

RESOLUCION (EXPTE. S/0208/09 AISGE)

CONSEJO

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M. Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D^a Paloma Avila de Grado, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 19 de diciembre de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo) con la composición ya expresada y siendo Ponente Dña. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la presente Resolución en el expediente sancionador S/0208/09 AISGE, incoado contra Artistas e Intérpretes Sociedad de Gestión, por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El día 3 de diciembre de 2009 tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) denuncia formulada por la Federación de Cines de España (en adelante, FECE) contra Artistas e Intérpretes Sociedad de Gestión (en adelante, AISGE) en relación con el derecho de remuneración equitativa por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales en salas de exhibición cinematográfica.
2. Con fecha 3 de febrero y 4 de marzo de 2010 la Dirección de Investigación realizó sendos requerimientos de información a los interesados para determinar el proceso de negociación y los motivos de la denuncia.
3. El día 19 de febrero de 2010 entró la respuesta de FECE (folios 198 a 382) y el 22 de febrero la de AISGE (folios 383 a 1031).
4. El 24 de marzo de 2010 la Dirección de Investigación incoó expediente sancionador S/0208/09 contra AISGE por existir indicios racionales de infracción de la LDC.
5. Tras la incoación se han llevado a cabo requerimientos de información, tanto a FECE como a AISGE.

6. El 20 de enero de 2011, la Dirección de Investigación de la CNC formula el Pliego de Concreción de Hechos (PCH), notificándoselo a los interesados en la misma fecha.
7. El 7 de febrero de 2011 tuvo entrada en la Dirección de Investigación escrito de FECE en el que presentaba una alegación única al PCH y solicitaba la práctica de determinadas pruebas.
8. El 8 de febrero de 2011 tuvo entrada en la Dirección de Investigación escrito de AISGE contestando al PCH en el que presentaba múltiples alegaciones al PCH y en el que solicitaba la práctica de determinadas pruebas.
9. El 3 de marzo de 2011, tras formular la correspondiente Propuesta de Resolución (PR), la Dirección de Investigación la notificó a los interesados. En dicha PR la Dirección de Investigación propone al Consejo que éste resuelva:

“Primero.- Que declare que ARTISTAS E INTÉRPRETES SOCIEDAD DE GESTIÓN ha infringido el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, incurriendo en un abuso de posición de dominio en el mercado de gestión del derecho de remuneración por comunicación pública de las actuaciones de los artistas, intérpretes o ejecutantes en la forma de proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales, desde 2005 hasta la actualidad, por establecer unilateralmente unas tarifas generales no equitativas por los derechos de comunicación pública que administra, y por llevar a cabo prácticas de discriminación no justificadas objetivamente a la hora de establecer las tarifas efectivamente cobradas a los cines.

Segundo.- Que se declare responsable de dicha infracción a ARTISTAS E INTÉRPRETES SOCIEDAD DE GESTIÓN.

Tercero.- Que dichas conductas prohibidas se tipifiquen, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Cuarto.- Que se imponga a ARTISTAS E INTÉRPRETES SOCIEDAD DE GESTIÓN la sanción económica correspondiente conforme a las previsiones legales aplicables.

Quinto.- Que se intime a ARTISTAS E INTÉRPRETES SOCIEDAD DE GESTIÓN para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.

Sexto.- Que se obligue a ARTISTAS E INTÉRPRETES SOCIEDAD DE GESTIÓN a que difunda el texto de la Resolución que se adopte, en su caso, con el fin de evitar situaciones semejantes y paliar los efectos de las prácticas declaradas prohibidas.

Séptimo.- *Que se adopten los demás pronunciamientos a los que se refiere el artículo 53 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en la medida que resulten pertinentes”.*

10. El 3 de marzo de 2011 AISGE, tras tomar vista del expediente, presenta escrito de solicitud de iniciación del procedimiento de Terminación Convencional, regulado en el artículo 52 LDC y desarrollado en el artículo 39 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC).
11. El 16 de marzo de 2011, la Dirección de Investigación dictó Acuerdo de no iniciación del procedimiento de Terminación Convencional. Contra este Acuerdo, el 5 de abril de 2011, AISGE presentó recurso ante el Consejo de la CNC, siendo éste inadmitido en su Resolución de 30 de junio de 2011, R/0067/11 AISGE.
12. El 23 de marzo de 2011 tuvo entrada en la CNC el escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución de FECE (folios 2524 a 2531), remitido por correo administrativo el 22 de marzo de 2011, manifestando su conformidad con la PR. No se propone la realización de prueba alguna ni la celebración de vista.
13. El 23 de marzo de 2011 tuvo entrada en la CNC el escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución de AISGE (folios 2532 a 2964), remitido por correo administrativo el 22 de marzo de 2011. En dicho escrito (folios 2703 a 2709) se reiteran las pruebas solicitadas en el escrito de alegaciones al PCH y se solicitan nuevas pruebas de tipo documental y testifical.
14. El día 24 de marzo el Consejo dicta Resolución de inadmisión del recurso (R/0067/11 AISGE CINES) interpuesto por AISGE contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de cierre de instrucción, siendo incorporado al expediente el 28 de marzo de 2011. El día 25 de marzo la Dirección de Investigación remite al Consejo el expediente y el Informe que acompaña a la Propuesta de Resolución.
15. Con fecha 28 de abril de 2011 AISGE presenta escrito de denuncia contra FECE y varios letrados por infracción del artículo 43 LDC al haber vulnerado el deber de secreto sobre el expediente sancionador en curso (3083-3088).
16. El día 8 de agosto de 2011 se remite notificación a la Comisión Europea prevista en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 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 Tratado, suspendiéndose el plazo máximo para resolver por Acuerdo de 12 de septiembre, y levantándose con efectos de 9 septiembre de 2011 por Acuerdo de 15 de septiembre de 2011.
17. El día 3 de octubre de 2011 el Consejo dicta Acuerdo por el que (i) se admite prueba solicitada por AISGE para que FECE remitiese a la CNC todos los convenios suscritos con Sociedad General Autores (SGAE) y con Derechos de

Autor de Medios Audiovisuales (DAMA); (ii) se incorporan al expediente los documentos que acompañaron al escrito de alegaciones de AISGE a la Propuesta de Resolución; y (3) a instancias del Consejo se requiere a AISGE cierta información relacionada con uno de los documentos aportados por AISGE denominado “Bases de Cálculo del tipo Tarifario en el derecho de Comunicación Pública en salas de exhibición cinematográfica”, de fecha Abril de 2005. En concreto se le requiere que acredite la fecha en que solicitó la realización de dicho documento, los autores encargados de su elaboración, y la distribución que ha realizado de dicho documento, señalando los destinatarios y las fechas de su distribución y el uso que se ha realizado del mismo. También consideró procedente requerir a FECE información respecto a si conocía dicho documento, y en caso afirmativo porque medio había tenido acceso al mismo.

18. El 18 de octubre de 2011 FECE aportó la información que se requirió para dar cumplimiento a la prueba admitida por el Consejo a instancias de AISGE y contestó la información solicitada.
19. El 19 de octubre de 2011 se recibió de AISGE escrito de alegaciones sobre la valoración que el Consejo había realizado de su solicitud de prueba y reiteró la solicitud de vista que el Consejo erróneamente había dado por no solicitada.
20. El 25 de octubre de 2011 tuvo entrada en la CNC escrito de AISGE presentado ante Correos el 22 de octubre de 2011, contestando la información requerida por el Consejo en su acuerdo de 3 de octubre de 2011.
21. El 27 de octubre de 2011 se dicta acuerdo para que las partes dispongan de diez días para la valoración de las pruebas aportadas al expediente. Dicho plazo fue ampliado en cinco días a petición de FECE.
22. El 21 de noviembre tuvo entrada en la CNC escrito de valoración de pruebas de AISGE presentado en Correos el 15 de noviembre.
23. El 22 de noviembre de 2011 FECE presentó su escrito de valoración de pruebas.
24. El 23 de noviembre de 2011, practicadas las pruebas y formuladas la alegaciones por los interesados, se levantó la suspensión del plazo que había sido acordada con efectos de 29 de septiembre de 2011.
25. El Consejo concluyó su deliberación y falló el 14 de diciembre de 2011.
26. Son interesados en el presente expediente los siguientes:
 - FEDERACIÓN DE CINES DE ESPAÑA
 - ARTISTAS E INTÉRPRETES SOCIEDAD DE GESTIÓN

HECHOS ACREDITADOS

Las conductas objeto de este expediente han sido valoradas por este Consejo partiendo de los hechos probados por la Dirección de Investigación durante la instrucción que se ha llevado a cabo, hechos que se relatan en el presente epígrafe, después de una breve descripción de las partes imputadas en este expediente, y del marco jurídico en el que se desarrollan las actividades sobre las que versa el análisis de competencia objeto de este expediente.

I. LAS PARTES

1. **ARTISTAS E INTERPRETES SOCIEDAD DE GESTION** es una asociación de carácter nacional constituida el 20 de septiembre de 1990 y autorizada como entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual de los actores intérpretes por la Orden del Ministerio de Cultura de 30 de noviembre de 1990. Se constituye en base al artículo 132 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual que regula la constitución de entidades de gestión.

Su actividad principal, la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual de los actores, fue ampliada en 1999 para incluir la gestión de derechos de propiedad intelectual de dobladores, bailarines y directores de escena. Esta actividad es ejercida en exclusiva, ya que no existe ninguna entidad de gestión ni organización análoga que tenga encomendada la gestión colectiva de los derechos que la Ley de Propiedad Intelectual establece para dichos colectivos.

Los derechos de gestión colectiva de los que actualmente se ocupa AISGE son:

- El derecho de compensación equitativa por copia privada.
- Derecho de remuneración por cualquier forma de comunicación pública de las interpretaciones artísticas, incluida la puesta a disposición interactiva.
- Derecho de remuneración por el alquiler de las obras o grabaciones audiovisuales que contengan interpretaciones artísticas.
- Derecho de autorizar la distribución por cable de las interpretaciones audiovisuales en el ámbito de la Unión Europea.

2. **FEDERACION DE CINES DE ESPAÑA** es una asociación de ámbito nacional integrada por propietarios de salas de cine y asociaciones, agrupaciones empresariales y entidades asociativas que integran a empresarios del sector de la exhibición cinematográfica. En su conjunto, los miembros de FECE representan en torno al 80% del total de las pantallas de cine existentes en España. Sus principales actividades son las propias de una asociación

sectorial: representar, gestionar y defender los intereses profesionales de sus miembros.

II. MARCO JURÍDICO

La Propuesta de Resolución describe la evolución de la normativa española sobre la que se han venido desarrollando las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor, cuyo origen está en la Convención de Roma, como sigue:

3. **Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual**, bajo la rúbrica “Otros derechos de propiedad intelectual” (Libro II), regula por primera vez junto a los derechos de autor, otro núcleo de derechos que se derivan de la interpretación o ejecución, o de la producción o difusión de las obras de creación y el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes a recibir una remuneración económica por la comunicación pública de las mismas.
4. **Ley 43/1994, de 30 de diciembre, de incorporación al derecho español de la Directiva 92/100/CEE del Consejo de 19 de noviembre de 1992 para la armonización** entre las legislaciones de los países comunitarios en cuanto a la protección de otros derechos afines a los derechos de autor.

Introduce el carácter irrenunciable de la remuneración de los artistas intérpretes o entre ejecutantes en su artículo 7.3 in fine (“Sin perjuicio de lo anterior, el artista intérprete o ejecutante conservará, de forma irrenunciable el derecho a obtener una remuneración equitativa y única por la comunicación pública de su actuación”).

5. **Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (TRLPI)** deroga toda la normativa nacional anterior y establece el actual marco regulador de la propiedad intelectual en España. Este texto fue modificado por la Ley 23/2006, de 7 de julio.

Junto con los derechos de autor, el TRLPI recoge en su Libro II la regulación de otros derechos, entre los que se recogen los “Derechos de los Artistas intérpretes o ejecutantes” (Título I). En concreto, el artículo 108 reza:

“Artículo 108. Comunicación pública.

1. Corresponde al artista intérprete o ejecutante el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública:

a) De sus actuaciones, salvo cuando dicha actuación constituya en sí una actuación transmitida por radiodifusión o se realice a partir de una fijación previamente autorizada.

b)...

En ambos casos, la autorización deberá otorgarse por escrito....

2. Cuando el artista intérprete o ejecutante celebre individual o colectivamente con un productor de fonogramas o de grabaciones audiovisuales contratos relativos a la producción de éstos, se presumirá que, salvo pacto en contrario en el contrato y a salvo del derecho irrenunciable a la remuneración equitativa a que se refiere el apartado siguiente, ha transferido su derecho de puesta a disposición del público a que se refiere el apartado 1.b).

3. El artista intérprete o ejecutante que haya transferido o cedido a un productor de fonogramas o de grabaciones audiovisuales su derecho de puesta a disposición del público a que se refiere el apartado 1.b), respecto de un fonograma o de un original o una copia de una grabación audiovisual, conservará el derecho irrenunciable a obtener una remuneración equitativa de quien realice tal puesta a disposición.

4....

5. Los usuarios de las grabaciones audiovisuales que se utilicen para los actos de comunicación pública previstos en el artículo 20.2.f) y g) tienen obligación de pagar a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de grabaciones audiovisuales la remuneración que proceda, de acuerdo con las tarifas generales establecidas por la correspondiente entidad de gestión.

Los usuarios de grabaciones audiovisuales que se utilicen para cualquier acto de comunicación al público, distinto de los señalados en el párrafo anterior y de la puesta a disposición del público prevista en el apartado 1.b), tienen asimismo la obligación de pagar una remuneración equitativa a los artistas intérpretes o ejecutantes, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3.

6. El derecho a las remuneraciones a que se refieren los apartados 3, 4 y 5 se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. La efectividad de los derechos a través de las respectivas entidades de gestión comprenderá la negociación con los usuarios, la determinación, la recaudación y la distribución de la remuneración correspondiente, así como cualquier otra actuación necesaria para asegurar la efectividad de aquéllos."

6. Y el Artículo 147.1 del TRLPI regula el ámbito de actuación y la necesaria autorización administrativa de las entidades gestoras colectivas de los derechos previamente definidos como sigue: "Las entidades legalmente constituidas **que tengan establecimiento en territorio español** y pretendan dedicarse, en nombre propio o ajeno, a la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual, deberán obtener la oportuna autorización del Ministerio de Cultura, con objeto de garantizar una adecuada protección de la propiedad intelectual. Esta autorización habrá de publicarse en el Boletín Oficial del Estado".
7. Adicionalmente, estas entidades o sociedades de gestión, previamente autorizadas, están sometidas por mandato legal a las siguientes obligaciones que establece el artículo 157:

"1. Las entidades de gestión están obligadas:

A contratar con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, en condiciones razonables y bajo remuneración.

A establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa.

A celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente.

2. En tanto las partes no lleguen a un acuerdo, la autorización correspondiente se entenderá concedida si el solicitante hace efectiva bajo reserva o consigna judicialmente la cantidad exigida por la entidad de gestión de acuerdo con las tarifas generales.

3. Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a la gestión de derechos relativos a las obras literarias, dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o de pantomima, ni respecto de la utilización singular de una o varias obras de cualquier clase que requiera la autorización individualizada de su titular.

