor representación de sus intereses, se la estaría desposeyendo materialmente de la capacidad de negociar y suscribir un convenio en nombre de estos”*.

Se trataría entonces de examinar y determinar si las circulares informativas emitidas por la AERC a sus asociados en abril de 2011 y octubre de 2012 dirigidas a que éstos dejaran de abonar las facturas emitidas por AGEDI/AIE o procediesen a la consignación judicial de los pagos correspondientes a los derechos de propiedad intelectual afectados quedan dentro de esta competencia negociadora otorgada por la LPI a las asociaciones de usuarios, como defiende la AERC, o constituyen una recomendación colectiva por parte de una asociación profesional que tiene por objeto (y efectos) influir en la posición negociadora de AGEDI/AIE, falseando la competencia en los mercados afectados, como expone la Dirección de Competencia tras el término de la instrucción.

Las decisiones o recomendaciones colectivas, como ya ha señalado en anteriores ocasiones la Autoridad de Competencia (Resolución del TDC de 7 de abril de 2000, Expte. 472/99 Colegio de Farmacéuticos de Valencia), son prácticas colusorias prohibidas por el artículo 1 de la LDC equiparables a acuerdos horizontales entre competidores cuando limitan la independencia de las empresas que forman parte del ente asociativo al adoptar decisiones conjuntas y acordar un comportamiento común y homogéneo, que en un entorno normal de competencia no se produciría entre empresas competidoras. Se trata de acuerdos adoptados por instituciones formadas por operadores económicos, de carácter vinculante o únicamente orientativo, consideradas como si fueran acuerdos entre los asociados, ficción utilizada por la Ley para evitar que los socios puedan eludir sus

responsabilidades colusorias por el procedimiento de trasladar la responsabilidad de la autoría formal al ente colectivo.

El Tribunal de Defensa de la Competencia, en su Resolución de fecha 19 de enero de 2000 (Expertos Inmobiliarios 3), ya sentó algunos de los criterios que permiten considerar este tipo de conductas como una infracción de las normas de competencia, al señalar lo siguiente:

“cuando desde asociaciones, agrupaciones o colectivos diversos se transmiten pautas de homogeneización de comportamientos, y no digamos precios y condiciones comerciales, se está vulnerando gravemente ese principio de independencia de comportamiento que resulta imprescindible para actuar con eficacia competitiva en los mercados por parte de todos y cada uno de los operadores económicos. Transmitiendo señales corporativas se intenta, y de hecho se consigue siempre, en mayor o menor medida, coartar de alguna forma la libertad personal de comportamiento económico de los agentes individuales restringiendo en definitiva los derechos exclusivos de libre disposición sobre lo propio en que consiste la propiedad”.

En consecuencia, la existencia de conductas de pauta común entre competidores en el seno de las asociaciones, ya sean mediante decisiones vinculantes o meras recomendaciones, deben ser analizadas bajo las normas de competencia, ya que este tipo de conductas tienen la aptitud para restringir la competencia. En este sentido, no es necesario que las recomendaciones o decisiones estén orientadas a la fijación de precios o al reparto del mercado, sino que basta con que las mismas determinen un comportamiento común anómalo entre competidores en el mercado, que de otra manera no se produciría y cuyo objeto puede ser de diversa índole, como pone de manifiesto la práctica de la Autoridad de Competencia en estos últimos años.

En el caso aquí analizado, la conducta llevada a cabo por la AERC ha consistido en dirigir recomendaciones a sus socios para coordinar y llevar a cabo una pauta común consistente en boicotear a AGEDI/AIE mediante medidas de carácter económico, a los efectos de mantener y mejorar su posición negociadora y generar una presión sobre las entidades de gestión para debilitar la suya, condicionando y distorsionando el desarrollo de las negociaciones del nuevo convenio que ambas partes deberían haber suscrito. Recordemos que el convenio que negocian ambas entidades debe determinar las tarifas que los miembros de AERC deben pagar por la gestión de los derechos de propiedad intelectual sobre el uso de fonogramas, por lo que la suscripción del mismo y el contenido que finalmente se adopte, devienen de gran importancia si tenemos en cuenta que las tarifas que AGEDI/AIE debe cobrar por la gestión de estos derechos deben tener el carácter de no discriminatorias y equitativas.

Tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, predecesores del actual Consejo de la CNMC, han puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones, en procedimientos similares, la

infracción y el daño a la competencia que pueden producir las recomendaciones colectivas restrictivas de la competencia.

Como ya hemos señalado, dichas recomendaciones son, por definición, acuerdos de carácter orientativo adoptados por instituciones formadas por operadores económicos, siendo irrelevante que sean vinculantes o no, en la medida en que constituyen fielmente la voluntad de la Asociación de coordinar el comportamiento de sus miembros, pudiendo ser los efectos en el mercado de su voluntario seguimiento iguales a los provocados por el obligado acatamiento de acuerdos vinculantes. A juicio de esta Sala, la infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE que supone la conducta aquí analizada lo es por objeto y por efecto.

1. Infracción por objeto

AERC considera que no se dan los presupuestos legales necesarios para considerar la existencia de una infracción por objeto, y que el concepto de infracción por objeto ha de ser interpretado de manera restrictiva. Sin embargo, como ya ha señalado la Dirección de Competencia, conviene recordar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha afirmado que *“para tener un objeto contrario a la competencia, basta con que la práctica concertada pueda producir efectos negativos en la competencia. Dicho de otro modo, sólo tiene que ser concretamente apta, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se inscribe, para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común”*¹⁸.

Esta doctrina ha sido compartida por las autoridades de defensa de la competencia españolas quienes han afirmado que *“la infracción del artículo 1.1 de la LDC existe desde el momento en que se realiza una recomendación colectiva cuyo objeto se ha probado anticompetitivo. La actuación de las asociaciones es formalmente objetable más allá de sus efectos. Como se ha argumentado en el fundamento de Derecho anterior, que la recomendación no tuviese efecto en el mercado es algo intrascendente, puesto que tal efecto no es exigido por el tipo de infracción. Existe infracción del artículo 1.1 de la LDC porque la conducta protagonizada por las asociaciones que se analiza en este expediente es objetivamente apta para restringir la competencia (...)”*¹⁹.

En este mismo sentido, ni siquiera resulta necesario que la recomendación sea efectivamente seguida por los asociados a la que se dirige, como ha señalado anteriormente la CNC en su Resolución de fecha 17 de mayo de 2010 (S/01016/08 ALMACENES HIERRO), citando jurisprudencia al respecto:

¹⁸ STJUE de 4 de junio de 2009, As. C-8/08 T-Mobile Netherland, párrafo 31.

¹⁹ Resolución de 14 de octubre de 2009, expediente S/0053/08 FD 6. En sentido similar la Resolución Inprovo de 28 de septiembre de 2009, expediente S/0055/08 FD 4.

