

RESOLUCIÓN DE VIGILANCIA
Expte. VS/0518/14, AERC**CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA****Presidente**

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 20 de junio de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente VS/0518/14, AERC, cuyo objeto es la vigilancia de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 7 de abril de 2016, recaída en el expediente S/0518/14 AERC.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. Mediante resolución de 7 de abril de 2016, en el expediente S/0518/14 AERC, el Consejo de la CNMC, resolvió:

“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.”*

2. Con fecha 13 de abril de 2016, fue notificada a AERC la citada resolución (folio 53.1), contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (recurso 235/2016) solicitando la suspensión cautelar de la ejecución. Mediante auto de 9 de junio de 2016, la Audiencia Nacional acordó la suspensión de la ejecución solicitada, condicionada a la prestación por la recurrente de garantía en forma de aval bancario. AERC no prestó la garantía y procedió a realizar el pago de multa el 29 de julio de 2016 (folio 93).
3. Mediante sentencia de 26 de julio de 2018, la Audiencia Nacional desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por AERC, declarando conforme a derecho la resolución del Consejo de la CNMC de 7 de abril de 2016.
4. Con fechas 12 y 13 de febrero de 2019, en el marco del presente expediente de vigilancia, la Dirección de Competencia (DC) realizó requerimientos de información a AERC, y a las entidades de gestión AGEDI y AIE. Las contestaciones a dichos requerimientos se recibieron los días 4 (folios 142 a 160) y 5 de marzo de 2019 (folios 164 a 167) respectivamente.
5. Con fecha 19 de marzo de 2019, la Dirección de Competencia elevó su informe final de vigilancia de la resolución de 7 de abril de 2016 recaída en el expediente S/0518/14 AERC, estimando procedente acordar la finalización del presente expediente de vigilancia VS/0518/14.
6. Es interesado: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE RADIOS COMERCIALES (AERC).
7. La Sala de Competencia aprobó esta resolución en su sesión del día xx de junio de 2019.

II. ACTUACIONES LLEVADAS A CABO DURANTE LA VIGILANCIA Y HECHOS ACREDITADOS

II.1. Actuaciones seguidas en el marco de las funciones de vigilancia de la conducta

Como se ha señalado, AERC procedió al pago de la multa por importe de 190.000 euros con fecha 29 de julio de 2016, por lo que no han resultado necesarias actuaciones por parte de la DC para exigir su pago.

En cuanto a la práctica sancionada, conviene recordar, en primer lugar, que fue objeto de denuncia por parte AGEDI/AIE en el marco de otro expediente, el S/0500/13, en el que, mediante resolución de 25 de noviembre de 2015, la CNMC sancionó a ambas entidades de gestión por la aplicación de tarifas inequitativas y discriminatorias.

En segundo término, la práctica denunciada y sancionada en la resolución sometida a vigilancia en el presente expediente consistía, específicamente, en la emisión, por parte de AERC, de recomendaciones colectivas dirigidas a sus miembros con el fin de que estos 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. Todo ello como elemento de presión durante la negociación del convenio regulador de las tarifas a cobrar por AGEDI/AIE a los miembros de AERC por dichos conceptos. Esta recomendación fue llevada a cabo a través de dos circulares enviadas a sus miembros en el marco de las negociaciones de unas nuevas tarifas, una primera instando al impago de facturas pendientes y otra, posterior, instando a los socios a la consignación judicial de las facturas pendientes y autoliquidaciones presentes y futuras.

En su informe de 19 de marzo de 2019, la Dirección de Competencia describe las actuaciones llevadas a cabo durante el procedimiento de vigilancia para verificar el cumplimiento de la resolución de 7 de abril de 2016 y evitar la reiteración de las prácticas sancionadas en la misma u otras similares.

En concreto, en febrero de 2019, la Dirección de Competencia solicitó la siguiente información:

- Con fecha 12 de febrero, requirió a AERC que aportase copia de todas las comunicaciones, circulares e instrucciones que, con carácter general, hubiesen sido dirigidas por la AERC a sus miembros, en relación con cualquier entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual y, en particular, con AGEDI y AIE, desde la resolución de 7 de abril de 2016 hasta la actualidad. Para cada una de estas comunicaciones, circulares e instrucciones se solicitaba a la asociación que indicase cuál había sido la fecha de remisión a sus miembros.
- Con fecha 13 de febrero de 2019, se solicitó a AGEDI y AIE información sobre posibles nuevos impagos o consignaciones judiciales de facturas emitidas por AEGEDI o AIE que hubieran ejecutado la totalidad o una mayoría de miembros de AERC tras la resolución de 7 de abril de 2016.