4. Asimismo, las entidades de gestión están obligadas a hacer efectivos los derechos a una remuneración equitativa correspondientes a los distintos supuestos previstos en esta Ley y a ejercitar el derecho de autorizar la distribución por cable."

8. Y el artículo 164 establece quienes están amparados por la Ley, concretamente:

- Los artistas intérpretes o ejecutantes españoles cualquiera que sea el lugar de su interpretación o ejecución, así como los artistas intérpretes o ejecutantes nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea.
- Los artistas intérpretes o ejecutantes nacionales de terceros países cuando tengan su residencia habitual en España; cuando la interpretación o ejecución se efectúe en territorio Español; cuando la interpretación o ejecución sea grabada en un fonograma o en un soporte audiovisual protegidos conforme a lo dispuesto en esta Ley o bien cuando la interpretación o ejecución, aunque no haya sido grabada, se incorpore a una emisión de radiodifusión protegida conforme a lo dispuesto en esta Ley.

Para el resto de artistas intérpretes o ejecutantes nacionales de terceros países el TRLPI determina en su artículo 164.3 que *"En todo caso, los artistas intérpretes o ejecutantes nacionales de terceros países gozarán de la protección que corresponda en virtud de los Convenios y Tratados internacionales en los que España sea parte y, en su defecto, estarán equiparados a los artistas intérpretes o ejecutantes Españoles cuando éstos, a su vez, lo estén a los nacionales en el país respectivo."*

III. HECHOS PROBADOS

La imputación que realiza la Dirección de Investigación de infracción del artículo 2 LDC se centra en la fijación de las tarifas que las salas de cine deben liquidar a AISGE como gestora colectiva de los derechos de autor de sus representados. Y a este respecto se consideran hechos probados durante la instrucción del expediente de referencia los siguientes:

A. Sobre el establecimiento de las denominadas Tarifas Generales

9. *Fijación conjunta de Tarifas generales entre AISGE y AIE en 1995*

El 17 de abril de 1995 -tras la entrada en vigor el 1 de enero de 1995 de la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 92/100/CE, 19 de noviembre de 1992, que introdujo el derecho a la remuneración equitativa por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales en favor de los artistas intérpretes o ejecutantes de manera irrenunciable- AISGE fijó unas tarifas generales correspondientes a la remuneración por comunicación pública en la forma de proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales, conjuntamente con la Sociedad de Artistas Intérpretes o Ejecutantes de España (AIE).

AIE es una sociedad de gestión, autorizada por el Ministerio de Cultura, el 29 de junio de 1989 (BOE 19-7-1989), legitimada para hacer efectivas las remuneraciones correspondientes a las interpretaciones musicales fijadas en fonogramas y grabaciones audiovisuales, que la Ley reconoce como de gestión colectiva).

En el año 1995, AIE y AISGE fijaban conjuntamente la remuneración por comunicación pública de grabaciones audiovisuales dada la generalidad del ámbito de gestión de cada una de las entidades. Asimismo firmaron conjuntamente los distintos convenios sectoriales. En 1995 la TG conjunta de AIE y AISGE era el 1,06% de los ingresos de taquilla de las salas de exhibición, correspondiendo a AIE un 0,26% y a AISGE 0,8% (folio 47).

10. *Colectivos amparados por el objeto social de AISGE*

En el año 1995, los colectivos amparados por el objeto social de AISGE eran única y exclusivamente los denominados “actores de imagen”, es decir aquéllos que en su actuación aportan su imagen y su voz (folio 1113).

El 27 de junio de 1999, la Asamblea Extraordinaria de socios de AISGE, aprobó una modificación estatutaria para asumir la gestión de los derechos de los siguientes colectivos: actores de doblaje o dobladores, bailarines y directores de escena. Dicha modificación fue aprobada por Resolución ministerial de 23 de julio de 1999, por lo que desde finales del mes de julio de 1999 se produjo una ampliación de los colectivos cuyos derechos son administrados por AISGE (folio 1113).

11. **Fijación de Tarifas generales de AISGE en 2005:**

- **Importe de 1,5% sobre taquilla**

El 10 de mayo de 2005 fue aprobada por AISGE la nueva tarifa correspondiente a la comunicación pública mediante actos de exhibición de obras y grabaciones audiovisuales en salas de exhibición cinematográfica (folio 48), estableciéndose entonces un importe de *“1,5% de los ingresos obtenidos por taquilla (previa deducción del IVA o del impuesto al consumo correspondiente) en las salas de exhibición de obras cinematográficas y demás obras audiovisuales”*.

En 2005 AISGE y AIE no fijaron conjuntamente las tarifas generales en el ámbito audiovisual. Ambas entidades firmaron en el año 2008 una reforma de sus respectivas normas estatutarias para clarificar o delimitar la amplitud y generalidad de la antigua redacción de los respectivos ámbitos descritos en los estatutos sociales de AISGE y de AIE.

▪ **Aplicación régimen transitorio**

La nueva tarifa general de AISGE no se aplicó de manera automática, sino que, tal y como se recoge en el Manual de tarifas generales de AISGE del año 2006 *“para evitar posibles distorsiones al usuario derivadas de la nueva tarifa, se establece un régimen transitorio en el periodo que transcurre desde el uno de enero de 2005 al 31 de diciembre de 2012”*, se diseñó el siguiente régimen transitorio, que se comunicó al Ministerio de Cultura el 6 de febrero de 2006, y que sigue vigente en la actualidad, de acuerdo con el Manual de tarifas de AISGE para el año 2010 presentado al Ministerio de Cultura el 17 de marzo de 2010:

AÑOS	TARIFAS GENERALES
2005	0,8 %
2006	0,88%
2007	0,97%
2008	1,06%
2009	1,17%
2010	1,29%
2011	1,42%
2012	1,5%

Fuente: AISGE

▪ **Bonificaciones a la tarifa general**

El punto 5º del Manual de Tarifas de 2006, vigente en 2010, recoge que AISGE podrá aplicar, con carácter general, bonificaciones a las tarifas por los siguientes conceptos:

“a) Por aplicarse en el marco de contratos generales suscritos con asociaciones representativas de usuarios del repertorio que conlleven una simplificación de la gestión de la facturación y cobro de los derechos administrados por AISGE.

b) Por la colaboración de los usuarios que faciliten información relativa a datos de identificación de obras y grabaciones audiovisuales tales como su parrilla de programación, audiencia de sus canales, desglose de abonados u otros análogos y que supongan un ahorro de costes para la gestión de AISGE o contribuyan a facilitar el reparto de los derechos administrados por AISGE.

c) Las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa podrán gozar de una bonificación de hasta un 25% sobre las presentes tarifas generales, al amparo de lo establecido por el apartado b) del número 1 del artículo 152 del TRLPI.

d) Por cualquier otra circunstancia que justifique el establecimiento de esa bonificación y/o deducción, siempre dentro de un marco de respeto a la libre competencia”.

B. Sobre los convenios con asociaciones de salas de exhibición

12. En virtud del artículo 157 del TRLPI están obligadas a *“celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente”.*
13. Actualmente, AISGE tiene firmados convenios con dos asociaciones de exhibidores cinematográficos: FECE (que tal y como se ha establecido es la asociación mayoritaria del sector) y con la Sociedad de Empresarios de Cine de España (en adelante SECIES), que agrupa a unas 150 salas de exhibición (folio 760).
14. Junto a ellas, existe también una asociación de exhibidores de salas de cine de nueva creación denominada Nueva Asociación de Exhibidores Cinematográficos de España (en adelante NAECE), sin que en la actualidad exista convenio alguno firmado entre NAECE y AISGE, puesto que según esta última *“la representatividad de aquella en el sector es prácticamente nula y, porque la mayor parte de sus socios lo son también de las otras asociaciones (FECE y SECIES)”* (folio 1508).
 - **Acuerdos de AISGE con FECE**
15. El **1 de enero de 1999** se firmó el **I Convenio marco** (folios 1480 a 1488) entre AISGE y AIE y FECE (antes FEECE), por dos años y prorrogado un tercero, estando en vigor hasta el 31 de diciembre de 2001.
 - La Tarifa para las salas pertenecientes a FECE era de “2.045 pesetas por cada millón de recaudación” (cláusula tercera), es decir de un

0,2045% de los ingresos de taquilla durante todo el periodo de vigencia, del que el 0,154% correspondía a AISGE.

- De aplicación a todos los asociados a FEECE.

16. El **1 de enero de 2002** FEECE firmó el **II Convenio marco** con AIE y AISGE (folios 59 a 69). La duración del mismo era del 1 de enero de 2002 al 31 de diciembre de 2004.

- Se acuerda un sistema de adhesión expresa y libre por parte de las empresas dedicadas a la proyección cinematográfica y que pertenecen a FEECE (cláusulas segunda y quinta), estableciéndose las condiciones de adhesión en la cláusula cuarta del II Convenio.
- Las tarifas generales conjuntas de AIE y AISGE comunicadas al ministerio eran de 1,06% de los ingresos de taquilla, no obstante, las empresas adheridas disfrutarán de una bonificación sobre las generales durante la vigencia del convenio. Por lo tanto, las tarifas aplicadas por AISGE fueron las que se reproducen en el siguiente cuadro:

Año de aplicación del convenio	Año natural de aplicación	Tarifa General AISGE 1995	Tarifa Bonificada conjunta AISGE-AIE	Tarifa Bonificada AISGE
1	2002	0,80%	0,233%	0,176%
2	2003	0,80%	0,265%	0,200%
3	2004	0,80%	0,286%	0,216%

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos contenidos en los folios 61 y 1504

- Para todas *“aquellas empresas que no se acojan a los beneficios del presente convenio y del anterior de fecha de enero de 1999 les serán de aplicación las tarifas generales de AISGE y AIE comunicadas al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte sin bonificación alguna”* (cláusula cuarta del II Convenio marco).
- Con la finalidad de implantar de forma generalizada el II Convenio marco, se acuerda el compromiso de las partes de dar publicidad al convenio y concretamente FEECE se compromete a informar a sus asociados (cláusula novena), así como el compromiso de AISGE y AIE de finalizar los procedimientos de demanda de reclamación del derecho de remuneración del artículo 108.3 del TRLPI que estuvieran abiertos mediante acuerdos transaccionales individuales con las salas afectadas (cláusulas octava y décima).
- El II Convenio marco expiró el 31 de diciembre de 2004 por lo que, desde ese mismo año, comenzaron las negociaciones entre FECE y AISGE para suscribir un nuevo Convenio marco, así como actuaciones de AISGE reclamando el derecho de remuneración del

artículo 108.3 del TRLPI frente a determinadas salas de exhibición adheridas al convenio extinguido y a los que se hará referencia en el punto IV.3 b) de este pliego.

17. **El 31 de julio de 2007** AISGE Y FECE firman el **III Convenio marco** (folios 70 a 80), después de más de dos años sin convenios, y sin la participación de AIE. El periodo de vigencia se fijó desde el 1 de enero de 2005 (retroactivamente) hasta el 31 de diciembre de 2009 (cláusula décimo segunda).

- Sólo podrán adherirse al mismo las empresas que pertenezcan a FECE y que no tuvieran facturas pendientes derivadas de convenios anteriores suscritos entre FECE y AISGE, por lo que se establece como *“condición sine qua non para poder adherirse al convenio la cancelación de dicha deuda conforme al documento que en su caso pudieran suscribir las partes (AISGE y la empresa exhibidora)”* (cláusula cuarta).
- Adicionalmente y, puesto que durante los años 2005 y 2007 no había existido convenio entre FECE y AISGE, además de aplicarse retroactivamente desde el 1 de enero de 2005, las partes establecen que las exhibidoras existentes y que no se hubieran adherido con anterioridad al 30 de noviembre de 2007, deberían abonar la cantidad devengada, de acuerdo con las tarifas acordadas entre las dos entidades incrementadas según el interés legal mensual (cláusula cuarta, párrafo cuarto).
- Para las sociedades exhibidoras de nueva creación que se adhieran cuatro meses después del inicio de su actividad al convenio, se establecen las mismas cláusulas que las descritas en el párrafo anterior para las sociedades existentes adheridas después del 30 de noviembre de 2007 (cláusula cuarta, párrafo quinto).
- En caso de adherirse al Convenio, las exhibidoras podrán beneficiarse de las siguientes condiciones económicas (cláusula tercera), basadas en un porcentaje sobre los ingresos netos de taquilla:

Ejercicio o año natural	Tarifa bonificada a empresas adheridas
2005	0,360%
2006	0,396%
2007	0,485%
2008	0,530%
2009	0,600%

Fuente: AISGE

- Se incluyen en este convenio bonificaciones sobre la anterior tarifa en caso de cumplirse determinados requisitos (cláusula sexta.c) del Convenio:
- Descuento general por pertenencia a FECE de un 7,5% del importe neto de la factura.
- Descuento por pronto pago del 5% del importe neto de la factura.
- Descuento del 5% para las empresas con una recaudación bruta inferior a 120.000 euros y que estén al corriente del pago.
- Para lograr la mayor adhesión posible al Convenio las partes se comprometen a la divulgación del mismo entre todas las empresas susceptibles de adhesión, comprometiéndose FECE a facilitar a AISGE un listado completo por provincias de sus cines miembros (cláusula cuarta, párrafo primero del III Convenio marco).
- Junto a esta obligación de FECE, el Convenio regula las obligaciones de las salas exhibidoras adheridas en su cláusula séptima, determinando como tales tres:
 - la obligación de presentar las liquidaciones en caso de discrepancia de acuerdo con el mecanismo establecido en el Convenio a estos efectos en la cláusula séptima;
 - comprobación de las facturas y, en su caso, comunicar a AISGE las discrepancias antes del vencimiento de éstas; y
 - cumplir puntualmente con los pagos.
- Se incluye también una cláusula de parte más favorecida (cláusula decimoquinta), que indica que *“FECE podrá reivindicar con efecto inmediato cualquier condición más beneficiosa que AISGE pacte con asociaciones de empresas de exhibición en relación con el mismo objeto del presente Convenio. Se entenderá que cualquier condición más beneficiosa será inseparable de cualquier otra que le sirva de compensación o justificación. Para garantizar la efectividad de esta Cláusula, AISGE deberá comunicar a FECE cualquier condición que acuerde con dichas asociaciones y que sea diferente y/o más beneficiosa de las contempladas en el presente Convenio”*.
- Desde finales del año 2009 y mientras se está negociando un nuevo Convenio Marco, el III Convenio Marco sigue en vigor al estar prorrogado de acuerdo con lo previsto en la cláusula décimo segunda, párrafo cuarto del III convenio, que indica que desde el 1 de enero de 2010 se prorrogará el III Convenio hasta que se cierre un nuevo Convenio.

▪ **Acuerdo con SECIES**

18. Con fecha 30 de mayo de 2008, AISGE firma un Convenio Marco con SECIES (folios 1528 a 1545), siendo las condiciones económicas y de bonificaciones, así como las obligaciones asumidas por las firmantes y las establecidas para las empresas adheridas, las mismas que las establecidas en el III Convenio marco FECE-AISGE, descritas anteriormente.

El sistema de adhesión al Convenio marco SECIES-AISGE es análoga a la descrita anteriormente en relación con el III Convenio marco FECE-AISGE, con la única diferencia de la fecha de adhesión de las empresas existentes que implica devengo del interés legal que, en este caso y dado que la fecha de firma del Convenio es posterior a la del Convenio FECE-AISGE, se establece en el 30 de agosto de 2008 (cláusula cuarta).