“Es erróneo afirmar que el artículo 101.1 TFUE no tipifica las recomendaciones colectivas salvo que quede probado su seguimiento por los destinatarios, porque si bien ese precepto del Tratado no utiliza el término recomendación, es pacífico en la doctrina que las recomendaciones colectivas están incluidas en el tipo del artículo 101.1 TFUE como decisiones no vinculantes. Así se desprende también de la jurisprudencia y de la práctica de la Comisión, que han afirmado que la mera recomendación cae bajo la noción de decisión en cuanto sea “expresión de la voluntad de la asociación de coordinar el comportamiento de sus miembros en el mercado (STJUE de 29/11/1980; As. 209/78 y acumulados, FEDETAB, párr. 86; STJCE de 12/01/1987, As. 45/85 Verband der Sachversicherer, párr. 32; STJUE de 8/11/1983, As. 96/82 IAZ, párr. 21; Decisión 96/438/CE Fenex de 5/06/1996, párr. 47, y Decisión COMP/38.549, Bareme d’honoraires de l’Ordre des Architectes belges de 24/06/2004, párr. 10). El seguimiento efectivo por los asociados de la recomendación no forma parte del elemento del tipo, porque lo relevante para la prohibición, además del origen colectivo, es la aptitud de la recomendación para armonizar u homogeneizar el comportamiento competitivo de los asociados. En esta línea resulta oportuno recordar que la prohibición de colusión del artículo 101.1 TFUE es objetiva y preventiva, en el sentido que prohíbe toda conducta de origen concertado que objetivamente tengo por objeto, produzca o pueda producir el efecto de restringir la competencia en el mercado considerado, sin que el precepto permita afirmar que tal carácter preventivo se predique sólo de las conductas que tienen fuerza obligatoria para las partes del acuerdo o para los miembros de la asociación porque, de nuevo, lo relevante es la aptitud (por el contenido, por quien la hace y por cómo se difunde) de la conducta para unificar el comportamiento de los asociados, y esta aptitud restrictiva no depende en absoluto de su naturaleza vinculante u obligatoria.

Por tanto, acreditado que las decisiones no vinculantes –recomendaciones si se utiliza la nomenclatura nacional- si están incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE, cuando son aptas para armonizar el comportamiento competitivo de los asociados, no existe discrepancia alguna entre el derecho nacional y el derecho comunitario, ni puede afirmarse que el Derecho nacional sea más restrictivo que el Derecho comunitario en este aspecto”.

En el presente expediente, las recomendaciones de la AERC han sido calificadas como actos de boicot contra AGEDI-AIE. Según la Guía sobre restricciones de la competencia “por objeto” de 2014 de la Comisión Europea²⁰ los acuerdos colectivos de boicot organizados por un grupo de competidores pueden ser

²⁰ Commission Staff Working Document SWD (2014) 198 final "Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice" (sección 2.5).

considerados como infracciones por objeto contrarias al artículo 101 del TFUE cuando se dirigen contra otro competidor, real o potencial, con el objetivo de excluirlo del mercado. Estas infracciones pueden consistir tanto en el boicot directo del competidor que se desea excluir del mercado como en adoptar medidas de presión sobre proveedores o clientes de dicha empresa para que presten o contraten servicios con el operador objeto del boicot.

Igualmente las autoridades españolas de competencia han sancionado recomendaciones colectivas de boicot por parte de asociaciones empresariales dirigidas contra proveedores que tenían por objeto perjudicar sus ventas para corregir un determinado comportamiento empresarial que se consideraba perjudicial para los intereses de los asociados. Así, en la citada Resolución de 7 de abril de 2000 (Expte. 472/99), el antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia consideró como infracción del artículo 1 de la anterior Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, una recomendación colectiva del Colegio de Farmacéuticos de Valencia -dirigida mediante Circular a los colegiados de su circunscripción- que pretendía restringir la competencia en el mercado de los alimentos infantiles, condicionando las relaciones comerciales de los titulares de las oficinas de farmacia con los fabricantes y los consumidores mediante la negativa de venta o la devolución de productos al fabricante que se pretendía boicotear, así como en la recomendación de otras marcas de alimentos infantiles que se vendiesen exclusivamente en farmacias. Dicha resolución fue confirmada en su revisión jurisdiccional, en la que la Audiencia Nacional (sentencia de 18 de junio de 2003, nº recurso 652/2000) señaló:

“Para que tal Circular constituya la conducta prohibida por el artículo 1 LDC no es necesario que se trate de una decisión obligatoria, porque el artículo 1 LDC no sanciona únicamente los acuerdos vinculantes para los asociados, sino también las recomendaciones colectivas con un carácter meramente orientativo. Tampoco es una exigencia del tipo de la infracción que la recomendación cause un daño a la competencia, sino que basta para consumir la infracción que la recomendación pueda producir el efecto de restringir la competencia”.

Como en el caso anteriormente examinado en el presente expediente, tampoco nos encontramos ante meras comunicaciones informativas sobre las opciones disponibles para los asociados en el marco de una negociación, tal y como afirma AERC, toda vez que estas recomendaciones instan a sus asociados a adoptar un actitud como elemento de presión en la negociación, coartando el principio de autonomía que debería regir el comportamiento competitivo de los asociados a AERC en sus relaciones particulares con AGEDI/AIE.

Tampoco puede afirmarse, como repetidamente insiste AERC, que el objeto de las dos circulares fue únicamente informar a sus asociados sobre las opciones disponibles en cada momento de la negociación de acuerdo con el marco legal establecido por la LPI para sugerir –excepcionalmente- la postura que mejor beneficiaba a sus intereses en el marco de dicha negociación.

El examen de las dos circulares examinadas impide considerar que el objeto de las mismas fuera meramente informar a los asociados de las opciones disponibles de acuerdo con la legalidad vigente sino que, por el contrario, demuestra que la AERC recomendó en cada momento como única opción la que consideró que favorecía en mayor medida a sus intereses en la negociación sin importarle soslayar el ajuste de la medida propuesta con la legalidad vigente.

Así en el caso de la Circular de 11 de abril de 2011, el examen de su texto evidencia que la AERC informa del estado de las negociaciones con AGEDI-AIE pero recomienda como única opción a los asociados que, ante la remisión de facturas pendientes correspondientes a 2010 por parte del órgano conjunto de recaudación de AGEDI/AIE y dado que no se había alcanzado un acuerdo con ellos, no se atiendan *“estas liquidaciones hasta que no hayamos llegado, o, en su caso no llegado, a un acuerdo con ellos”*.