II.3. Hechos acreditados

Según la información recabada por la Dirección de Competencia en el marco del expediente de vigilancia resultan acreditados los siguientes hechos:

- Preguntados AGEDI y AIE por posibles impagos posteriores de los miembros de AERC de manera uniforme o idéntica tras la resolución de 7 de abril de 2016, ambas entidades han afirmado que no les consta que se haya producido impago alguno por parte de miembros de AERC de pagos correspondientes a importes facturados por ellos.
- Preguntados AGEDI y AIE, también, por posibles consignaciones judiciales efectuadas por los miembros de AERC como consecuencia de pagos de facturas pendientes de manera uniforme o idéntica tras la resolución de 7 de abril de 2016, aquellos han afirmado, igualmente, que no les consta que se hayan producido consignaciones judiciales por parte de miembros de AERC como consecuencia de pagos pendientes de importes facturados por ellos.
- Asimismo, se preguntó a ambas entidades de gestión por cualquier otra actuación que de manera uniforme hubieran llevado a cabo los miembros de AERC y que fueran similares a las prácticas sancionadas y tanto AGEDI como AIE han señalado que no les consta ninguna actuación de ese tipo por parte de los miembros de AERC.
- Por último, requerida a tal efecto por la Dirección de Competencia, AERC ha aportado todas las circulares enviadas a sus miembros tras la resolución de 7 de abril de 2016 relacionadas con AGEDI y AIE. De la información aportada por la propia AERC, consta la existencia de cuatro circulares fechadas el 25 de abril de 2016, el 20 de enero de 2017, el 27 de noviembre de 2018 y el 7 de febrero de 2019. En dichas circulares se informa a los asociados sobre el proceso de negociación con AGEDI y AIE para la determinación de unas nuevas tarifas acordes con la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se reformó el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. En ningún caso se incluye en dichas cuatro circulares ninguna recomendación o directriz dirigida a los asociados de AERC en relación a la forma en que deben actuar frente a AIE y AGEDI como entidades de gestión. Al contrario de lo que se constató durante el expediente sancionador, durante el periodo abril 2016-febrero 2019 no se han acreditado recomendaciones de impagos o de consignaciones judiciales de los pagos pendientes por parte de AERC.
- Además, revisada la página web de la Asociación por parte de la Dirección de Competencia, tampoco consta la existencia de ninguna circular o mensaje que lleve a uniformar la actuación de sus miembros con respecto a AGEDI y AIE. En la misma solamente están publicadas las nuevas tarifas, determinadas por la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual con fecha de 20 de septiembre de 2018, aplicables a emisoras de radio de difusión inalámbrica por la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos y por la reproducción para dicha comunicación pública.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO. - Habilitación competencial

El artículo 41 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), teniendo en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, establece que la CNMC *“vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones.”*

El artículo 71 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que desarrolla estas facultades de vigilancia previstas en la Ley 15/2007, precisa en su apartado 3 que *“El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia resolverá las cuestiones que puedan suscitarse durante la vigilancia”*, previa propuesta de la Dirección de Competencia.

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 y el artículo 14.1 a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. - Valoración de la Sala de Competencia

Tal como se ha señalado, la multa de 190.000 euros impuesta en la resolución de 7 de abril de 2016 ha sido satisfecha con fecha 29 de julio de 2016.

Por otro lado, en relación a la conducta prohibida consistente en la emisión por parte de AERC, a través de circulares, de recomendaciones colectivas a sus miembros de carácter restrictivo de la competencia, para que dejaran de abonar las facturas emitidas por AGEDI/AIE o procediesen a la consignación judicial de los pagos pendientes, de la información recabada por la Dirección de Competencia durante la vigilancia de la resolución, fundamentalmente, a través de las contestaciones a las solicitudes de información dirigidas a AERC y a AGEDI y AIE, se puede concluir la inexistencia de indicios que apunten a la repetición de las mismas o similares conductas.

Por todo ello, procede dar por finalizada la vigilancia llevada a cabo en el presente expediente VS/0518/14, de la resolución del Consejo de la CNMC de 7 de abril de 2016, dictada en el marco del expediente S/0518/14 AERC. Todo ello, sin perjuicio en su caso de nuevas investigaciones si la CNMC tuviera conocimiento en el futuro de hechos similares a los ya sancionados.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC

HA RESUELTO

ÚNICO. - Declarar el cierre de la vigilancia del cumplimiento de la resolución de 7 de abril de 2016 dictada por Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el expediente S/0518/14 AERC.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a las partes interesadas, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.