▪ ***Acuerdos individuales con salas de exhibición***

19. La mayoría de las salas de exhibición tienen la posibilidad de adherirse a los convenios FECE-AISGE (en el que FECE agrupa a aproximadamente al 80% de las salas) y SECIES-AISGE (donde la primera representa a 150 salas), pero AISGE, como entidad gestora, también ha firmado acuerdos individuales con empresas exhibidoras.

Estos acuerdos individuales pueden dividirse en dos grandes bloques: aquéllos que AISGE ha adoptado con sociedades no adscritas a FECE y SECIES y aquéllos que durante el periodo de inexistencia de convenio marco FECE-AISGE, se firmaron con sociedades asociadas a la primera y que incluyen estipulaciones al margen de las meras transaccionales a las que luego haría referencia la cláusula primera del III Convenio marco FECE-AISGE en 2007. Estos acuerdos transaccionales tienen su origen en las cantidades adeudadas a AISGE por las salas exhibidoras anteriores al año 2005 y que la primera reclamó, bien por vía judicial o bien a través de soluciones extrajudiciales.

Convenios singulares firmados con salas de exhibición no asociadas.

20. Constan en el expediente 24 convenios individuales firmados por AISGE con Séptimo Arte, S.L.; Gescine Vinapoló (SOGESTIN); Multivergeles, S.L., Multicines Alameda Teatro, S.L.; Duplex Ferrol, SAL., Ocio 7, S.L., Kopla S.A., Fescinal, S.L., Decu Audiovisuales y Cultura, S.L, Cinedecor, S.L. Cideveto, SAL; .Roaro, S.L.; Autocine Gijón, S.L; Vera Cines, S.L.; Cine Napoles, S.L., Multicines el Real, S.L., Cine Club Villena; Multicines Béjar, S.L., Discount la Despensa, S.L., Serantes Kultura Aretoa; Multicines Telde, S.L.; Hernavi, S.L.; Cine Calrin, S.L y Cines Hollywood, S.L. desde el 31 de julio de 2007 (fecha en la que se llegó a la firma del III Convenio marco FECE-AISGE).
- Las cláusulas económicas recogidas en todos ellos son las mismas o análogas a las del III Convenio marco, a excepción del descuento del 7,5% por pertenencia a FECE o SECIES (Folio 1572).

- Se establecen como obligaciones de las empresas de exhibición cinematográfica idénticas condiciones a las establecidas para las empresas asociadas a los convenios marco firmados con las asociaciones de exhibidores junto con la obligación adicional de aportar una relación detallada de todas y cada una de las salas (cláusula sexta de ambos convenios), explotadas comercialmente por ellas.

Acuerdos individuales con salas asociadas a FECE

Estos convenios singulares fueron firmados entre 2005 y 2007 en ausencia de un convenio entre FECE y las entidades de gestión como AISGE y AIE, que estaba siendo objeto de negociación. Durante dicho periodo se discutió si era necesario o no negociar conjuntamente con AIE y la posible intervención de la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual (folios 229-257 y 437-488).

- El 10 de mayo de 2005 AISGE había fijado la tarifa general en 1,5% (HA 10).
- El 20 de junio de 2005 AISGE envía cartas a diversas exhibidoras asociadas a FECE en las que se indica la necesidad de regularizar el pago de las cantidades correspondientes al derecho de remuneración equitativa de los colectivos gestionados por AISGE (folios 49 a 56, 345 a 367 y 490 a 492) por parte de las empresas. Para esta regularización, la entidad gestora propone la firma de contratos individuales entre la entidad y los empresarios individuales.
- Las salas de exhibición asociadas a FECE, y que habían recibido las cartas de AISGE solicitando la regularización del pago de los derechos de artistas intérpretes y ejecutantes, dirigen a la entidad de gestión cartas individuales (folios 494 a 536), todas ellas con el mismo texto, adhiriéndose a lo manifestado por FECE en una carta enviada a AISGE el 28 de junio de 2005 (folios 538 y 539) y manifestando su negativa a firmar acuerdos individuales a la espera de que FECE y AISGE concluyeran un acuerdo sectorial.
- AISGE inicia, una vez expirado el 31 de diciembre de 2004 el II convenio con FECE, diversos procesos de reclamación de deuda a las empresas exhibidoras. Por un lado, se reclamaba a las empresas las deudas contraídas hasta el 31 de diciembre de 2004 y devengadas según las tarifas del anterior convenio marco de 2002 (folios 349 a 352 y folio 1553). Por otro lado, se reclamaba a las salas de exhibición los pagos devengados desde el 1 de enero de 2005, calculados según las nuevas tarifas generales aprobadas en mayo de 2005. En relación a estas reclamaciones, AISGE indica que fue la propia FECE la que le instó a reclamar estas deudas para evitar

agravios comparativos entre aquellos socios que habían pagado las cantidades derivadas de anteriores convenios a AISGE (folio 396), lo que es consistente con las condiciones de adhesión pactadas posteriormente por las dos entidades en la firma del III Convenio marco FECE-AISGE. Para la regularización de esta deuda AISGE informaba a las empresas de su voluntad de negociar y ofrecía la posibilidad de firmar acuerdos individuales extrajudiciales, así como la posibilidad de la entidad de acudir, en su caso, a la vía judicial (folios 368-375 y 778-859).

- La firma del III permitió que las empresas asociadas a FECE pudieran adherirse al nuevo convenio, aun cuando hubieran firmado contratos particulares con AISGE entre los años 2005 y 2007.
- La tarifa base de estos acuerdos individuales era la tarifa general de 2005 fijada por AISGE, sobre los ingresos netos de taquilla que las distintas exhibidoras (de las que existe constancia en el expediente), a la que se aplicaban los descuentos pactados en cada caso individualmente (generalmente por colaboración con las empresas - hasta un 25%-, ahorro de los costes de gestión -hasta un 10%- y liquidación y pronto pago -hasta un 15%-) y que dio lugar a las siguientes tarifas:

TARIFA DE LOS ACUERDOS SINGULARES AISGE-ASOCIADOS A FECE								
AÑO	EMPRESAS							
	Vicente Espadas	Lux Martín Romero	Abacocine	Excín	Salpon	Porto Pi	Agrocalico	Carcserna
2005	0,40%	0,400%	0,400%	0,400%	0,400%	0,400%	0,400%	0,400%
2006	0,44%	0,530%	0,440%	0,440%	0,440%	0,440%	0,440%	0,528%
2007		0,580%			0,679%	0,679%	0,679%	0,582%
2008		0,640%			0,848%	0,848%	0,848%	0,636%
2009					0,936%	0,936%	0,936%	0,702%

Fuente: Elaboración propia a partir de la información contenida en los folios 796-797, 809, 830 1505, 1553 y 1554

- Para que sea de aplicación la bonificación por "*Liquidación y pronto pago*" (cláusula sexta) la empresa deberá hacer efectiva la factura emitida por AISGE en un plazo de 30 días desde su emisión y deberá hacerse según el modelo de liquidación pactado por las partes en el mismo contrato. La ausencia o retraso injustificado en el pago "*devengará automáticamente intereses moratorios incrementados en dos puntos y la pérdida de bonificación "por pronto pago" del 15%.*"

- En relación con la bonificación por colaboración, la Dirección de Investigación entiende que, si bien el convenio no establece las circunstancias de pérdida de la bonificación por colaboración, este concepto es el regulado en la cláusula decimotercera del convenio y su contenido sería la obligación trimestral por parte de Salpon, S.L. de facilitar a AISGE una relación de obras y demás grabaciones audiovisuales que hayan sido comunicadas públicamente en las salas explotadas por la empresa.

C. Sobre la Recaudación y Reparto de AISGE

21. AISGE, como entidad autorizada por el Ministerio de Cultura, es quien gestiona la remuneración equitativa por comunicación pública de los artistas intérpretes y ejecutantes (de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 108.6 y 157.4 del TRLPI), entendiéndose por éstos a los actores, dobladores, bailarines y directores de escena que se encuentren en ámbito objetivo recogido en el artículo 164 del TRLPI.
22. El régimen de recaudación de AISGE, basado en la fijación de un porcentaje sobre los ingresos de taquilla de las salas de exhibición, generó una recaudación de 488.785 euros para el año 2007 (cifra inferior a la de otros años, dado que muchas salas no pagaron como consecuencia de los litigios con AISGE) 3.115.194 euros para el año 2008 y 3.724.078 euros para el año 2009 (folio 1046).
23. Respecto al reparto, de acuerdo con el mandato legal del artículo 154 del TRLPI, AISGE debe reservar a los titulados administrados una participación en los derechos recaudados proporcional a la utilización de sus interpretaciones. El reparto debe efectuarse bajo los principios de proporcionalidad, equidad, no arbitrariedad y predeterminación, establecidos en el artículo 2 del Título I de las normas de reparto de AISGE, normas aprobadas el 26 de junio del año 2005 por la Asamblea General de AISGE y que han sido modificadas en diversas ocasiones (folios 88 a 163).
24. Las cantidades asignadas a las obras son distribuidas a los titulares de derechos que han participado en las mismas, bien de forma directa en aquellos casos en los que disponga de dirección del titular, bien por medio de entidades de gestión extranjeras similares a AISGE a la que puedan pertenecer los titulares de derechos (artículos 4.2 y 4.3 de las normas de reparto).
25. El proceso de reparto y sus fases se describen en el artículo 10 del mencionado manual. Con base en lo previsto en sus normas, AISGE articula el reparto del derecho de comunicación pública, mediante un proceso en el que, (i) se fija la cantidad a repartir, (ii) se determina el importe que corresponde a la obra y, (iii) se establece el importe relativo a cada actuación artística.

26. Para determinar **la cantidad fija a repartir**, de la cantidad recaudada se deducen, las denominadas “deducciones estatutarias” (artículo 12 de las normas de reparto) que se concretan en :

- Un 10% que va destinado a sufragar actividades asistenciales.
- Un 10% que va destinado a sufragar actividades promocionales.
- Un porcentaje o tasa de administración y recaudación a determinar cada año, que está destinado a atender los gastos de la Entidad.

Dicho porcentaje es variable cada año en función del cálculo de contingencias, lo tiene que aprobar el auditor externo y la Asamblea General de socios. La tasa media de administración de los últimos 5 años, 2005-2009, ha sido de un 3,83% (folio 410), 3,96% en el ejercicio 2005; 3,45% en el ejercicio 2006; 2,84% en el ejercicio 2007 y 4,40% en el ejercicio 2008 (folio 1047).

- Un 10% de porcentaje de reserva general con la finalidad de hacer frente a cualquier reclamación relativa a las actuaciones artísticas objeto de reparto o distribución (folio 1574).

27. Para determinar **el importe de la obra** “se realizan las operaciones estadísticas y cálculos matemáticos necesarios para la distribución de las cantidades recaudadas entre las obras protegidas y explotadas por un determinado usuario o categoría de usuarios o de derechos” (artículo 14.2 de las normas de reparto).

En el caso de la comunicación pública en salas de exhibición cinematográfica el importe de la obra es el resultado de multiplicar el grado de comunicación pública de la obra por la cantidad a repartir (artículo 26 de las normas de reparto), donde el grado de comunicación pública se corresponde con el peso relativo de cada una de las obras, según los ingresos de taquilla (artículo 25).

Junto a estos criterios específicos y que son de aplicación en el caso del derecho de remuneración abonado por las salas de exhibición cinematográfica, también son de aplicación ciertas ponderaciones generales, recogidas en los artículos 15 a 17 de las normas de reparto.

Interesa a este respecto destacar lo previsto en el artículo 16 de las normas, ya que el mismo establece un factor de corrección en función de las actuaciones artísticas protegidas (actores, bailarines, dobladores y directores de escena) que es de aplicación a las diversas películas, al divergir éstas del mismo grado de protección de acuerdo con el TRLPI (no es lo mismo una película extranjera con doblaje, que una película europea sin doblaje, que una película española en cuanto a los criterios de reparto, de acuerdo con el TRLPI y materializado en la ponderación realizada por el artículo 16 de las normas de reparto). Establece el artículo 16.2 de las normas de reparto que:

- "...2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior se establecerán las siguientes ponderaciones:
 - Ponderación por 0,25, para las obras en las que se considere, a efectos de protección, sólo las actuaciones artísticas de voz.
 - Ponderación por 0,25, para las obras en las que se considere, a efectos de protección, sólo las actuaciones artísticas calificadas como no convencionales.
 - Ponderación por 0,50, para las obras en las que se considere, a efectos de protección, la concurrencia de actuaciones artísticas calificadas como no convencionales más actuaciones artísticas de voz.
 - Ponderación ajustada al derecho del intérprete cuando sea este únicamente el que resulte protegido por su fijación artística en una determinada obra, conforme a lo dispuesto en el artículo 164 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.
 - Ponderación por 1, para las obras restantes que no puedan incluirse en los apartados anteriores".
28. Para determinar **el importe que corresponde a cada artista** y que se corresponde con la cantidad del "importe obra", que corresponde a cada artista por cada utilización de sus actuaciones artísticas protegidas (artículo 10.d) de las normas de reparto), se sigue lo establecido en el Título IV de las normas de reparto. Este importe guarda relación con la categoría del artista que interviene en una obra cinematográfica (distinguiendo cuatro categorías), así como según el tipo de actuación artística de voz (estableciéndose para este tipo de actuaciones una sección específica en las normas de reparto (artículos 103 a 107).
- Una vez determinadas las distintas categorías intervinientes en una obra, se procede a determinar el porcentaje de reparto a cada una de las categorías, según lo establecido en el artículo 108 de las normas de reparto, estableciéndose asimismo unos sistemas subsidiarios para aquellos casos en los que el desglose según categorías no resulte viable. No es lo mismo una película extranjera con doblaje, que una película europea sin doblaje, que una película española en cuanto a los criterios de reparto, de acuerdo con el TRLPI y materializado en la ponderación realizada por el artículo 16 de las normas de reparto.
29. Finalmente, se procede a la **liquidación de cantidades**, esto es, el pago efectivo de derechos de remuneración a sus correspondientes titulares. Este último paso del proceso de recaudación, se recoge en el Título V de las normas de reparto que, en su artículo 108 establece que "la liquidación a Entidades

Extranjeras de repartos de los que resulten acreedoras de sus socios, se efectuará en función de los acuerdos de reciprocidad suscritos”.

D. Sobre los acuerdos de AISGE con entidades extranjeras de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual

30. Para hacer efectivo el derecho de remuneración a socios de entidades extranjeras, AISGE ha firmado acuerdos (folios 865 a 976) con diversas entidades: Sociedad Argentina de Gestión de Actores e Intérpretes (SAGAI), firmado el 1 de febrero de 2007; Screen Actors Guild (SAG, no es una entidad de gestión como tal, sino un sindicato que representa a artistas intérpretes que han participado en determinadas obras audiovisuales, tanto cinematográficas como televisivas), firmado el 30 de mayo de 2005; la entidad de gestión mejicana, Asociación Nacional de Intérpretes (ANDI) Firmado el 30 de mayo de 2005; con la peruana Asociación Nacional de Artista Intérpretes y Ejecutantes (ANAIE) firmado el 7 de diciembre de 2005; SWISSPERFORM firmado el 22 de mayo de 2007; con el Centro Nacional de derechos de Autor de Cuba (CENDA) firmado el 1 de mayo de 2006; Inter Artis Brasil-Associação de Gestão Coletiva de Artistas Intérpretes do Audiovisual do Brasil (IAB) firmado el 1 de mayo de 2006; Corporación de Actores de Chile (CHILEACTORES) firmado el 10 de diciembre de 2008 y con el Center for Performers' Rights Administration y el Japan Council of Performers' Organizations (CPRA/Geidankyo) firmado el 1 de mayo de 2009.