Con esta recomendación AERC se aparta absolutamente del régimen de negociación previsto en la LPI, recomendando una opción de impago de facturas pendientes ajena completamente a dicho cuerpo legal que, en su artículo 157.2 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,

En relación con esta recomendación de impago sobre facturas relativas a comunicaciones públicas ya realizadas, es evidente que los diferentes operadores no pueden desconocer la influencia de la morosidad en el devenir económico de las empresas y operadores económicos como también refleja la clara preocupación mostrada por el legislador comunitario y nacional respecto de la problemática derivada de la morosidad en las relaciones comerciales, que ha motivado la adopción de textos legales como la Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Así, en su exposición de motivos se afirma:

(3) [...] Aunque ya se hayan suministrado los bienes o se hayan prestado los servicios, las facturas correspondientes se pagan con mucho retraso respecto al plazo previsto. Esta morosidad influye negativamente en la liquidez de las empresas, complica su gestión financiera y afecta a su competitividad y rentabilidad cuando se ven obligadas a solicitar financiación exterior. El riesgo de esta influencia negativa aumenta drásticamente en períodos de crisis económica, al hacerse más difícil la obtención de financiación.

(12) La morosidad constituye un incumplimiento de contrato que se ha hecho económicamente provechoso para los deudores en la mayoría de los Estados miembros a causa de los bajos intereses aplicados o la no aplicación de intereses a los pagos que incurren en demora o de la lentitud de los procedimientos de recurso. Es necesario un cambio decisivo hacia

una cultura de pago sin demora, que prevea, entre otras cosas, que la exclusión del derecho a cobrar intereses sea siempre considerada una práctica o una cláusula contractual manifiestamente abusiva, para invertir esta tendencia y desalentar la morosidad. Este cambio también debe incluir la introducción de disposiciones concretas sobre los plazos de pago y la compensación a los acreedores por los costes en que hayan incurrido así como, entre otras cosas, la indicación de que la exclusión del derecho a una compensación por los costes de cobro debe presumirse manifiestamente abusiva.

(18) Las facturas equivalen a solicitudes de pago y constituyen documentos relevantes en la cadena de operaciones para el suministro de bienes y servicios, en particular, para determinar el plazo límite de pago. A efectos de la presente Directiva, conviene que los Estados miembros promuevan sistemas que generen seguridad jurídica respecto a la fecha exacta de recepción de las facturas por el deudor, incluido el ámbito de la facturación electrónica donde cabe generar constancia electrónica de la recepción de las facturas, y que está regulado parcialmente por las disposiciones sobre facturación de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (1).

(19) Es necesario compensar adecuadamente a los acreedores por los costes de cobro debidos a la morosidad para desalentar esta práctica. Los costes de cobro deben incluir los costes administrativos y una compensación por los gastos internos derivados de la morosidad, para los que la presente Directiva debe establecer una cantidad fija mínima acumulable con el interés de demora. La compensación en forma de una cantidad fija debe tener como objetivo limitar los costes administrativos e internos ligados al cobro. La compensación por los costes de cobro debe fijarse sin perjuicio de las disposiciones nacionales en virtud de las cuales un tribunal nacional pueda reconocer el derecho del acreedor a una indemnización adicional por los daños y perjuicios relacionados con la morosidad del deudor.

Igualmente, en contra de lo que expresa AERC, 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, sino que realizó una interpretación de la misma claramente desfavorable para los intereses de AGEDI-AIE, con el objetivo de lograr una medida de presión en la negociación abierta.

Como se ha observado, 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 en absoluta igualdad 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*”.

Es evidente, por tanto, que en la previsión de la LPI la consignación judicial no puede realizarse con fines de boicot 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 preservación de los derechos de uso del derecho y del cobro de la remuneración por parte de las entidades de gestión por el uso de los derechos de autor.

Por el contrario, la recomendación efectuada por AERC en octubre de 2012 respecto a la consignación judicial de importes debidos, se aparta por completo de las previsiones legales al recomendar la consignación de las tarifas que resulten en aplicación del Convenio de 2006 y, sobre todo, excluyendo el pago bajo reserva previsto en la propia LPI en absoluta igualdad con la consignación judicial recomendada. Por tanto, su recomendación no tenía por objeto recordar a sus asociados las posibilidades legales disponibles, sino limitar las posibilidades de actuación de los mismos y establecer la medida que podría perjudicar en mayor medida a las entidades de gestión como medida de presión en el proceso de negociación.

AERC considera que la LPI, cuando prevé la existencia de una negociación colectiva entre asociaciones sectoriales y las entidades de gestión, establece un sistema en el que cada uno de los agentes negociadores tratará de conseguir el mejor acuerdo posible en beneficio de sus representados.

Es cierto –y no ha sido puesto en cuestión– que AERC, tal y como ella misma manifiesta, como asociación tiene el derecho y la obligación de defender los intereses de sus asociados en la negociación de las tarifas por el uso de fonogramas, y para ello puede adoptar las estrategias de negociación que más le convengan, pero ello no faculta ni legitima a la asociación para acometer actuaciones contrarias a la LPI, a la LDC y al ordenamiento jurídico general, incitando a la morosidad a través del impago de facturas ya emitidas de forma no prevista en la LPI o sesgando las posibilidades previstas en dicho texto legal en caso de desacuerdo en torno a la tarifa a pagar.

Los intereses protegidos por la LPI y la LDC son, en todo caso, de mayor protección que los intereses particulares de AERC como asociación, por lo que sus conductas no pueden quedar amparadas bajo el argumento de que la Ley les faculta para negociar las tarifas de forma colectiva, ya que los métodos de negociación empleados han resultado ser, como se ha acreditado, restrictivos de la competencia por su objeto (al propiciar un boicot a AGEDI/AIE para obtener o mantener el tratamiento privilegiado para los socios de AERC en el aprovisionamiento de un input esencial para operar en el mercado radiofónico en España), a lo que se añade que han tenido igualmente efectos en los mercados afectados por las mismas.

2. Infracción por efectos

En el presente caso, la Dirección de Competencia observa que la primera recomendación de impago produjo efectos reales de reducir los ingresos de AGEDI/AIE, condicionando las negociaciones desarrolladas mientras que la segunda tuvo el efecto potencial de producirlos. Asimismo, el órgano instructor considera que el boicot de pago asociado a la negociación conjunta de tarifas tuvo o pudo tener efectos negativos en el mercado aguas abajo de emisión radiofónica, en particular con respecto a los operadores que no son miembros de AERC, que lograrían unos precios menos ventajosos en comparación con los miembros de la Asociación y tendrían un riesgo mayor de ser objeto de represalias por AGEDI/AIE. Considera asimismo la Dirección de Competencia que el hecho de que los socios de AERC tuvieran o pudieran tener la posibilidad de reducir temporalmente los pagos efectivos por un input imprescindible en el desarrollo de la actividad radiofónica también les daba o hubiese tenido la aptitud de darles una ventaja competitiva aguas abajo.