- El Acuerdo de representación recíproca entre AISGE y SAGAI (folios 865 a 877) recoge la obligación mutua de las dos entidades de gestión de intercambiarse las remuneraciones correspondientes, derivadas de los derechos de propiedad intelectual, y recaudadas por cada una de ellas en sus respectivos países. En concreto, el Acuerdo cubre la administración de los derechos de *“los actores o bailarines representados por cualquiera de las partes contratantes”* (Cláusula 3), estando obligada cada una de ellas a hacer efectiva la liquidación final a los artistas beneficiados.

El sistema de transferencia de la remuneración se desarrolla en el Anexo A del Acuerdo firmado entre las dos entidades, de tal manera que *“las cantidades totales se compensarán entre las partes y la cantidad resultante se pagará por la sociedad correspondiente no más tarde del 31 de diciembre”*. En caso de que la remuneración no pudiera pagarse a los artistas en un plazo de 5 años *“las cantidades se devolverían a la sociedad que las hubiera recaudado”* (cláusula 4 del Anexo A).

- Las cláusulas fundamentales, a efectos del presente expediente del acuerdo AISGE-SAG (folios 879 a 885), son las recogidas en los puntos 5 y 6 del apartado II del acuerdo en los que SAG reconoce a AISGE como única entidad de gestión legitimada para recaudar y repartir los derechos derivados de las obras audiovisuales en las que hayan participado los

miembros del SAG, así como el compromiso de AISGE de distribuir a través del SAG la remuneración debida a los artistas intérpretes de Estados Unidos en aplicación del TRLPI.

Por lo tanto, únicamente se benefician del contenido del acuerdo (cláusula 2), aquéllos artistas intérpretes que hayan otorgado el mandato al SAG para que este recaude en su nombre los derechos referidos. El sindicato, se compromete a asignar los pagos a los artistas intérpretes que representa, teniendo en cuenta la información proporcionada por AISGE y *“en aplicación de un sistema justo y proporcional, en la forma en que ha sido mandatado por sus miembros.”* (Cláusula 5.2).

- El acuerdo de representación recíproca firmado entre AISGE y ANDI (folios 887 a 895) no difiere en sus cláusulas de lo ya expuesto para el acuerdo con el SAG, limitándose a indicar la reciprocidad de las dos entidades para la gestión de los derechos correspondientes a sus asociados, así como la facultad de AISGE de recaudar los derechos derivados de la protección a la propiedad intelectual no regulados en el ordenamiento mejicano (manifestación número 9 y cláusula 2).
- Tampoco difiere el acuerdo AISGE-ANAIE (folios 897 a 906) en el que también se acuerda la reciprocidad de las partes para liquidar *“a aquéllos que hayan encomendado a las partes contratantes la gestión de sus derechos de propiedad intelectual”*.
- El acuerdo con la entidad de gestión suiza SWISSPERFORM (folios 908 a 923) también establece el régimen de reciprocidad, aunque con la particularidad de que esta entidad sí tiene reconocida la gestión de los mismos colectivos cuya representatividad a efectos de la reclamación del derecho a remuneración por comunicación pública tiene AISGE (Cláusula 2 del Acuerdo *“SWISSPERFORM is representing all performers in the audiovisual field: actors, including dubbing actors, singers, dancers and directors of stage performances”*).
- El Acuerdo entre CENDA y AISGE (folios 925 a 927) se limita a ser un convenio por el que AISGE abona a los actores cubanos los derechos intelectuales generados en territorio español a través de CENDA. Para que CENDA pueda hacer efectiva esa retribución, se pacta entre las dos entidades la obligación de AISGE de enviar todos los documentos necesarios a CENDA para proceder al alta, como miembros adheridos a la entidad de gestión de los actores cubanos que figuren en la relación aportada por AISGE (estipulación Primera). Una vez que estos actores figuran como miembros adheridos a CENDA, AISGE asume el compromiso de enviar a CENDA las liquidaciones (estipulación Tercera). Para la realización de todo ello, AISGE asume el compromiso de dotar a

CENDA de una cantidad económica no inferior al 5% de las liquidaciones por cada reparto (estipulación Octava).

El 1 de julio de 2006, se firma por ambas entidades una Adenda al Convenio Especial de Pago entre AISGE y CENDA (folios 928 y 929) por el que CENDA deberá comunicar a AISGE aquellos actores cubanos beneficiarios de los derechos recaudados por AISGE cuya residencia no esté en Cuba, de los que CENDA no puede hacerse responsable del pago, para excluirlos del pago que AISGE haga al CENDA. Se mantiene la cantidad económica no inferior al 5% de las liquidaciones de cada reparto con el compromiso de AISGE de asumir todos los gastos de gestión derivados del reparto definitivo realizados por el CENDA y que superen la proporción establecida.

- El Acuerdo de representación recíproca entre AISGE e IAB (folios 931 a 944) recoge estipulaciones similares a las analizadas en el acuerdo entre AISGE y SAGAI. En este sentido, también se establece entre la entidad española e IAB que las cantidades se compensarán entre las partes y la cantidad resultante se pagará por la sociedad correspondiente no más tarde del 31 de marzo del siguiente año y la previsión de que si la remuneración no pudiera pagarse a los artistas en un plazo de 5 años, las cantidades se devolverían a la sociedad que los hubiere recaudado (cláusula 4 en sus apartados 2 y 3 respectivamente).
- Idénticas previsiones se recogen en la cláusula 4 del acuerdo de representación recíproca suscrito entre AISGE y CHILEACTORES (folios 946 a 959) con la única excepción de la fecha para el pago de la cantidad resultante tras la compensación que, en este caso se fija a 31 de diciembre.
- En el caso del acuerdo bilateral firmado entre AISGE y CPRA/GEIDANKYO (folios 961 a 974), se establece que la segunda de las entidades únicamente gestiona el derecho a compensación equitativa por copia privada a favor de AISGE (Declaración 2), mientras que asume el compromiso de hacer efectivos todos los derechos gestionados por AISGE en virtud del TRLPI. Se excluyen del reparto, en virtud de la cláusula 2.3 del contrato a los bailarines y directores de escena, ya que estos colectivos no figuran dentro de los colectivos gestionados por la entidad japonesa. Al igual que ya se ha observado en otros convenios, en éste también se establece la devolución de las cantidades que no hubiera sido posible liquidar en un plazo de 24 meses desde que se efectuó el ingreso a la entidad recaudadora (artículo 3.7 del Anexo A).

31. La existencia de estos acuerdos con entidades extranjeras no es una cuestión baladí, puesto que, de acuerdo con los datos de cuota de pantalla aportados por AISGE (folio 408) y utilizando éstos como una variable *proxy* para

determinar el porcentaje de recaudación que AISGE debe gestionar a través de estos acuerdos, se llega a la conclusión de que el 40,68% del total recaudado por la entidad de gestión se liquida por entidades distintas a AISGE.

País	Entidad/Organización	Cuota de pantalla
Argentina	SAGAI	0,91%
Estados Unidos	SAG	37,25%
Méjico	ANDI	0,46%
Perú	ANAIE	0,03%
Suiza	SWISSPERFORM	0,32%
Cuba	CENDA	0,08%
Brasil	IAB	0,13%
Chile	CHILEACTORES	0,14%
Japón	CPRA/GEYDANKYO	1,36%

Fuente: Folio 408

32. Efectuado el reparto, y siempre que no haya sido posible llevar a efecto la liquidación entra en juego el régimen de prescripción. Así, los titulares de derechos que son miembros de AISGE o de una entidad extranjera con la que ésta tenga suscrito un acuerdo bilateral, en el momento en que se efectúa el reparto tienen un plazo de cinco años (salvo que se acuerde lo contrario en los convenios bilaterales) para reclamar las cantidades que les corresponden. Respecto de aquellos titulares que no son miembros de la Entidad, se prevé un plazo prescriptivo de quince años. Una vez agotados los plazos de prescripción, del montante total de las cantidades prescritas se destina un 75% a actividades asistenciales y el otro 25% a incrementar los recursos económicos de la Entidad para hacer frente a gastos de gestión y/o administración (folio 414).
33. Actualmente, existe un 7,73% de estas cantidades no liquidadas por AISGE (folio 1048), sin que haya prescrito el derecho de reclamación en ninguno de los casos afectados por esta situación. En este porcentaje no se incluyen las cantidades entregadas por AISGE a entidades extranjeras, y que no hayan podido ser repartidas a sus titulares, en cuyo caso, al cabo de 5 años (o el plazo inferior acordado), serían devueltas a AISGE.

E. Sobre los convenios de FECE con otras entidades de gestión colectiva

34. A solicitud de AISGE se han incorporado al expediente los convenios que FECE ha suscrito en el pasado, y que mantiene en la actualidad con las sociedades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. Se trata de un total de siete convenios sucesivos (algunos son solo prorrogas) entre FECE y SGAE y FECE y DAMA hasta 2005 y entre FECE, SGAE, y DAMA desde 2006 hasta la actualidad.

35. Estos convenios, firmados desde 1991 hasta la actualidad (folios 3145-3184) se componen de una Tarifa General para la exhibición de obras cinematográficas en salas comerciales, sobre las que se aplica una bonificación determinada. La Tarifa General en 1990 era del 1,55%; en 1992 del 1,7%; en 1993 del 1,85% y en 1994, hasta la actualidad del 2%. Sobre dicha tarifa general se les aplicaba a las salas de cine respectivamente descuentos del 14, 15, 16 y 17%, además de una bonificación del 25% para aquellas salas cuya facturación anual no superase los 10 millones de pesetas en 1990 y los 15 millones de pesetas en 2001. En el momento actual la Tarifa General es del 2% y la real derivada de los convenios es 1,66%. Se aplica sobre la recaudación de taquilla de las salas comerciales.

F. Sobre el documento “Bases de cálculo del tipo tarifario en el derecho de comunicación pública de salas de exhibición cinematográfica “ de abril de 2005

36. AISGE ha incorporado al expediente en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución el documento antes reseñado. El mismo está fechado en abril de 2005. El documento concluye con que la Tarifa General debe ser del 1,5%. Y sobre él a instancias del Consejo, en preguntas dirigidas a AISGE y a FECE se constata lo siguiente:
- Que el documento se ha elaborado por los servicios internos de AISGE, bajo la dirección del Director de Repartos y en colaboración con otros departamentos.
 - Que no se recuerda la fecha exacta de encargo.
 - Que se trataba de un documento interno de trabajo.
 - Que el mismo no fue objeto de difusión externa alguna.
 - Que FECE declara no haber conocido su existencia hasta la aportación del mismo en este expediente, ni tampoco sus resultados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Normativa de aplicación

El objeto de la presente Resolución es determinar si ha existido infracción de la normativa de competencia española y de la Unión Europea por parte de AISGE, como le ha sido imputado por la Dirección de Investigación. La infracción del artículo 2 LDC y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea abarcaría desde el año 2005 hasta la actualidad.

La conducta se habría iniciado por lo tanto estando vigente la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y habría continuado bajo la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que entró en vigor el 1 de septiembre

de 2007 En casos como el presente, en los que la conducta se extiende en el tiempo durante el plazo de vigencia de dos normas (la Ley 16/1989 y la Ley 15/2007), de acuerdo con el art. 128 de la Ley 30/1992, el Consejo ya ha manifestado anteriormente (RCNC S/0037/08 Seguro Decenal, de 12 de noviembre de 2009) que es necesario aplicar una de las dos, debiendo optar por aquella que resulte más beneficiosa para la empresa imputada conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable para el infractor en el caso en concreto.

Ambas normas prohíben en a sus artículo 6 y 2 respectivamente, la misma conducta, “(...) *la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional*”. Por tanto, a efectos de la calificación jurídica de los hechos declarados probados, no tiene ninguna relevancia aplicar una u otra Ley de defensa de la competencia. En casos como este, en los que la aplicación de una y otra resulta neutra atendiendo a los derechos de los imputados, podría optarse por aplicar en lo sustantivo, cualquiera de las ellas. En ocasiones anteriores, el Consejo, en ausencia de beneficio alguno, ha optado por aplicar la Ley 16/1989 como Ley sustantiva aplicable a la conducta imputada, a su calificación y a su sanción. En el caso presente la Dirección de Investigación imputa la infracción del art.2 de la Ley 15/2007, sin que las partes hayan alegado nada al respecto. La incoación del expediente se produjo el 24 de marzo de 2010, por lo que su tramitación se ha realizado conforme a las normas procesales de la Ley 15/2007, pues así resulta a contrario de la Disposición transitoria primera.1 de la misma. Ante estas circunstancias, y sin que exista beneficio ni perjuicio alguno para para las interesadas en este expediente, se aplicará en lo formal y en lo sustancial la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia las conductas aquí analizadas.

AISGE alega ante el Consejo, como ya hiciera ante la Dirección de Investigación, que en las conductas imputadas en la Propuesta de Resolución no existe afectación al comercio intracomunitario.

El Consejo comparte la valoración de la Dirección de Investigación de existencia de afectación del comercio comunitario de las conductas imputadas en este expediente, dado que las prácticas analizadas son susceptibles de afectar a la competencia en el mercado comunitario, puesto que una empresa comunitaria exhibidora de películas que esté instalada o se instale en España puede ver mermada su capacidad competitiva si tiene que enfrentarse a tarifas de AISGE que resulten discriminatorias e inequitativas. En el mismo sentido se ha pronunciado ya en anteriores resoluciones como en *la reciente resolución del expediente 2785/07 “Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión AIE”*:

“La Resolución de 9 de diciembre de 2008 (expte. 636/07, Fonogramas, confirmada por SAN de 10 de marzo de 2010), relativa al derecho a una remuneración de productores y artistas por la comunicación pública de fonogramas, señaló que “el TJCE ha establecido de forma reiterada y

constante que el territorio de un Estado miembro es una parte sustancial del mercado común (entre otras, STJCE de 9 de noviembre de 1983, Michelin). En consecuencia cuando una conducta afecta, aunque sea potencialmente a la totalidad del territorio español (que constituye una parte sustancial del mercado común), el artículo 82 TCE será plenamente aplicable, y así resulta por lo demás de la propia praxis del TDC (Resolución de 27 de julio de 2000, Expte 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual)". Yen la más reciente Resolución de 23 de julio de 2009 (Expte. 651/08, AIE/T5, FD 5º), relativa al mismo derecho que es objeto de este expediente, el Consejo sostuvo que: "... AIE cobra una remuneración por toda comunicación pública de grabaciones audiovisuales y en ese repertorio también intervienen artistas intérpretes o ejecutantes musicales de otros Estados miembros de la Unión Europea, puesto que la legislación española reserva a esta entidad de gestión colectiva el derecho irrenunciable e indisponible de cualquier artista intérprete o ejecutante musical, con independencia de su nacionalidad. Por tanto, cuando haya una comunicación pública de una grabación audiovisual, quedará afectado el comercio intracomunitario, en la medida en que las tarifas afecten a los derechos de esos artistas intérpretes o ejecutantes musicales comunitarios". Dicha protección a los artistas intérpretes o ejecutantes comunitarios viene establecida en el artículo 106 del TRLPI citado en el HA 8.

SEGUNDO.- Delimitación de las conductas imputadas. El objeto de la presente Resolución

La presente Resolución debe resolver sobre la existencia de la infracción imputada por la Dirección de Investigación en su PR al considerar que: *"ARTISTAS E INTÉRPRETES SOCIEDAD DE GESTIÓN ha infringido el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, incurriendo en un abuso de posición de dominio en el mercado de gestión del derecho de remuneración por comunicación pública de las actuaciones de los artistas, intérpretes o ejecutantes en la forma de proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales, desde 2005 hasta la actualidad, por establecer unilateralmente unas tarifas generales no equitativas por los derechos de comunicación pública que administra, y por llevar a cabo prácticas de discriminación no justificadas objetivamente a la hora de establecer las tarifas efectivamente cobradas a los cines."*

En el Pliego de Concreción de Hechos, fundamenta sus imputaciones partiendo del hecho de que AISGE disfruta de una posición de dominio *como entidad de gestión en exclusiva autorizada* en el mercado relevante en el que opera y que define como el de *"mercado de la gestión del derecho de remuneración por comunicación pública de las actuaciones de los artistas, intérpretes o ejecutantes en la forma de proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales"*.

Los titulares de salas de exhibición cinematográfica que demandan grabaciones audiovisuales para proyectar una película, deben obtener una autorización del titular exclusivo del derecho, tal y como recoge el artículo 108.1 del TRLPI. Se presume que el titular exclusivo del derecho, el artista, cuando firma un contrato con un productor para la producción de una obra audiovisual cede al productor el derecho de puesta a disposición al público, pero no así la remuneración por esa comunicación pública que tiene un carácter irrenunciable por parte del artista intérprete o ejecutante. Dicha remuneración debe hacerse efectiva obligatoriamente a través de una entidad de gestión, siendo AISGE la única entidad de gestión que administra los derechos de los artistas intérpretes no musicales en lo referente a las obras audiovisuales. Así, AISGE es en la actualidad el único operador en España que, por cuenta de los artistas intérpretes, realiza los actos necesarios para que las salas de exhibición cinematográficas puedan hacer efectivo ese derecho de remuneración equitativa y el colectivo objeto de representación pueda recibir la remuneración equitativa a la que hace referencia el artículo 108 del TRLPI. El exhibidor cinematográfico que quiere exhibir una determinada obra deberá satisfacer los derechos de propiedad intelectual afectados a dicha obra, sin que exista sustituibilidad alguna por el lado de la demanda. Tampoco existe sustituibilidad alguna por el lado de la oferta, ya que AISGE gestiona en exclusiva dichos derechos. Consecuentemente, a los efectos del presente expediente, *la Dirección de Investigación "(...) considera que existe un mercado de producto relevante de gestión del derecho de remuneración por comunicación pública de las actuaciones de los artistas, intérpretes o ejecutantes en la forma de proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales"*.

Respecto al ámbito geográfico de dicho mercado, dado que AISGE opera, como entidad de gestión autorizada, únicamente en el territorio español, al igual que el resto de las entidades de gestión, tal y como se deriva del artículo 147.1 del TRLPI, éste se considera nacional, sin perjuicio que AISGE gestione los derechos correspondientes de los artistas, dobladores, bailarines y directores de escena de los Estados Miembros de la Unión Europea".

En cuanto a la conducta, la Dirección de Investigación entiende que partiendo de una posición de dominio en el mercado, AISGE habría incurrido en un abuso de dicha posición, en el sentido del artículo 2.2.a) y d) LDC, y 102 TFUE, a través de su política de fijación de la denominada Tarifa General y de su aplicación.

La Dirección de Investigación valora que AISGE ha incurrido en (i) falta de transparencia en los criterios de fijación y aplicación efectiva de las tarifas; (ii) falta de transparencia en la implementación práctica del sistema de reparto de los derechos recaudados; (iii) fijación, desde 2005, de unas tarifas generales inequitativas y la utilización de estas tarifas generales como instrumento de presión en las negociaciones con los exhibidores; (iv) falta de correspondencia entre los criterios de aplicación efectiva de las tarifas, y los criterios de reparto de esta

recaudación; y (v) discriminación entre exhibidores a la hora de fijar las tarifas efectivamente pagadas por los mismos.

La falta de transparencia de AISGE en su proceder le habría permitido fijar, en 2005, una Tarifa General sin que se hayan conocido los criterios económicos que han llevado a dicha tarifa y a sus bonificaciones. Una vez firmado el III Convenio, o los convenios individuales con salas de cine que se firmaron desde el año 2005, se observa una falta de correspondencia entre la Tarifa General fijada y las tarifas realmente aplicadas, que son significativamente menores que la Tarifa General, sin que se haya ofrecido fundamento alguno que lo justifique. De igual manera no hay correspondencia entre las bonificaciones de los contratos individuales firmados entre 2005 y 2007, con los del III Convenio firmado y los convenios posteriores.

Esa falta de transparencia también se manifiesta con respecto a la política de reparto entre los beneficiarios de los importes recaudados, ya que se desconocen los criterios de reparto. Este desconocimiento limita la capacidad de negociación de las tarifas con AISGE, impidiendo que se negocien tarifas acordes con el reparto, es decir, en función del uso efectivo. Del total de lo recaudado, AISGE declara que no reparte un 7,73 %, pero la Dirección de Investigación estima que esta cantidad podría ser mayor si se tienen en cuenta que de las cantidades entregadas a entidades extranjeras podría haber también una parte no repartida, y en caso de que no se liquide todo, estas sociedades extranjeras devuelven a AISGE lo no repartido. Tampoco existe reciprocidad total, salvo con Suiza, pues las demás agencias no tienen protegidos exactamente los mismos derechos que AISGE. El carácter abusivo de las tarifas también se manifestaría porque las mismas no se terminan repartiendo efectivamente a los titulares de los derechos protegidos en cuestión. En conclusión, la falta de transparencia en los criterios impide evaluar si las tarifas son equitativas, por lo que hay que recurrir bien a la comparación con tarifas de entidades del entorno internacional, a la comparación con el valor económico de la prestación que se pretende remunerar; o a la proporción entre las Tarifas Generales y las realmente aplicadas.

Adicionalmente la Dirección de Investigación valora que las TG se han usado como elemento de presión en las negociaciones con AISGE. La desproporción es un eficaz elemento de presión

Además AISGE mantiene criterios radicalmente separados para la fijación de las tarifas de recaudación y para las de reparto. Se obstruye la recaudación en función del uso.

Por último habría discriminación entre las tarifas aplicadas a unos y a otros competidores, en concreto entre unas y otras salas de cine en la firma de convenios individuales entre 2005 y 2007 pues las tarifas aplicadas a unos y otros serían distintas, y estas diferencias vienen determinadas por el sistema de descuento utilizado por AISGE en las negociaciones. La Dirección de Investigación valora que existe discriminación al haber aplicado AISGE a dos salas de cine unas

tarifas superiores a las otras seis con las que las compara para la misma prestación.

Analizadas las alegaciones recibidas al Pliego de Concreción de Hechos, en la Propuesta de resolución la Dirección de Investigación mantiene que la falta de transparencia ha provocado la existencia de discriminación (por no saber los criterios de reparto ni los criterios para las bonificaciones aplicadas) y la existencia de inequidad (al no poderse ver la relación entre el valor económico del derecho que se pretende remunerar y las tarifas generales y las realmente aplicadas). AISGE primero recauda por todas las obras y luego analiza si están o no protegidas, como es el caso de las proyecciones de obras de EEUU.

Las tarifas generales son inequitativas porque no tienen en cuenta el valor económico de la prestación que se pretende remunerar. La Dirección de Investigación no cuestiona el nivel de las TG de 1995, sino que en 2005 prácticamente se han duplicado sin justificación alguna, sin que las alegaciones de AISGE aportadas por AISGE, como son la comparación con el nivel de la TG de SGAE; la incorporación desde 1995 de colectivos que no estaban protegidos antes; el aumento de interpretaciones protegidas como consecuencia de las coproducciones y los estrenos protegidos –generan derechos si se estrenan dentro de los 30 días desde el primer estreno mundial-; o los informes económicos aportados tras el PCH (estudio de la consultora NERA de 2009, estudio del ICAA o el de Metroscopia), hayan inducido un cambiado en la valoración de los hechos de la Dirección de Investigación. La Dirección de Investigación considera que solo la comparación con la TG de SGAE, y el que se hayan incrementado el número de actuaciones protegidas por la entidad, guardaría relación directa con la fijación de la TG de AISGE, pero ninguno de ellos está justificado en el expediente.

Consecuentemente propone al Consejo de la CNC que resuelva que AISGE ha infringido el artículo 2 LDC y 102 TFUE y que imponga las sanciones correspondientes a dicha infracción.

TERCERO.- Las alegaciones de las partes interesadas

Las partes han presentado sus alegaciones a la Propuesta de Resolución repitiendo algunas de las que ya realizaron al Pliego de Concreción de Hechos y que fueron contestadas por la Dirección de Investigación.

AISGE comienza sus alegaciones con una de carácter general, como es que ni en el Pliego de Concreción de Hechos ni en la Propuesta de Resolución, se prueba conducta alguna que suponga una inobservancia de AISGE respecto a ninguna norma, ni que ninguna norma impone, o exige dichas conductas. Las mismas solo existirían apuntadas en el informe de la CNC de 2009 sobre la gestión colectiva de Derechos de Propiedad Intelectual, y la Dirección de Investigación estaría tratando de acomodar los hechos a las conclusiones de dicho informe.

El Consejo no puede sino disentir de tal alegación, pues la imputación realizada por la DI contra AISGE si se basa en la inobservancia de una norma, la Ley de Defensa de la Competencia, y no, como alega AISGE en la inobservancia de un informe de la CNC. Confunde AISGE el que su conducta no sea, o no se haya planteado que lo sea, reprochable desde la óptica de las normas sectoriales como el TRLPI, con que si pueda serlo desde la óptica de la Ley de Defensa de la Competencia. El que la legislación sectorial ampare que AISGE pueda fijar las tarifas generales a aplicar para hacer efectivo el derecho de remuneración de la comunicación pública de actores, bailarines y directores de escena, no conlleva que la fijación de esa tarifa, por la forma en la que se realice, no pueda ser objeto de una declaración de infracción de las normas de competencia tanto nacionales como comunitarias, tal y como propone la DI. No existe en toda la normativa sectorial bajo la que AISGE desarrolla su actividad ningún precepto que exceptúe a AISGE, u otras sociedades de gestión colectiva, del deber de observancia de la normativa de competencia.

Su primera alegación específica la centra en la solicitud de inicio del procedimiento de Terminación Convencional denegada por la Dirección de Investigación, comparándola con la RCNC S/0156/09 AISGE, de 23 de marzo de 2011, y aporta los principios que regirían los compromisos que se podrían alcanzar a través de una Terminación Convencional. AISGE ya presentó ante el Consejo de la CNC un recurso contra la decisión de la DI de no iniciar el procedimiento de terminación convencional previsto en la normativa, lo que motivo que el Consejo se pronunciase ya sobre esta cuestión en la RCNC R/071/ AISGE 2, de 30 de junio de 2011, en la que el Consejo desestimó motivadamente dicho recurso. Y contra esta Resolución de la CNC AISGE ha interpuesto recurso ante la Audiencia Nacional, que está pendiente de fallo.

Su segunda alegación se centra en las conductas imputadas a AISGE. Sobre la inequidad de la Tarifa General, por falta de relación con el valor económico del bien a remunerar, insiste AISGE en las justificaciones dadas a la Dirección de Investigación que justificarían el paso de una tarifa del 0,8 % al 1,5%, a saber: (i) la comparación con la tarifa de SGAE en el 2%, que nunca ha sido tachada de inequitativa; (ii) la incorporación de nuevos colectivos a AISGE en 2000 como son los dobladores, bailarines y directores de escena, pues con el 0,8% se remuneraba solo a los actores; (iii) el aumento exponencial de sucesos protegidos, se incrementaron las coproducciones UE y EEUU, se incrementaron los estrenos simultáneos o dentro de los 30 días y la suscripción del nuevo y único acuerdo entre SAG-EEUU y AISGE; (iv) los informes económicos y encuestas que avalan el valor cualitativo y cuantitativo de la prestación actoral en la obra cinematográfica, superior al valor que aportan otros colectivos receptores de derechos de propiedad intelectual como son los directores y guionistas; y (v) la justificación del 1,5 % como media ponderada obtenida después de un exhaustivo estudio de distintos escenarios sobre la base de la información obtenida el año anterior.

Respecto a la falta de correspondencia entre los criterios de aplicación efectiva de la tarifa y los criterios de reparto de la recaudación, alega que no hay norma que exija tal correspondencia, aunque AISGE la aplica, de forma que no hay cantidades pendientes de asignar, sino que está totalmente distribuida toda la recaudación. La referencia que hace la DI de la existencia de un 7,73% sin repartir no es tal, sino que es un 5,54 % y además no significa que dicha cantidad no se vaya a repartir, sino que queda para pagar reclamaciones a nuevos titulares no identificados o no cubiertos por convenios con entidades extranjeras en el momento del reparto anual ordinario. En el cálculo del 1,5 % como media ponderada alega AISGE que hay una estrecha correspondencia entre los criterios de reparto y los criterios que conforman la base de la tarifa media porcentual.

Con respecto a la discriminación entre exhibidores, alega la inexistencia de tal discriminación, de forma que solo dos empresas habrían resultado desfavorecidas de entre un colectivo de ochocientas, y que dichas diferencias habrían supuesto un total de 6.500 € por todo el periodo 2005-2006, por lo que no habría habido daño real y efectivo. Hubo regularización con carácter retroactivo para el periodo 2005 a 2007. Respecto a las bonificaciones estas estarían justificadas en la “economía de costes” como son ahorro de costes de gestión, por pronto pago, o incentivos a la promoción del cine rural.

Este grupo de alegaciones serán contestadas a la hora de valorar la ilicitud de la conducta, en fundamento de derecho posterior.

En tercer lugar alega sobre los perjuicios y el informe de la CNC de 2009 sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. Alega AISGE que la Dirección de Investigación, en su propuesta de resolución, propone sancionar a AISGE por cumplir con un modelo, el TRLPI, que según el informe de la CNC ha de ser modificado para crear un modelo más favorable a la competencia, y afirma que con este expediente la CNC está intentando implementar el modelo que considera óptimo, alejado del actual marco legal.