De acuerdo con la propuesta del órgano instructor esta Sala considera que las recomendaciones han provocado dichos efectos ya que han generado una clara distorsión y han condicionado las negociaciones entre AERC y AGEDI/AIE a la hora de acordar o implementar en la práctica la remuneración de los derechos de propiedad intelectual asociados a los fonogramas, gestionados por AGEDI/AIE, y explotados por los socios de AERC, y ha dado a estos una posición ventajosa frente a sus competidores no asociados.

AERC considera en su escrito de alegaciones que no consta acreditada la existencia de un daño, ni que se produjese una relación causa efecto entre la circular de 11 de abril de 2011 y la reducción de la cantidad recaudada por AGEDI/AIE.

En lo que se refiere a la primera de las recomendaciones de 11 de abril de 2011, su seguimiento por parte de los socios de AERC tuvo como consecuencia inmediata la pérdida de ingresos por la remuneración de los derechos de comunicación pública y reproducción instrumental de los fonogramas gestionados por AGEDI/AIE y, debido a esta pérdida de ingresos, dichas entidades de gestión se vieron presionadas para aceptar los pagos correspondientes a la facturación de 2010 como definitivos y los del año 2011 como pagos a cuenta de cara a continuar con la negociación de un nuevo convenio regulador entre ambas partes.

De este modo, la primera circular tuvo el efecto de distorsionar y condicionar las negociaciones entre AERC y AGEDI/AIE a través de un mecanismo de presión basado en el impago ajeno a las previsiones de la LPI e ilícito desde el punto de vista de las normas de competencia

En contra de lo que señala AERC, existen pruebas evidentes de la existencia de la recomendación y del seguimiento de la misma por parte de los asociados, si tenemos en cuenta que un amplio porcentaje de los miembros de AERC dejaron de realizar los pagos que venían efectuado hasta abril de 2011 tras la recomendación de impago por dicha asociación (fue seguida por 82 de los 123 socios de AERC lo que representa alrededor del 86% de los importes totales a

abonar por los socios de AERC a AGEDI/AIE), y que tras el compromiso de AERC de 23 de diciembre de 2011 de enviar una nueva circular instando al pago, dichos pagos se regularizaron, sin que quepa imputar dicho repunte en el impago a tendencias generales en la recaudación, tal como considera AERC, sino a una relación directa con las recomendaciones colectivas objeto de este expediente. Como consta en el expediente, en 2011 únicamente se abonó el 9,72% de la facturación total correspondiente a los miembros de AERC.

La segunda de las recomendaciones emitidas por AERC el 3 de octubre de 2012, si bien no tuvo seguimiento y, por tanto, no generó perjuicios materiales a AGEDI/AIE, sí que tuvo igualmente el potencial efecto de ocasionar una reducción significativa de los flujos de ingresos efectivos de AGEDI/AIE y, por tanto, tuvo la aptitud de condicionar las negociaciones entre ambas partes. En este sentido, como ha señalado la Audiencia Nacional en su sentencia de 16 de octubre de 2003 (recurso 406/2000), con este tipo de conductas se *“tiende a homogeneizar la competencia, bastando la mera potencialidad del perjuicio para imponer la sanción por conducta anticompetitiva”*.

Esta presión negociadora derivada de las instrucciones emitidas por AERC ha potenciado la falta de acuerdo entre las partes para la fijación de las nuevas tarifas y la preservación del Convenio del 2006, que –como hemos señalado– ha resultado ser contrario a las normas de competencia.

En este sentido, basta recordar que las condiciones tarifarias aplicadas a los asociados a AERC en base al Convenio de 2006 eran más ventajosas que las aplicadas al resto de operadores radiofónicos, y de ahí radica su interés en el mantenimiento de las mismas.

El hecho de ser la asociación con el mayor número de emisoras de radio en su seno otorga a AERC un elevado poder de mercado frente a AGEDI/AIE, y también frente al resto de operadores radiofónicos privados, que no disponen de la posibilidad de adoptar este tipo de medidas de presión frente a AGEDI/AIE para lograr la aplicación de unas condiciones similares a las aplicadas a los socios de AERC dada su posición negociadora más débil. De este modo, el boicot de pagos a AGEDI/AIE tuvo o pudo tener la aptitud de dar una ventaja competitiva a los socios de AERC en los mercados radiofónicos aguas abajo, gracias a que la implementación colectiva del boicot de pagos protegía o podría haber protegido a los socios de AERC frente a posibles represalias de AGEDI/AIE.

Las ventajas en términos tarifarios para los miembros de AERC, dado su poder de negociación, no son las mismas que pudiera obtener un operador radiofónico que negocie individualmente. Este aspecto ha quedado acreditado en la Resolución de esta Sala de 26 de noviembre de 2015 (Expte. S/0500/13 AGEDI/AIE RADIO), en donde se examina cómo los operadores radiofónicos miembros de AERC han disfrutado de unas condiciones contractuales mucho más beneficiosas que el resto de operadores radiofónicos, tanto los miembros de otras asociaciones como FORTA como aquellos operadores comerciales no asociados a AERC, los más perjudicados al carecer de poder de negociación frente a las entidades.

Estas condiciones más ventajosas se refieren por ejemplo a la aplicación de una base tarifaria menor, o la obtención de determinados descuentos y bonificaciones no previstos para otros operadores.

La cuantificación del mayor coste que este input ha supuesto para los operadores radiofónicos comerciales no miembros de AERC respecto a los miembros de AERC se realizó en la Propuesta de Resolución de 26 de noviembre de 2015, antes citada, en que se señala que: “[...] esta discriminación entre los distintos operadores ha llevado a que los importes efectivamente pagados en el periodo 2006 a 2013 por las emisoras sometidas a las Tarifas Generales fueran muy superiores a los pagados por los miembros de la AERC. Así, mientras que los importes pagados por las primeras (Tarifas Generales) fueron del 2,97% al 6,94% de los IBP, el de las emisoras de la AERC fueron del 1,19% al 1,34% de los IBP. La diferencia sustancial entre ambos importes, teniendo en cuenta que, en ambos casos, se trata de operadores de radio comercial que se financian en base a la publicidad radiada, muestra la discriminación de las Tarifas Generales efectivamente aplicadas por AGEDI/AIE durante el periodo temporal considerado con respecto a las negociadas” (folio 4406)²¹.

Desde el momento que las condiciones que ha logrado mantener AERC de forma ilícita gracias a sus recomendaciones de boicot son más ventajosas que aquellas que las entidades de gestión están dispuestas a otorgar a otros operadores radiofónicos la posición competitiva de los asociados a la AERC en el mercado radiofónico mejora, al tener acceso a un input necesario para el desarrollo de su actividad a un precio muy inferior al de sus competidores.