Lo que la Dirección de Investigación propone al Consejo es sancionar a AISGE por una infracción del artículo 2 LDC y 102 TFUE, y no, como trata de tergiversar ésta, por cumplir con el modelo del TRLPI. El modelo del TRLPI, como lo denomina AISGE, ampara la creación de AISGE, su actividad, y su competencia para establecer tarifas, pero no que las mismas se fijen de forma inequitativa, ni que se apliquen de manera discriminatoria, como la DI considera que ha ocurrido en el presente expediente. La CNC actúa, bajo la LDC, bien a través de procedimientos sancionadores, bien a través de la promoción de la competencia. El informe al que AISGE se refiere se enmarca bajo esta última competencia, con el único objeto de contribuir a que la gestión colectiva de los derechos amparados bajo el TRLPI pueda ser desarrollada en un marco de libre competencia en beneficio de todos los agentes implicados, entre ellos los propios perceptores de la remuneración a la que el TRLPI les da derecho. Otro ámbito de actuación de la CNC bien distinto es el procedimiento sancionador bajo el que se encuentra la conducta desarrollada por

AISGE a la hora de fijar sus tarifas generales en 2005 y de aplicar tarifas convenidas con las salas de cine entre 2005 y 2007. Por ello, la alegación presentada por AISGE no deja de ser una apreciación subjetiva carente de fundamento.

Por último insiste en una serie de aspectos que considera como esenciales para la correcta resolución del expediente, como son que : (i) hay una manipulación de FECE, al estar instrumentalizado este expediente para reducir o topar los pagos por derecho de autor, y que la Dirección de Investigación se habría convertido en su aliado, colocando a AISGE en una situación de presión para reducir la TG con argumentos injustos, arbitrarios e irracionales; (ii) que existe tensión entre la actual TRLPI y la LDC, pero la primera impone obligaciones de fijar la TG; (iii) que se han incumplido el principio de la presunción de inocencia y el principio de tipicidad; (iv) que el sentido que la CNC quiere dar a la gestión colectiva es diferente al que regula el TRLPI; (v) que el repertorio gestionado por AISGE es absolutamente relevante en las obras o grabaciones audiovisuales, siendo su valor muy superior al que gestionan las demás entidades de gestión, y que nunca se ha cuestionado la tarifa de la SGAE, notablemente superior a la de AISGE, siendo el repertorio de AISGE superior al de SGAE. Alega que los costes de producción asignados a los actores son 8 veces superiores a los de otros creadores, y por tanto el valor del derecho protegido por AISGE debe ser muy superior al valor del derecho protegido por SGAE, y que la valoración de los bienes intangibles, especialmente en el caso de los derechos de propiedad intelectual, debe hacerse desde el punto de vista de las utilidades que aportan, más que desde el punto de vista de los costes. Los proyectos cinematográficos nunca se ponen en marcha sin el compromiso escrito de los actores, pues de que sean unos u otros depende el éxito de taquilla, lo que demuestra el alto valor de su imagen y actuación; (vi) que la recaudación y reparto son fases bien diferenciadas y no hay falta de transparencia en la liquidación de los derechos recaudados; y (vii) que la TG representa una media ponderada de supuestos respecto a los distintos derechos contenidos en las distintas obras exhibidas, y la composición de la taquilla de un año sobre la cantidad de cada uno de esos tipos de obras.

Debe insistir el Consejo en que lo que debe valorarse en este expediente es la existencia o no de infracción de las normas de competencia, nacionales y comunitarias, basándose en los hechos acreditados a lo largo de toda la instrucción y resolución. De ahí que otras valoraciones como el posible intento de instrumentalización de FECE del presente expediente para conseguir tarifas menores, deban quedar al margen de esta Resolución, pues lo que se juzga es si hay o no infracción, independientemente de qué sujetos puedan verse beneficiados o no con la misma, o de qué fines persiga el denunciante.

AISGE alega al acuerdo del Consejo sobre prueba y vista al haber considerado éste, erróneamente, que la parte no había solicitado la celebración de vista ante el Consejo. Insiste en sus argumentos para que se celebre la misma, a saber: que

garantizaría la adecuada protección de los derechos fundamentales cuya tutela no ha sido garantizada por el órgano instructor; que hay una controversia sobre la valoración de la prueba y que la Dirección de Investigación ha determinado incorrectamente los hechos imputados; y que la misma es necesaria para garantizar la independencia del órgano resolutorio, el Consejo, *“(..) para evitar la contaminación en el juicio de los elementos probatorios respecto del instructor” y “la vista es un instrumento indispensable para que el Consejo tenga los elementos de juicio necesarios de primera mano, sin intermediarios que condicionen su fallo y sin que le afecten los errores que pueda arrastrar el procedimiento hasta la fecha”*. Insiste en que la CNC ha vulnerado su derecho de defensa, que el Consejo ha vulnerado de forma fragante el principio de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad que la administración viene obligada *“al respecto al ciudadano al que hay que oír antes de adoptar decisiones que inciden en su esfera de derechos”*; y considera *“evidente que el Consejo (...) parte de una idea preconcebida: “AISGE es la parte fuerte y abusa de su posición de dominio” y, selecciona, de entre todas las pruebas y argumentos que obran en el expediente, aquellos que dan sustento a dicha premisa. Ante este modo de obrar, la indefensión en que la DI sitúa a AISGE, le obliga a defenderse, no solo frente a quien formula la denuncia, sino, y lo que es más grave, frente a quienes instruyen y resuelven el presente expediente sancionador”* (énfasis y subrayados originales).

La celebración de vista es un instrumento más que la LDC regula en su art.51.3 para llevar a cabo la instrucción y resolución de un expediente. Dicha regulación establece que las partes podrán solicitar la celebración de una vista ante el Consejo, y que éste podrá acordar la celebración de la misma, es decir, dicha celebración es potestativa del Consejo. En el caso que nos ocupa el Consejo valora que existe acreditación suficiente en el expediente sobre los hechos relevantes para resolver las cuestiones que se someten a su juicio.

Y respecto a las razones alegadas por AISGE, centradas en las insinuaciones sobre una instrucción sesgada de la Dirección de Investigación, y en la necesidad de que el Consejo obtenga la información “de primera mano” el Consejo no puede estar en más desacuerdo. AISGE ha presentado prolijas alegaciones por escrito de forma continuada a lo largo de toda la fase de instrucción y de resolución: al Pliego de Concreción de Hechos, a la Propuesta de Resolución, al acuerdo de prueba y vista, a las pruebas realizadas, además de recursos al Consejo contra decisiones de la Dirección de Investigación. La totalidad de dichos escritos forma parte del expediente de manera inalterada, como no puede ser de otra manera, por lo que el Consejo ha conocido de primera mano todas y cada una de las razones aportadas por AISGE en sus cientos de páginas de alegaciones e informes aportados y todas y cada una de sus infundadas acusaciones de parcialidad contra los órganos instructor y resolutorio de la CNC. Todas ellas han sido valoradas por el Consejo, y contestadas en la presente resolución, y consecuentemente no encuentra razones para la celebración de vista solicitada por las partes.

Respecto a las pruebas practicadas ante el Consejo, AISGE alega que el Documento de abril de 2005, aprobado finalmente el 26 de junio de 2005, fue elaborado en el marco de la revisión y posterior reforma de las normas de reparto de AISGE y de la negociación del acuerdo Screen Actors Guild (SAG-EEUU), con quien había habido un proceso judicial entre 2003 y 2005 por la reclamación de SAG de las cantidades recaudadas que correspondían a sus miembros. Que la tarifa se basa en las características de una “obra cinematográfica modelo o tipo “, desarrollada a partir de las obras cinematográficas exhibidas en España hasta la fecha y que “el tipo tarifario del documento (...) implicó la **CONVERSION DIRECTA** de los **indicadores de reparto**, es decir, de los valores asociados a cada obra en la distribución, según su grado de protección legal, en un posible tipo tarifario (...)”. Dicho documento, actualizado, se tomó como base para una propuesta de Terminación Convencional.

Por último, practicadas las pruebas en fase de resolución, AISGE ha procedido a presentar al Consejo su valoración de las mismas. Ante la respuesta de FECE de que no ha tenido conocimiento alguno de la existencia del documento de 2005, AISGE considera que de la prueba practicada y las respuestas dadas tanto por AISGE como por FECE, se infiere que FECE fue informada de los resultados del análisis que contiene dicho documento en el marco de negociación del tercer convenio, y que también conocía el repertorio de AISGE y los elementos precisos para valorar el precio por el uso efectivo del mismo, y por tanto los elementos para valorar la equidad de la tarifa. AISGE dio la oportunidad a los exhibidores de negociar unas tarifas que tuviesen en cuenta el uso efectivo del repertorio, pero fue FECE quien lo rechazó.

Con respecto a la prueba realizada a propuesta de AISGE sobre los convenios firmados entre FECE y otras sociedades de gestión colectiva de derechos, y que AISGE consideraba esencial y relevante para desacreditar la imputación de la que ha sido objeto en la propuesta de resolución, AISGE valora que en todos ellos la tarifa se fija como un porcentaje sobre los ingresos de explotación; que la tarifa del 2% de la SGAE es un referente válido para la fijación de la tarifa de AISGE ; y que las bonificaciones pactadas por FECE con otras entidades de gestión constituyen una práctica reiterada en el sector, y cuantitativamente son equiparables a las bonificaciones pactadas por FECE con AISGE, además de ser una práctica que responde a causas objetivas y tienen su fundamento en la mayor eficacia y eficiencia de la gestión y el ahorro de costes de negociación y gestión. No ha habido discriminación alguna entre los convenios individuales firmados por AISGE, pues la bonificación del 7,5% por pertenecer a FECE es proporcionado en términos económicos con la reducción de costes de transacción que la asociación genera mediante sus actuaciones de cara a la entidad de gestión.

FECE , en sus alegaciones a la propuesta de resolución, comparte la calificación jurídica de los hechos denunciados contenida en la propuesta de resolución, y que la conducta de AISGE es abusiva por: la falta de transparencia en los criterios de

fijación de las tarifas y en el repertorio gestionado por AISGE; el carácter inequitativo de las tarifas generales aprobadas por AISGE; la utilización de las tarifas generales como elemento de presión en las negociaciones; y la falta de correspondencia entre los criterios de recaudación y de reparto. FECE alega que la infracción debe ser calificada de muy grave, atendiendo a la tipificación establecida en el artículo 62.4 LDC, y que concurren circunstancias agravantes en el caso actual como son comisión repetida de infracciones tipificadas en la LDC, al haber sido AISGE previamente sancionada por las autoridades de defensa de la competencia españolas (RTDC 465/99 Propiedad Intelectual Audiovisual, de 27 de julio de 2000, ratificada por la AN y el TS) y la adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas, al haber utilizado la existencia de una estrategia negociadora y judicial abusiva para forzar el efecto dañino de su conducta.

En el escrito de valoración de prueba, FECE alega que la prueba no ha hecho sino ratificar las conclusiones de la propuesta de resolución, pues la misma corrobora la inexistencia de justificación objetiva alguna para el incremento de las tarifas generales de AISGE realizadas unilateralmente en 2005. Ninguna de las justificaciones dadas por AISGE, a saber: comparación con la tarifa de SGAE; incorporación de colectivos protegidos en 1995; o el aumento de las interpretaciones protegidas como consecuencia de la firma de convenios con entidades extranjeras, son de entidad suficiente para justificar un incremento de prácticamente el 100%.

Alega FECE que el documento de marzo de 2005, sobre las bases del cálculo de la tarifa adolece de la misma falta de transparencia que AISGE aplica en la fijación de la tarifa general, y FECE nunca conoció el documento, hasta la fase de resolución ante el Consejo. De lo único que AISGE le habría informado en 2005 fue que la tarifa general era del 1,5%, y efectivamente dicho documento concluye con una tarifa del 1,5%. La premisa de la que parte AISGE es, según FECE, falsa, al argumentar que como había que repartir entre más, había que recaudar más incrementando la tarifa. El que AISGE firmase un acuerdo con SAG no incrementaría el valor de la obra, sino que AISGE debería repartir lo recaudado en concepto de remuneración equitativa entre un mayor número de perceptores. AISGE ya debería estar recaudando en nombre de los actores americanos en aquellos supuestos sometidos a protección. El cambio es que antes de 2005 no repartía a los autores americanos lo recaudado en su nombre, y a partir de entonces sí. Esto nada tiene que ver con el valor de la prestación, sigue argumentando FECE, que es lo único relevante a la hora de determinar el importe de la tarifa.

Y en cuanto a los convenios entre FECE y SGAE y DAMA, alega que se puede ver que éstas no subieron sus tarifas entre 1995 y 2005, a pesar de que ambas crecieron tanto en número de “socios directos”, como en el de “representados indirectos” (los miembros de entidades de gestión extranjeras).

CUARTO.- Delimitación de la infracción anticompetitiva

Corresponde al Consejo resolver si las conductas acreditadas en este expediente mediante los hechos probados en el mismo, deben llevar a declarar que AISGE ha infringido la normativa de competencia española y comunitaria, como así propone la Dirección de Investigación, órgano instructor de la CNC.

Sobre la posición de dominio de AISGE

Se trata de una imputación de abuso de posición de dominio, por lo que son requisitos imprescindibles del tipo infractor la delimitación del mercado relevante, de producto y geográfico, y la acreditación de posición de dominio en el mismo por parte de la imputada.

Coincide el Consejo con la valoración de la Dirección de Investigación en que el mercado relevante de producto afectado es el *“de gestión del derecho de remuneración por comunicación pública de las actuaciones de los artistas, intérpretes o ejecutantes en la forma de proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales”*, y que en el mismo AISGE ostenta una posición de dominio indiscutible. Se trata de delimitaciones y posiciones que, en general, en los casos analizados por las distintas autoridades de defensa de la competencia en este sector, no se han presentado importantes controversias. En el caso presente AISGE alega en contra de la delimitación de mercado relevante realizada por la Dirección de Investigación, aunque no ofrece una delimitación alternativa, sino que pone en cuestión la existencia misma de un mercado en el que enmarcar la relación comercial entre AISGE y las salas de cine, pues es una relación *“del cumplimiento de una obligación nacida exclusivamente de la Ley, y no de un contrato con un proveedor o algo semejante”*. Según AISGE no existe un mercado en el que los derechos de simple remuneración puedan ser objeto de intercambio o sustitución, y AISGE no es un agente de mercado sino un recaudador. Y alega además, que los únicos mercados relevantes contemplados en la jurisprudencia comunitaria en contenciosos entre las entidades de gestión y los usuarios de repertorios es el de los derechos exclusivos o licenciables, y nunca los de simple remuneración. Los titulares de derechos de simple remuneración no son quienes los licencian, sino que los licencia el productor de la obra o su distribuidor, a quienes el artista ha cedido el derecho exclusivo y licenciable de comunicación pública, aunque sí mantenga el derecho a una remuneración pública cuando la comunicación pública sucede. En definitiva, no existe, según AISGE un mercado de derechos de remuneración en el que concurren las entidades de gestión como oferentes, y las salas de cine como usuarios, sino un mercado de la exhibición cinematográfica en el que lo que las salas de cine demandan es la obra cinematográfica ofrecida por el distribuidor.

No obstante lo anterior, AISGE admite su posición de dominio en el mercado (f2645), aun cuando la considera resultado del cumplimiento de una disposición legal, el TRLPI, y no que la misma obedezca a ninguna suerte de acuerdo colusorio

o práctica anticompetitiva. Afirma que AISGE es la única entidad legalmente autorizada para la gestión colectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los actores, bailarines, dobladores y directores de escena.

El mercado delimitado por la Dirección de Investigación no ha sido en ningún caso el de los derechos de remuneración, como entiende AISGE, sino el de la “gestión” del derecho de remuneración, que es la actividad a la que se dedica AISGE y lo hace además en situación de exclusiva, es decir, de monopolio, obtenido ciertamente mediante una autorización administrativa. El Consejo se ha pronunciado muy recientemente sobre la delimitación de este mercado relevante, en su RCNC 2785/07 AIE, de 23 de febrero de 2011 y en su RCNC S/0156/09 AISGE, de 23 de marzo de 2011, además de en anteriores resoluciones como la RCNC R 714/07 Telecinco/AIE, de 4 de febrero de 2008 y la RCNC 651/08 AIE/T5 de 23 de julio de 2009. En el expediente RCNC S/0156/09 AISGE, el Consejo concluyó: *“En este expediente, para AISGE el mercado de referencia es el de la gestión de los derechos de propiedad intelectual correspondientes a los artistas del ámbito audiovisual (actores, bailarines, dobladores y directores de escena) por la comunicación pública de sus actuaciones incorporadas a una grabación audiovisual, en el cual tiene posición de dominio. Aún más, como señala la Audiencia Nacional en su Sentencia de 5 de febrero de 2009 AISGE es un monopolista que se encuentra, por disposición legal, en “una posición privilegiada desde el punto de vista jurídico porque los derechos de comunicación pública forzosamente deben hacerse efectivos...” a través de una entidad de gestión, encontrándose la propia Ley de Propiedad Intelectual “...en la base de la existencia de varias entidades cada una dedicada a explotar los derechos de autor de una concreta naturaleza.*

Esta misma conclusión alcanzó este Consejo en su Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, publicado en diciembre de 2009, es decir, que ha sido voluntad del legislador establecer un marco normativo en el que la gestión colectiva quede confiada a un determinado tipo de asociaciones sin ánimo de lucro que actúen como monopolios, así como que pese a ello no se les ha impuesto obligaciones de comportamiento que permitan contrarrestar el elevado poder de negociación (frente a los titulares de los derechos gestionados y frente a los usuarios del repertorio) que le atribuye tal poder de mercado”.

Por lo tanto, el Consejo debe resolver la infracción imputada a AISGE partiendo de la acreditada posición de dominio que esta entidad ostenta en el mercado relevante afectado, esto es, en el de gestión de derechos de remuneración por comunicación pública de los actores, dobladores, bailarines y directores de escena.

Sobre la ilicitud de la conducta

Procede ahora valorar si AISGE abusó de esa posición de dominio cuando el 10 de mayo de 2005 decidió, de forma unilateral, incrementar la tarifa general en casi un 100%, al pasar de un nivel del 0,8% a un 1,5%, y si hubo discriminación al aplicar

distintas tarifas a distintas salas y distintas bonificaciones. Debe valorarse si el incremento del 100% y la distinta aplicación de la tarifa entre salas tiene carácter abusivo; y si existe una justificación objetiva para tamaño incremento, pues en caso contrario la tarifa debería ser calificada como no equitativa, y por tanto la conducta de AISGE debería ser valorada como abusiva en un mercado en el que ostenta posición de dominio.

La jurisprudencia establece que el carácter abusivo de una tarifa vendrá dado por la relación de equidad o inequidad que exista entre dicha tarifa y el valor que el bien o servicio al que remunera dicha tarifa otorga al producto final sobre el que recae dicha tarifa. Es decir, lo obtenido al aplicar la tarifa al ingreso de taquilla de una obra cinematográfica deberá ser proporcionado al valor que el actor, doblador, bailarín o director de escena aporta a dicha obra. En ausencia de criterios que puedan establecer un cálculo cuantitativo que permita pronunciarse sobre la equidad de una determinada tarifa, la jurisprudencia viene admitiendo como criterios válidos para analizarla la comparación con tarifas análogas vigentes, bien en el ámbito internacional, bien dentro del mismo territorio. La discriminación vendrá dada por la acreditación de aplicación de tarifas desiguales para prestaciones equivalentes entre salas de cine.

Los hechos probados en este expediente revelan:

- (i) que AISGE viene ejerciendo su competencia recaudadora de los derechos de remuneración por comunicación pública de las actuaciones de los artistas, intérpretes o ejecutantes en la forma de proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales, mediante la recaudación de un porcentaje indiscriminadamente sobre de la totalidad del ingreso obtenido por las salas de cine en todas sus exhibiciones;
- (ii) que la tarifa general fijada por AISGE en 1995 era de 0,8%;
- (iii) que las tarifas realmente aplicadas en los convenios con FECE en 1999, 2000 y 2001 fue de 0,154%; en 2002 de 0,176 %; en 2003 de 0,2 %; y en 2004 de 0,216 %;
- (iv) que el 10 de mayo de 2005, habiendo expirado el convenio con FECE a finales de 2004, AISGE comunicó al Ministerio de Cultura una nueva tarifa general que fijó en el 1,5%;
- (v) que entre 2005 y 2007 AISGE se puso en contacto con salas de cine reclamándoles las cantidades adeudadas hasta el momento y/o ofreciéndoles la firma de convenios de forma individual. Una serie de salas firmaron dichos convenios, con tarifas para el año 2005 del 0,4% y superiores para años posteriores.
- (vi) que entre 2005 y 2007 AISGE y FECE estuvieron negociando un nuevo convenio, que se firmó en julio de 2007, pero con carácter retroactivo; que las tarifas de ese nuevo convenio fueron del 0,35% para el año 2005, del 0,396%

para 2006, del 0,485 % para 2007, del 0,53% para 2008 y del 0,6% para 2009. Este convenio incluía descuentos sobre la tarifa convenida del 7,5% por pertenecer a FECE, del 5% por pronto pago y de otro 5% si la facturación anual de la sala es inferior a 120.000 euros.

- (vii) que en mayo de 2008 AISGE firmó convenio con otra asociación, SECIES, con los parámetros del convenio firmado con FECE.

De todo ello cabe concluir que la tarifa aplicada de forma constante desde 1999 hasta 2001, firmada en el primer convenio fue del 0,154%; que en la firma del segundo convenio, activo desde 2002 hasta 2004, la tarifa aplicada se incrementó en un 14% en el primer año, otro 14% en el segundo y un 8% en el tercero y último; que en mayo de 2005 el incremento en la tarifa general fue de prácticamente el 100%; que las tarifas convenidas finalmente en el 2007 pero para aplicar retroactivamente en 2005 supusieron un incremento respecto a las de 2004 del 67%, otro incremento del 10% para las de 2006, otro incremento del 22% para las de 2007, otro incremento del 9% para las de 2008 y un nuevo incremento del 13% para las de 2009. Es decir, entre la tarifa aplicada en 2004 y la de 2009 hubo un incremento del 177% y del 100% en la tarifa general entre 2004 y 2005.

Coincidiendo con la expiración del Convenio que tenía firmado con FECE, AISGE determinó unilateralmente una elevación de su tarifa general del 100%, si bien a aplicar de manera escalonada. Las condiciones en que se impone dicho incremento llevan a concluir al Consejo que la conducta de AISGE ha sido abusiva. En primer lugar, por la falta de transparencia al justificar dicho incremento y establecer su relación con una variación en los costes de gestión o en el valor económico del bien. AISGE no ha acreditado en este expediente que en mayo del 2005 la presentación de la nueva tarifa fuese acompañada, bien al Ministerio, bien a los operadores económicos que debían pagarla, de cuantos elementos se habían tomado en cuenta para el nuevo nivel de la tarifa, ni consta tampoco que se hubiese generado un debate de los agentes implicados sobre dicho nivel. Tampoco este incremento guarda relación con incrementos experimentados por otras tarifas empleadas anteriormente por AISGE para la fijación de su tarifa, como las aplicadas por SGAE/DAMA (HA 35), que en el mismo periodo 2004 a 2009 se incrementaron un 0%.

AISGE tiene capacidad para elevar ostensiblemente y de manera injustificada la tarifa general y lo hace con la intención de presionar a las asociaciones y a las salas en la negociación de los nuevos convenios y acuerdos. Su conducta surte los efectos esperados, porque en los nuevos convenios firmados consigue multiplicar por tres (del 0,216% al 0,6%) los porcentajes de recaudación de las salas, y lo consigue con carácter retroactivo.

De esta forma, la única explicación que encuentran las nuevas tarifas impuestas es el ejercicio de un poder de mercado de AISGE, un poder de mercado que tiene en virtud de una norma con rango de Ley que le confiere, al menos de facto, una

posición monopolística en la gestión de unos derechos que debe ejercer con especial responsabilidad.

El Consejo en cambio no considera acreditado que la conducta de AISGE sea abusiva por discriminatoria. La Dirección de Investigación imputa como discriminatoria en el sentido del artículo 2.2.d) LDC la diferencia de precios que AISGE, un operador en posición de dominio, ha aplicado a sus distintos clientes por prestaciones equivalentes entre 2005 y 2007 en los convenios individuales que firmó con distintas salas pero, primero, se trataría de casos muy puntuales y, segundo, la falta de constancia sobre la equivalencia del resto de parámetros comerciales impide concluir con la suficiente certeza que las prestaciones de unas y otras fueran equivalentes. Consecuentemente el Consejo estima como no acreditada la discriminación que sanciona el artículo 2.2.d) LDC.

AISGE aporta en el marco de este expediente pretendidas justificaciones objetivas para su conducta y, en particular, para el incremento de las tarifas generales. Estas alegaciones se basan fundamentalmente en (i) que según avalarían ciertas estimaciones econométricas de modelos económicos, encargados por AISGE, el valor que los actores, dobladores, bailarines y directores de escena aportan al valor final obtenido por la obra cinematográfica es muy superior al valor que aportan otros colectivos como directores y guionistas, quienes están representados por SGAE cuya tarifa general es del 2%; (ii) que en 1999 aumentó significativamente la base de derechos protegidos que debía gestionar AISGE, al incluirse en su gestión los derechos de los bailarines, dobladores y directores de escena, y a la firma de numerosos convenios bilaterales con sociedades de otros países; y (iii) que el número de obras que vienen exhibiéndose en los últimos años sometidas al derecho de remuneración que gestiona AISGE se ha incrementado notablemente, como consecuencia del cambio en los sistemas de explotación comercial de las obras cinematográficas, pues cada vez se estrenan antes las obras extranjeras, en relación con la fecha de estreno en sus países de origen, lo que hace que sean objeto de pago en concepto de derechos de remuneración.

El Consejo no comparte, por las razones que a continuación se desarrollan, que dichas alegaciones constituyan la justificación objetiva pretendida por AISGE, y recuerda además la falta de transparencia con la que se fijó la nueva tarifa, pues no hay constancia de que dichos argumentos fuesen puestos en conocimiento de los agentes afectados por esa nueva tarifa.

En primer lugar, estamos ante un derecho, el de la remuneración equitativa, que se genera mediante la exhibición de una obra cinematográfica, y la recaudación de dicho derecho se viene haciendo recaer sobre la recaudación en taquilla que genera la proyección de todas las obras cinematográficas que se exhiben en una sala.

Teniendo en cuenta que los recaudadores del total del valor generado por la exhibición de las obras en salas comerciales son los propietarios de dichas salas, a

través de los ingresos de taquilla, y que AISGE es la gestora colectiva de los titulares de los derechos sometidos a remuneración en dichas obras, ambos operadores están destinados a establecer una relación comercial entre ellos, los exhibidores de salas de cine (o su representante, FECE en este caso) por un lado y AISGE por otro, sería pues razonable que el pago de dichos derechos fuese producto de la negociación equilibrada entre las partes.

Dicha relación comercial entre AISGE y FECE se ha venido desarrollando en el marco de los convenios entre ambos, el primero en 1999, el segundo en 2004, y el tercero en 2007, pero con aplicación retroactiva a 2005 y con duración hasta 2009. En 2010 debiera haber tenido lugar un cuarto convenio. Los parámetros sobre los que se ha basado dicha relación comercial han sido dos: el ingreso percibido por la exhibición de obras cinematográficas, denominado “taquilla”, y el porcentaje a aplicar a dicha taquilla para remunerar los derechos gestionados por AISGE, denominada “tarifa”. La tarifa aplicada era la convenida entre las partes y la base sobre la que se aplicaba dicha tarifa era la totalidad del ingreso generado en cada sala por la exhibición de obras cinematográficas. Antes de la firma de estos convenios, y en todo momento, ha existido una tarifa general no negociada fijada unilateralmente por AISGE, establecida en 1995 y denominada Tarifa General, que había sido comunicada (que no aprobada) al Ministerio de Cultura, y en el año 2005 AISGE, finalizado el segundo convenio con FECE y sin haber llegado a firmar un nuevo convenio, de forma unilateral, comunica al Ministerio un nuevo nivel de la Tarifa General, que establece en un 1,5%. Se trata de una subida de prácticamente el 100%, dado que la Tarifa General de 1995 estaba en el nivel del 0,8%.

La remuneración a los titulares de dichos derechos tiene dos variables sobre las que descansa: una es la facturación que genera la obra al ser exhibida, y la otra el porcentaje a aplicar sobre dicha facturación. AISGE aplica la tarifa convenida a la taquilla íntegra de la sala en cuestión, independientemente de las obras que han generado dicha taquilla y de si las mismas contienen derechos protegidos y generadores de una remuneración o de en qué grado lo tienen. Alega AISGE que en el caso de las salas de cine todas las obras exhibidas contienen derechos de remuneración que deben ser gestionados por AISGE, y que la tarifa del 1.5% es una media ponderada del peso que cada uno de los tipos de actuaciones por ella protegida tiene en una obra tipo, y que dicha obra tipo a su vez ha sido establecida según un análisis realizado sobre la totalidad de las obras realizadas en años anteriores.

Si en el pasado se ha aplicado la tarifa sobre la totalidad de las obras exhibidas, el aumento exponencial de obras protegidas no puede justificar el incremento de la tarifa. Si una obra que antes no estaba protegida pasara a estarlo en un momento determinado porque cambiasen las formas de explotación comercial, ello significaría que ahora vendría obligada al pago de la remuneración que establece el TRLPI, pero que antes no venía obligada a dicho pago. Bastaría entonces con que a dicha obra se le sometiera ahora al pago de remuneración, que nunca antes

debería haber pagado. Sin embargo, la realidad es que AISGE, desde que comienza su gestión de derechos en 1995, ha estado aplicando la tarifa convenida con las salas de cines a la totalidad de los ingresos de taquilla generados en las salas de cine, sin discriminar según se proyectase una u otra película, es decir, sin recaudar en función del uso que la sala hiciera de los derechos realmente protegidos por AISGE. AISGE alega que se ha producido un incremento en la cantidad de beneficiarios que protege, y pretende cubrir dichos derechos aumentando el precio de los mismos, en lugar de aumentar la base. La realidad es que no puede aumentar la base, porque dicha base era ya la totalidad de las obras proyectadas, por lo que opta por aumentar el tipo, es decir, la tarifa.