A ello cabe añadir el riesgo que para los intérpretes, ejecutantes y productores puede suponer el hecho de que las emisoras de radio no cumplan con sus obligaciones de pago del canon por la gestión de derechos, ya que parte de la citada remuneración está destinada al pago de los derechos de propiedad intelectual, del que dependen la inmensa mayoría de los intérpretes y ejecutantes en España, máxime si tenemos en cuenta que AERC aglutina gran parte de las emisoras de radio en España, por lo que el seguimiento de la circular puso en serio peligro los ingresos de la productores, intérpretes y ejecutantes en España en el periodo sancionado.

De conformidad con lo anterior, esta Sala considera que las recomendaciones por parte de AERC a sus miembros, dirigidas a que éstos 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, como elemento de presión durante la negociación de un convenio regulador de las tarifas a cobrar por AGEDI/AIE, constituyen una

²¹ Los IBP son los Ingresos Brutos de Publicidad de las emisoras, principal fuente de financiación de las mismas.

infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, en la medida en que suponen una recomendación colectiva por parte de una asociación profesional que tiene por objeto y efecto influir en la posición negociadora de AGEDI/AIE, falseando la competencia en el mercado de emisiones radiofónicas, en el mercado de publicidad en radio y en el mercado de gestión colectiva de los derechos de autorización y remuneración que corresponden a los artistas, intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas por actos de comunicación pública radiofónica de los fonogramas, así como de reproducción instrumental para dicha comunicación pública, a través de las emisoras de radio.

4.2.- Duración de la conducta. Infracción única y continuada

En relación con la duración de la conducta, como bien ha señalado la Dirección de Competencia, las recomendaciones colectivas son conductas que se agotan en sí mismas, si bien sus efectos pueden persistir en el tiempo.

En el caso de las recomendaciones analizadas, la circular de 11 de abril de 2011 tuvo un seguimiento mayoritario por parte de los socios de AERC. Sin embargo, tal y como han reconocido AGEDI/AIE a lo largo del expediente (folio 682), los pagos se reanudaron entre finales de diciembre de 2011 y enero de 2012. Por tanto, los efectos de la citada recomendación se limitarían a dicho ámbito temporal, de abril de 2011 a enero de 2012, sin que quepa aceptar el periodo propuesto por AGEDI/AIE en sus alegaciones (considera que la conducta es desde abril de 2011 hasta junio de 2015).

En el caso de la segunda recomendación analizada, la circular de 3 de octubre de 2012, siendo sus efectos potenciales, no puede concluirse un periodo concreto de la conducta, más allá de la fecha en que se produce la circular.

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 continuada²².

²² Véase, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2014 (recurso nº 172/2013)

4.3.- Responsabilidad de la AERC

Ha quedado acreditado que la asociación AERC es responsable de haber llevado a cabo prácticas contrarias a la competencia consistentes en la emisión a sus asociados de recomendaciones colectivas, de carácter restrictivo por su objeto y efectos, dando lugar a una infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

Habiendo quedado acreditada y calificada la conducta contraria a la LDC e identificado su responsable, el artículo 63.1 de la LDC condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de multas por parte de la Autoridad de Competencia a la concurrencia en el sujeto infractor de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada.

De acuerdo con lo anterior, el reproche administrativo no queda limitado a los supuestos en los que concurre dolo, sino que es extensible a aquellos supuestos en los que el sujeto agente de la infracción actúa a título de simple negligencia.

Se entiende que el sujeto es culpable si la infracción es consecuencia de una acción u omisión imputable a su autor por malicia o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable (entre otras, así lo exponen la Sentencia de la Sala del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1990, y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1994). En cuanto a la extensión del ámbito del concepto de culpa es ilustrativa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 28 de noviembre de 1994 (Fundamento de Derecho Quinto):

“Asimismo se alega la inexistencia de culpabilidad a título de dolo o culpa. Pero es evidente que el incumplimiento por la Empresa de medidas de obligada observancia constituye al menos una negligencia y, como tal, debe ser calificada de conducta culposa.”

Así las cosas, la culpabilidad de AERC en la comisión de la infracción aquí sancionada resulta, a juicio de esta Sala, incuestionable a tenor de los hechos acreditados y las pruebas y otros elementos de juicio contenidos en el expediente aquí resuelto. De las pruebas obtenidas durante la instrucción del expediente, se evidencia que la intención de AERC con las recomendaciones emitidas a sus asociados perseguía ejercer una presión a AGEDI/AIE a través del boicot en los pagos para perjudicar a las entidades de gestión en la negociación. Expresiones tales como *“que no atiendan las liquidaciones hasta que no hayamos llegado a un acuerdo con ellos”*, o *“como veis por este correo prefiero no ser más explícito pues como todos sabemos “las carga el diablo”, y no conviene en absoluto que la otra parte pueda tener información”*, o *“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”*, corroboran tal consideración. Y además, no eran simples sugerencias, tal como afirma AERC, sino instrucciones con cierto carácter imperativo, si tenemos en cuenta por ejemplo que en la circular

de 3 de octubre de 2012 se dice textualmente que “*la instrucción contenida en esta circular es de imprescindible cumplimiento...*”, como ya se ha indicado anteriormente.

Asimismo, consta en el expediente que algunos de los asociados incluso llegan a poner en duda los métodos utilizados informando de tal extremo a AERC. Así el 4 de octubre de 2012, el día siguiente al envío de la circular, el representante de PRISA RADIO envía un correo electrónico a la Secretaría General, a COPE y a ATRESMEDIA RADIO, en el que pide una rectificación de la conducta por las dudas que tienen sobre que la consignación del dinero sea la mejor estrategia y se hace referencia a que la circular enviada ya debe obrar en poder de AGEDI (folios 270 y 271).

En consecuencia concurren, a juicio de esta sala, los elementos cognoscitivo y volitivo de la conducta por parte de su autor.

QUINTO. OTRAS ALEGACIONES Y CUESTIONES SOLICITADAS EN LA FASE DE RESOLUCIÓN

5.1.- Sobre la falta de inclusión del importe de la sanción en la Propuesta de Resolución

AERC alega la vulneración del derecho de defensa al considerar que la Propuesta de Resolución es incompleta al omitir la cuantificación de la sanción a proponer al Consejo.

A través de sus alegaciones, la entidad pretende la aplicación, en lo que se refiere al contenido de la Propuesta de Resolución, del artículo 18 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora (RPS), aprobado mediante Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que recoge que en la propuesta de resolución de los procedimientos sancionadores debe especificarse, entre otras cuestiones, la propuesta de sanción a imponer.

Sin embargo, esta Sala debe rechazar tal pretensión.

El artículo 1 del RPS establece su aplicación supletoria en defecto de procedimientos específicos previstos en las correspondientes normas sancionadoras. Ello significa que todas aquellas previsiones relativas al procedimiento sancionador que vengan previstas en una norma específica prevalecen sobre el citado Reglamento y hacen inaplicable el mismo. En este sentido, el artículo 45 de la LDC prevé el carácter prevalente de ésta con respecto a la Ley 30/1992 y su normativa de desarrollo, al disponer lo siguiente:

“Los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por lo dispuesto en esta ley y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 70 de esta Ley”.

Por tanto, cuando la LDC y su normativa de desarrollo prevén las singularidades del procedimiento sancionador en materia de competencia, no es posible acudir a las normas generales sancionadoras, tal como ha puesto de relieve el propio Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones²³.

Señalado lo anterior, cabe advertir que la LDC establece su propio procedimiento sancionador específico en materia de defensa de la competencia, tal como indica el artículo 45 de la LDC antes citado, e igualmente el artículo 29.3 de la LCNMC en los siguientes términos: *“En concreto, el procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia se regirá por las disposiciones específicas previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

Por su parte, el procedimiento sancionador previsto en la LDC viene desarrollado en el RDC, en cuyo artículo 34 se prevé el contenido mínimo que debe tener la Propuesta de Resolución, en los siguientes términos:

“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”.

Como puede observarse, la norma cuando establece el contenido de la Propuesta de Resolución no exige que deba recogerse una propuesta sobre el importe de la sanción a imponer en la resolución definitiva del procedimiento, cuya cuantía queda reservada a la potestad de la Sala de Competencia del Consejo, tal como dispone el artículo 53.2 de la LDC y 38.3 del RDC.

En virtud de lo anterior, cabe desestimar la alegación de AERC, por cuanto la normativa especial que regula los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia contiene una regulación expresa sobre el contenido que debe tener la propuesta de resolución elaborada por la Dirección de Competencia, sin que exija una propuesta del importe de la sanción a imponer por la Sala de Competencia del Consejo. Habiendo, por tanto, previsión expresa al respecto, no es necesario acudir al RPS, tal como pretende AERC.

En cualquier caso, esta Sala no aprecia la existencia de indefensión de AERC, por cuanto no ha sido privado en ningún momento de sus facultades de defensa en el procedimiento sancionador tramitado y, en concreto, de la posibilidad de

²³ Véase el fundamento de derecho cuarto, de la Sentencia del TS de 2 de diciembre de 2014 (recurso 4619/2011).

argumentar respecto a cuantía de la sanción y a los criterios a tener en cuenta para determinar su importe, como demuestra la alegación contenida en el apartado quinto de su escrito de 24 de septiembre, en el que la asociación imputada examina pormenorizadamente los criterios para la determinación de la sanción que deberían ser atendidos (alcance de la infracción, dimensión y características de los mercados afectados, duración de la conducta, etc.).

En su reciente sentencia de 19 de enero de 2016 (asunto T-404/12, Toshiba Corp.) el Tribunal General ha corroborado este criterio al señalar:

40. En cuanto atañe al ejercicio del derecho de defensa en relación con la imposición de multas, de reiterada jurisprudencia se desprende que desde el momento en que la Comisión 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», dicha institución cumple su obligación de respetar el derecho de las empresas a ser oídas. 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 (véase la sentencia BASF/Comisión, citada en el apartado 39 supra, EU:T:2006:74, apartado 48 y jurisprudencia citada).

41. En este contexto, puesto que ya ha indicado los elementos de hecho y de Derecho en los que basará su cálculo del importe de las multas, la Comisión no está obligada a precisar el peso que tiene intención de atribuir a cada uno de estos elementos a la hora de determinar el importe de las multas. Facilitar indicaciones sobre el importe de las multas previstas antes de que las empresas hayan podido presentar sus observaciones sobre los cargos existentes contra ellas equivaldría a anticipar de una manera inadecuada la decisión de la Comisión (véase la sentencia BASF/Comisión, citada en el apartado 39 supra, EU:T:2006:74, apartado 62 y jurisprudencia citada)».

5.2.- Sobre el requerimiento de información de la Dirección de Competencia a AERC de fecha 5 de septiembre de 2014.

En el marco de la información reservada previa a la incoación del expediente, la Dirección de Competencia formuló a la AERC, con fecha 5 de septiembre de 2014, un requerimiento de información a fin de que aportase en formato electrónico copia de todas las comunicaciones, circulares e instrucciones que con

carácter general habían sido dirigidas por la AERC a sus miembros desde el 1 de enero de 2010 hasta el 30 de julio de 2014.

AERC respondió al citado requerimiento con fecha 23 de septiembre de 2014 (folios 30 a 297).

En relación con esta cuestión, AGEDI/AIE al igual que ya hicieron a lo largo del expediente, vuelven a alegar que la respuesta por parte de AERC al requerimiento es incompleta ya que solamente informó sobre las comunicaciones y circulares remitidas a sus miembros únicamente en relación con AGEDI/AIE por lo que redujo el ámbito objetivo del requerimiento, que se refería a cualquier comunicación, circular o instrucción y no únicamente las relaciones con las citadas entidades de gestión.

Esta Sala se muestra conforme con la respuesta de la Dirección de Competencia en la propuesta de resolución, en la que señala que es potestad de la citada Dirección delimitar el ámbito objetivo del requerimiento y es la que debe determinar si la respuesta se ajusta a la finalidad de la solicitud de información. Resulta evidente, por tanto, que si la Dirección de Competencia hubiese requerido de mayor información, o hubiese estimado que la información facilitada por la AERC era insuficiente, habría requerido nuevamente a la citada asociación para completar la información. Sin embargo, la Dirección de Competencia ha señalado en su propuesta de resolución que la información aportada por AERC se ajustó al requerimiento realizado con fecha 5 de septiembre de 2014.

5.3. Sobre la solicitud de vista

AERC solicita a esta Sala la celebración vista, de conformidad con el artículo 51.3 de la LDC.

En relación con ello, cabe recordar que la vista viene prevista en la LDC como una actuación que el Consejo puede acordar discrecionalmente, *“cuando la considere adecuada para el análisis y enjuiciamiento del objeto del expediente”* (arts. 19.1 y 37.2 RDC). El Consejo, teniendo en cuenta que es potestad suya acordar la celebración de vista cuando lo considere conveniente para el examen y análisis del objeto del expediente, no considera necesario para la valoración del presente asunto acceder a la solicitud de celebración de vista, sin que de esta negativa pueda derivarse ningún tipo de indefensión a las partes, según ha señalado de forma reiterada la Audiencia Nacional, y dadas las amplias oportunidades, utilizadas por las incoadas a lo largo del procedimiento, para presentar alegaciones y confrontar los argumentos de la Dirección de Competencia.

5.4. Sobre la solicitud de confidencialidad

Durante la fase de alegaciones a la Propuesta de Resolución AGEDI/AIE han solicitado la confidencialidad del escrito de alegaciones presentado (folios 1310-1329) proporcionando versión no confidencial del mismo (folios 1330-1350).

Igualmente, de conformidad con lo previsto en el artículo 42 de la LDC, varias de las empresas radiofónicas asociadas a la AERC han solicitado la confidencialidad de la información proporcionada sobre su volumen de negocios en respuesta al requerimiento de información acordado con fecha 10 de marzo de 2016.

En la medida en que tales peticiones se refieren a información de carácter comercial o relativa a volúmenes de negocio en el mercado afectado, se accede a declarar confidencial dicha información. Asimismo, para guardar la debida coherencia en el procedimiento y procurar el debido equilibrio entre transparencia y confidencialidad de forma homogénea para todas las empresas, dicha declaración tiene también lugar de oficio, en los supuestos en que la petición no ha sido formulada por la empresa.

Por todo ello, esta Sala ha acordado declarar confidencial la siguiente información:

- Los folios 1310 a 1329, correspondientes a la versión confidencial de las alegaciones de AGEDI-AIE.
- Los folios relativos al volumen de negocios en España en 2015, antes de la aplicación del IVA o impuestos relacionados, de las empresas radiofónicas consultadas en el requerimiento de información acordado con fecha 10 de marzo de 2016.

5.5.- Sobre la solicitud del volumen de negocios de algunas empresas asociadas a AERC

En sus alegaciones a la Propuesta de Resolución AGEDI/AIE (folios 1324-1326) señala que el requerimiento de información de la Dirección de Competencia para conocer el volumen de negocios de las empresas radiofónicas integradas en dicha asociación y posibilitar el cálculo de la sanción no ha incluido todas las emisoras y sociedades asociadas que liquidan a AGEDI-AIE. En concreto la representación de las entidades de gestión señala que el listado de sociedades requeridas incluidas en la Propuesta de Resolución pone de manifiesto la ausencia de seis sociedades pertenecientes a la Cadena SER, así como veinte sociedades integradas en la cadena Kiss FM de Radio Blanca.

A la vista de dichas ausencias AGEDI-AIE solicitan que se complete la instrucción del expediente, requiriendo a las sociedades no incluidas de ambas cadenas su volumen de negocios, destacando la importancia de la ausencia de algunas de las sociedades pertenecientes a la Cadena SER.

Tras el examen de los datos proporcionados por las empresas en respuesta al requerimiento efectuado por la Dirección de Competencia, la Sala incluyó en el requerimiento de información efectuado el 10 de marzo de 2016 relativo al volumen de negocios de 2015 de las empresas asociadas a la AERC, una petición de aclaración dirigida a la Sociedad Española de Radiodifusión, S.L.

(SER) y a Cadena Radio Blanca S.A. (KISS FM) para verificar si los volúmenes de negocios a proporcionar incluían las empresas y sociedades mencionadas por AGEDI-AIE. A la vista de las aclaraciones proporcionadas por ambas empresas en sus respuestas (folios 1.777-1.780 y 1565, respectivamente) la Sala considera que los volúmenes de negocio aportados constituyen información suficiente para el cálculo de la sanción a imponer a AERC conforme en el art. 63.1 de la LDC.

De acuerdo con lo previsto en el párrafo final del citado artículo 63.1 de la LDC *“el volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros”*. Para dicha toma en consideración, la Dirección de Competencia solicitó información a 127 sociedades con emisoras integradas en la AERC, de las que contestaron 103 sociedades, entre ellas las empresas radiofónicas con mayores niveles de audiencia e ingresos por publicidad, que coinciden asimismo con las empresas que forman parte de órganos de dirección de la AERC que adoptaron las recomendaciones que constituyen la conducta sancionada como infracción.

Según las respuestas recibidas el volumen de negocios total de los empresas asociados a la AERC superó en España durante 2014 los 400 millones de €, de los que entre el 75 y el 80 % correspondieron a las tres grandes cadenas comerciales SER, ONDA CERO y COPE. Igualmente las emisoras con ingresos superiores a un millón de euros alcanzan más del 95 % del volumen de negocios total en España durante 2014 de los asociados a la AERC.

Respecto al volumen de negocios de los asociados a la AERC en 2015, las respuestas recibidas al requerimiento de información de 10 de marzo de 2016 corroboran un volumen de negocios total de los integrantes de la asociación que también supera los 400 millones de euros, correspondiendo el 82% de dicho volumen a las tres grandes cadenas comerciales y el 96% a las sociedades con ingresos superiores a un millón de euros.

El análisis de los datos presentados de 2015, que cubren un muy amplio porcentaje de los volúmenes totales de negocio de las emisoras adscritas a la AERC y, en todo caso, de las principales sociedades en términos de audiencia e ingresos publicitarios, permite concluir a la Sala la suficiencia de las cifras presentadas para lograr una aplicación adecuada del artículo 63.1 de la LDC y la toma en consideración de los volúmenes de negocio de los miembros de la asociación imputada.

5.6.- Sobre la insuficiencia del presupuesto de la AERC para afrontar el pago de la sanción.

En las alegaciones presentadas mediante escrito de 18 de marzo de 2016, la AERC señala que en ningún apartado de la LDC se indica que la multa a imponer a asociaciones que infringen los preceptos de la LDC deba ser calculada como un

porcentaje del volumen de negocios de sus asociados. Según la asociación de emisoras la referencia a la suma del volumen de negocios de los miembros de las asociaciones, uniones o agrupaciones recogida en el artículo 63.1, último párrafo, de la LDC está destinada exclusivamente a calcular el límite máximo de la multa susceptible de ser impuesta a dichas asociaciones y si el cálculo de la multa se determinase como resultado de aplicar un determinado porcentaje a la suma del volumen de negocios de los miembros de una asociación se conculcaría el principio de proporcionalidad de la sanción.

Según la AERC la toma de la suma de los volúmenes de negocio de los miembros de la Asociación como base para el cálculo de la multa, aun aplicando un porcentaje muy reducido contravendría el mencionado principio de proporcionalidad, ya que el presupuesto aprobado de la AERC para el ejercicio de 2014 se limitaba a 290.845 euros. Por ello la AERC considera que la multa a imponer debe estar necesariamente en relación con el presupuesto o capacidad real de pago de la Asociación, a efectos del juicio de proporcionalidad referido. Señala la asociación de emisoras que una multa que no tomara en consideración la capacidad de pago real de la AERC pondría en peligro su supervivencia, con el agravante de consolidar la posición monopolista de AGEDI/AIE.

La Sala no puede aceptar estos planteamientos que pretenden limitar la aplicación de los criterios previstos en el artículo 64 de la LDC para el cálculo de la multa exclusivamente a la capacidad de pago de la asociación infractora conforme sus presupuestos, sin tener en cuenta ningún otro criterio de los previstos en la ley. Dicha interpretación no sólo resulta disconforme con lo previsto en el apartado 3 del artículo 61 de la LDC sino que dejaría en manos de las propias empresas decidir de antemano el importe de la posible multa por las infracciones en las que pudiera incurrir la asociación en que quedaran integradas.

Por lo tanto, la capacidad de pago de la AERC conforme a sus presupuestos aprobados es, en todo caso, un factor a tener en cuenta en la determinación de la sanción junto al resto de los previstos en la LDC, entre los que también se encuentra el volumen de negocios de las empresas integrantes de la asociación.

Tampoco se considera posible la insolvencia de la AERC apuntada por la propia asociación en sus alegaciones ya que el artículo 18, letra g) de sus Estatutos prevé la posibilidad de que la Asamblea general pueda fijar cuotas extraordinarias y derramas para contribuir al sostenimiento de la asociación:

“g) Fijar las cuotas ordinarias, extraordinarias y derramas, en su caso, que han de contribuir al sostenimiento de la Asociación, así como la cuota de entrada, determinando la distribución de sus importes”.

SEXTO. SANCIÓN

6.1.- Criterios para la determinación de la multa

El artículo 62.4.a) de la LDC establece que serán infracciones calificadas como muy graves las conductas que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales.

El apartado c) del artículo 63.1 de la citada norma señala que las infracciones muy graves podrán ser castigadas con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, y en caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios, el apartado 3.c) señala que el importe de la multa será de más de 10 millones de euros.

Por su parte, el mismo apartado c) señala que *“el volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros”*.

Sobre la naturaleza del 10% (si se trata del máximo de un arco sancionador, o si hay que considerarlo como un límite o umbral de nivelación) se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de enero de 2015 (Recurso 2872/2013)²⁴, sentencia que ha sido ya analizada en las últimas resoluciones de este Consejo. Según el Tribunal Supremo, el proceso de determinación de la multa debe necesariamente ajustarse a las siguientes premisas.

Por un lado, los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. La Sala señala que dichos límites *“constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje”*, y continúa exponiendo que *“se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica.”*

En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, en este caso hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC alude al *“volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”*, concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, *“lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de “volumen total” se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa*

²⁴ También, en idéntico sentido, dos sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013) y otras posteriores.

distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción". Rechaza así la interpretación según la cual dicho porcentaje deba calcularse sobre la cifra de negocios relativa al sector de actividad al que la conducta o infracción se constriñe.

Por último, el FD 9º de la sentencia insiste en la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, junto con la precisa atención a los criterios de graduación antes apuntados. Así, señala que *"las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades [...] han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener unos beneficios económicos derivados de las infracciones que resulten ser superiores a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquéllas."* Asimismo, precisa que la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia no puede constituirse en el punto de referencia prevalente para el cálculo en un supuesto concreto, desplazando al principio de proporcionalidad.

6.2. Elementos de graduación conducentes a concretar el tipo sancionador.

Tal y como ya se ha señalado, la infracción que aquí se analiza se califica por la LDC como muy grave, a la que se asocia una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total del infractor, en este caso del volumen de sus asociados, en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es, 2015. Como se ha explicado anteriormente, el volumen de negocio total en 2015 de los miembros de AERC recopilado tras el requerimiento de información efectuado en marzo de 2016 fue superior a 400 millones de euros (409.478.953 €).

Por otro lado, tal y como señala el Tribunal Supremo, dicho 10% debe concebirse como el límite máximo de una escala o arco sancionador. Dicho porcentaje *"marca el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica"*. Siendo ello así, el 10% debe reservarse como *"respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría"*.

El artículo 64 de la LDC señala que el importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables.

En este caso, nos encontramos ante una infracción muy grave, llevada a cabo por AERC, una asociación empresarial que agrupa a la casi totalidad de las 1.150 emisoras de radiodifusión privada existentes en España cuya audiencia representa más del 80 % de la audiencia total de radio en España.

A la luz de estas cifras, la afectación al mercado es evidente, ya que las recomendaciones de AERC de abril de 2011 y octubre de 2012 han condicionado la negociación desarrollada entre dicha asociación de usuarios y AGEDI-AIE provocando un perjuicio directo al sector de la gestión de derechos de la propiedad intelectual en España. Las entidades afectadas gestionan, como hemos señalado, unos derechos que son esenciales para la existencia y funcionalidad de las emisoras de radio, toda vez que el uso de fonogramas supone un input para sus negocios. En este sentido, la negociación entre AERC y AGEDI y AIE ha distorsionado la competencia en los mercados aguas abajo en los que los operadores de radio actúan como oferentes, en la medida en que algunos sufren una desventaja competitiva frente al resto en un contexto en que todos ellos compiten por la audiencia y, en función de ella, muchos de estos operadores radiofónicos obtienen publicidad, principal fuente de financiación para los operadores radiofónicos comerciales y una de las fuentes de financiación de los operadores miembros de FORTA.

En lo que se refiere a la duración de la conducta, como ya se ha señalado en la resolución, ésta se habría extendido desde abril a diciembre de 2011 y habría continuado en octubre de 2012, constituyendo una conducta continuada que abarcó periodos de ambos años durante los que se desarrolló la negociación, cuestión que también se debe tener en cuenta a los efectos del cálculo de la sanción.

Por otro lado, en este expediente interesa tomar en consideración que la dimensión del mercado afectado directamente por la infracción, el de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el uso de fonogramas –que ascendió a una media de 5.057.180 € en los años afectados por la conducta–, no se relaciona de manera directa con el volumen de negocio de los miembros de AERC, concretado en los ingresos publicitarios del período, sino por medio de una disminución de los costes.

Por otra parte, esta reducción de costes no se derivó, obviamente, del impago de los derechos, que fueron finalmente desembolsados, aunque con una mora significativa, sino de la disminución de las tarifas que serían aplicables después de la infracción. Por los datos aportados en el expediente, las tarifas generales aplicadas por AGEDI-AIE eran entre 2,5 y 5,2 veces más altas que las pactadas con AERC antes del boicot, que son las que se mantuvieron gracias a la infracción. Esto supuso para los miembros de AERC la capacidad de utilizar una cantidad mucho más elevada de fonogramas que las empresas que pagaban la tarifa general, con las previsibles consecuencias sobre la audiencia y sobre los contratos publicitarios.

6.3. Sanción a imponer

De conformidad con todas las consideraciones anteriores, esta Sala considera que procede imponer a la asociación AERC una sanción del 0,04% de la suma de los volúmenes de negocio de sus miembros durante el año 2015 por importe de 190.000 euros.

En su virtud, visto los artículos citados y los demás de general de aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

HA RESUELTO

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.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.