Iguals consideraciones merece la alegación de AISGE respecto a que el repertorio ha aumentado debido a la incorporación en 1999 de otros colectivos con derechos a remuneración por comunicación pública de sus actuaciones, como son los bailarines, dobladores y directores de escena, o el aumento de convenios firmados con otras sociedades extranjeras, y comparte con la Dirección la respuesta dada en su PR respecto que el aumento de convenios con otras sociedades extranjeras de gestión garantiza un mejor sistema de reparto de lo recaudado, pero no un incremento de la tarifa. En efecto, el hecho de que AISGE haya venido recaudando siempre sobre la totalidad de las obras cinematográficas exhibidas en las salas de cine, en lugar de recaudar sólo en función de que las obras contuviesen o no alguno de los derechos bajo la competencia de AISGE (recaudar en función del uso) puede significar que estaba recaudando “todos los derechos posibles contenidos en una obra cinematográfica”, pero que repartía solo a los beneficiarios que tenía bajo su competencia. Tanto la ampliación a nuevos colectivos en 1999, como la firma de convenios con entidades extranjeras, supuso en realidad una mayor identidad entre los derechos recaudados y los derechos repartidos. AISGE pretende que el 0,8% de la tarifa general de 1995 estaba calculada solo para remunerar a los actores, y que por lo tanto al aumentar su base en 1999, la tarifa debía incrementarse. AISGE habría tenido razón si su política hubiese sido la de aplicar su tarifa general, o la convenida, exclusivamente al volumen de ingresos de taquilla generado solo por las obras en las que participasen actores protegidos por AISGE, lo cual no se ha acreditado que sea el caso.

Como se ha argumentado, el cambio de explotación comercial habría significado que una obra que antes no estaba sometido al pago de la remuneración ahora si lo estaba, pero sin justificar ello un incremento de tarifa. Por lo que respecta a la incorporación de nuevos colectivos en la base de AISGE ésta podría haber significado tanto un cambio en la base de obras a las que aplicar la tarifa como un incremento en la tarifa, si en efecto el 0,8 % se hubiera calculado en su día como una cantidad que representaba exclusivamente el valor de los actores. De ser ese el caso, podría ser compartida la alegación de AISGE de aumentar la tarifa para remunerar a esos nuevos colectivos, pero de nuevo ese incremento debería haber afectado solo a las obras concretas, no a toda la base. Puede aceptarse que en todas las obras participen actores, pero no que en todas lo hagan bailarinas,

coreógrafos o dobladores. En todo caso, no fue en el año 2005, sino en el año 1999 cuando se produjo la incorporación de estos otros colectivos, o como mínimo en el año 2001, cuando se produjo la firma del segundo convenio en el que el incremento planteado fue del 14% para ese año, y del 36% para el total del periodo 2001-2004.

Por todo ello, lo alegado por AISGE podría haber sido compartido, al menos en términos cualitativos, que no necesariamente cuantitativos, y habría tenido alguna justificación siempre y cuando partiéramos del supuesto de que AISGE solo hacía efectivo el pago de la remuneración por uso, es decir, solo recaía ese pago sobre las obras protegidas, que no eran todas en 1995, y solo por un importe remunerador exclusivamente de los derechos de los actores. Este no ha sido el caso, pues no hay justificación alguna en el expediente de que la tarifa aplicada por AISGE durante los convenios I y II con FECE se aplicasen solo sobre aquellas obras concretas sobre las que AISGE ostentaba los derechos de gestión colectiva de sus socios, ni que dicha tarifa fuese la tarifa equitativa para remunerar solo a actores. Tampoco ha justificado que la remuneración equitativa de dobladores, bailarinas y directores de escena suponga duplicar la tarifa aplicada hasta entonces, y duplicando unilateralmente la tarifa general.

Con respecto a los informes económicos a los que se refiere AISGE, ninguno de ellos justifica, a criterio del Consejo, un incremento del 100% en la tarifa como el aplicado por AISGE en 2005, al pasar de una tarifa general del 0,8 % al 1,5%. AISGE aporta estudios en los que trata de analizar, desde el lado de la oferta, el peso de los distintos colectivos en la realización de una obra, y tomando como base de datos los referidos a los costes de producción de series de televisión española de una sola empresa concluye que el peso de los actores en el presupuesto de las series es muy superior al de otros colectivos como son los directores, guionistas o músicos. Por el lado de la demanda estudia la significatividad de distintas variables en el éxito de una obra cinematográfica, usando como base de datos sobre largometrajes la información en términos de audiencia, recaudación de la película, identidad del director, identidad del guionista, identidad de los actores, identidad de la productora, género, duración y año de producción. Realizando una regresión con dichas variables, y con distintos métodos (mínimos cuadrados ordinarios y variables instrumentales) concluye que la aportación de los actores al “éxito” de la película es significativa y que ésta sería superior a la contribución de otros colectivos, como los directores y guionistas.

Con respecto al documento incorporado por AISGE en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, en el que supuestamente se justifica la tarifa del 1,5 % como el resultado la media ponderada que representa además una tarifa por uso del repertorio tras un exhaustivo análisis de la tipología de obras y los derechos de remuneración en ellas contenidos, el Consejo aprecia lo siguiente. El resultado final del 1,5% podría ser efectivamente una media ponderada representativa del peso de cada tipo de obra en el total de exhibiciones y del peso de cada derecho de

remuneración contenido en cada obra cinematográfica, pero partiendo siempre de unos valores predeterminados de lo que debería remunerarse a cada tipo de actuación. Es decir, con el mismo sofisticado y riguroso proceso se habría obtenido un valor inferior al 1,5% si los porcentajes que debe recibir cada perceptor de derechos de remuneración sobre la taquilla fuesen inferiores a los empleados en los cálculos de 2005. Y nada hay en el expediente que acredite cómo han sido fijados dichos valores preliminares, ni cuáles son, ni desde luego que sean fruto de un proceso transparente. La falta de transparencia argumentada por la DI está presente en la fijación de la tarifa general del 1,5 % en 2005 y en las negociaciones realizadas por AISGE para la firma de los diferentes convenios. Y esa misma falta de transparencia impide analizar si existe una relación equitativa entre la recaudación y el reparto, como AISGE pretende. Y desde luego, no permite justificar el incremento.

Ninguno de estos documentos refleja el necesario ejercicio de transparencia que le es exigible a una entidad que en régimen de monopolio gestiona unos derechos, para cuya recaudación tiene la potestad legal de fijar el precio de dichos derechos, ni ninguno de estos documentos fue puesto en conocimiento de las partes implicadas en las distintas negociaciones conocidas en este expediente. Y no puede alegar AISGE, como así hace, que duplicar sus tarifas general de la forma en que lo hizo en 1995, sea la consecuencia práctica y jurídica de la aplicación del marco normativo previsto en el TRLPI, y su prevalencia sobre las normas de competencia. El hecho de que AISGE tenga la encomienda de hacer efectiva la remuneración correspondiente a los titulares del derecho para cuya gestión ha sido autorizada, tal y como alega, no incluye que pueda fijar unilateralmente una tarifa general al margen de la normativa de defensa de la competencia vigente, en este caso la LDC y el TFUE, y menos escudarse en que de no cumplir con sus obligaciones de negociación con los usuarios, o en la determinación, la recaudación y la distribución de la remuneración, así como cualquier otra actuación necesaria para asegurar dicha efectividad, pueda ocasionarle la revocación su autorización por incurrir en incumplimiento de sus obligaciones.

Comparte el Consejo que AISGE es competente para fijar tarifas. Y que, por su propia naturaleza, las tarifas generales pueden ser fijadas, de mutuo acuerdo entre usuario y entidad de gestión o, en defecto de pacto, de manera unilateral por la respectiva entidad de gestión (art. 108.6 y 157, apartado 1, letras b) y c) y apartado 4 TRLPI). Pero ello no puede ser, como pretende AISGE, amparo para fijar unas tarifas inequitativas y de hecho el Tribunal Supremo le ha impuesto su ponderación conforme a “criterios equitativos” y a *“criterios que aproximen la fijación de las remuneraciones a la utilización efectiva y a la amplitud del repertorio de las distintas sociedades de gestión en correlación con la distribución del producto obtenido entre los titulares del derecho, teniendo en cuenta un criterio de proporcionalidad en la comparación con tarifas aprobadas en convenios con otras televisiones”* (respectivamente STS de 15 de enero de 2008 del Pleno RC nº 681/2001 EGEDA Vs Aranzazú, S.A. y STS de 18 de febrero (TELECINCO-AISGE-

AIE). El Consejo coincide con la Dirección de Investigación en que estos criterios han sido obviados por AISGE cuando en 2005 decidió duplicar su Tarifa General de forma unilateral, convirtiéndola así en un instrumento de presión en las negociaciones y consiguiendo trasladar esos inequitativos incrementos a las tarifas efectivamente aplicadas en los convenios con las asociaciones sectoriales, que se han visto casi triplicadas en el periodo objeto de la infracción.

AISGE presenta el Informe de 2008 sobre la evaluación del sistema de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual, de la Agencia Pública de Evaluación y Calidad (AEVAL), encargado por el Ministerio de la Presidencia como una evaluación que avala su gestión y su fijación de tarifa. Sin embargo, no se trata de un informe de evaluación de AISGE sino de evaluación general del sistema de gestión colectiva, y como el propio informe concluye: "*(...) el funcionamiento de las entidades de gestión colectiva es heterogéneo y difícilmente comparable entre ellas porque la diversidad de titulares, derechos gestionados, soportes y canales de comunicación de las obras protegidas condiciona decisiones y políticas gestoras distintas entre las diferentes entidades*".

Es decir, no valora la equidad de las tarifas, solo es una evaluación de si el sistema de recaudación a través de las sociedades de gestión colectiva es eficaz y eficiente, lo cual nada tiene que ver con el objeto de este expediente. Aunque el mismo informe si indica la existencia de falta de equidad entre reparto y recaudación imputada por la Dirección de Investigación al manifestar que "*Pese a que los derechos se asignan nominalmente a sus titulares, muchos de los derechos permanecen en las entidades sin transferirse por varias razones: porque en la asignación ha sido imposible identificar al titular del derecho, por la imposibilidad de ponerse en contacto con el titular de los derechos al carecer las entidades de sus datos de contacto o por el fallecimiento de sus titulares desconociendo a sus causahabientes*".

Rechazando las imputaciones de falta de transparencia AISGE alega que fue precisamente FECE quien, en el marco de la negociación del tercer convenio no quiso siquiera conocer el repertorio. La conducta cuya ilicitud aquí se valora no es haber impuesto una tarifa abusiva en el III convenio firmado en 2007, sino en haber fijado un TG en 2005, unilateralmente, que sin justificación alguna, supuso duplicar su TG hasta ese momento y que precisamente ello le permitió usarla como instrumento de presión para obtener un incremento en las tarifas efectivamente aplicadas de los convenios posteriores.

En definitiva, alega AISGE que no puede haber infracción del artículo 2 LDC porque AISGE actúa en estricto y rigurosos cumplimiento de determinadas obligaciones de carácter legal, impuestas, precisamente, por mandato del TRLPI, y la supuesta posición de dominio en el mercado se debe al régimen de autorización justificado y motivado en dicha norma, y que viene obligada a la fijación unilateral de tarifas generales.

Por todo lo antedicho el Consejo considera acreditado que AISGE fijó desde una posición de dominio y unilateralmente la Tarifa General en 2005 en un nivel inequitativo, habiendo incurrido en una infracción tipificada en el artículo 2 LDC y en el artículo 102 TFUE, por lo que debe ser sancionada.

QUINTO.- Cálculo de la Sanción

A lo largo de los anteriores Fundamentos de Derecho el Consejo ha expuesto su valoración de la conducta desarrollada por AISGE, concluyendo que se trata de una conducta infractora contra el artículo 2 LDC y el artículo 102 TFUE, por fijar una tarifas generales abusivas por inequitativas, incurriendo en un abuso explotativo.

La Ley 15/2007 regula, en sus artículos 61 a 64, los criterios fundamentales que deben tenerse en cuenta a la hora de establecer la cuantía de la sanción. El artículo 63 LDC faculta al Consejo para imponer una sanción a AISGE por la infracción cometida, ya sea por negligencia o deliberadamente.

El artículo 62.4.b) establece que serán infracciones calificadas como muy graves los abusos de posición de dominio tipificados en el artículo 2 LDC cuando el mismo sea cometido por una empresa que disfrute de derechos especiales o exclusivos. Este es el caso de AISGE, pues como ella misma reconoce su situación de monopolio procede de la autorización administrativa otorgada por la autoridad competente, sobre la base del TRLPI.

Y el artículo 63.1.c) establece que las infracciones muy graves podrán ser sancionadas con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa. En las cuentas anuales auditadas que AISGE presenta en su página web para 2010, dicho volumen de facturación es de 46.968.992,61 euros.

Finalmente, el Consejo basa el cálculo de la sanción por dicha infracción, en la “Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del tratado de la Comunidad Europea” (Comunicación de multas), publicada en febrero de 2009 con el objeto de servir de instrumento objetivo y transparente a la labor sancionadora de la CNC, contribuyendo a que las sanciones impuestas por la CNC cumplan con los principios de proporcionalidad y disuasión que se espera de las mismas y que el Tribunal Supremo ha recordado en numerosas sentencias (entre otras, de 24 de noviembre de 1987, 23 de octubre de 1989, 14 de mayo de 1990 y 15 de julio de 2002) que deben cumplir.

La duración de la infracción se inicia el 10 de mayo de 2005, con la aprobación de AISGE de las nuevas tarifas generales, y se extiende hasta el momento actual, en la medida en que se mantienen vigentes dichas tarifas generales.

Según la información disponible, el volumen de negocios agregado de los años 2005 a 2010, sería de 11.157.960 euros, que al ser ponderado anualmente por los coeficientes contenidos en la Comunicación pasa a ser de 5.459.605 euros. Dada la tipificación de la conducta como muy grave, su duración, su efectividad y su carácter explotativo, el Consejo considera proporcionado aplicarle a dicho volumen de facturación corregido un tipo del 10% para obtener el Importe Básico de la infracción. El resultado sería una multa de 545.961 euros en ausencia de agravante y atenuantes.

Sin embargo, en el caso presente el Consejo aprecia la concurrencia de circunstancia agravante, como es la de la comisión repetida de infracciones tipificadas en la LDC, regulado en el art. 64.2.a) de la LDC en relación con la RTDC 465/99 Propiedad Intelectual Audiovisual de 27 de julio de 2000, en la que el TDC declaró responsables a EGEDA, AISGE y AIE de haber explotado abusivamente su posición de dominio en la gestión de los derechos de propiedad intelectual cuya gestión tienen encomendados, con vulneración del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia (actual artículo 2 LDC) y del artículo 86 del Tratado de la Comunidad Europea (actual artículo 102 del TFUE), por la imposición sin negociación de sus tarifas. Dicha RTDC fue confirmada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el 14 de enero de 2004, y ratificada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de octubre de 2006, por lo que desde dicho momento es firme. Como ya ha manifestado este Consejo en anteriores resoluciones (RCNC S/0241/10, Navieras Ceuta-2), esta agravante trata de sancionar la falta o pérdida de disuasión de la sanción previa, y constituye un reproche de naturaleza subjetiva que incrementa el importe de la sanción de la empresa en que concurre. Por ello, con el objeto de tener en cuenta la acreditada desconsideración de la empresa a la legislación de defensa de la competencia, conforme al párrafo 17 de la Comunicación de multas, el Consejo fija este agravante de comisión repetida de infracciones tipificadas en la LDC en el 15% del importe básico de la sanción. El resultado es una multa de 627.855 euros, claramente inferior al límite máximo anteriormente señalado por el artículo 63.1.c).

AISGE ha alegado en su descargo que nunca aplicó las tarifas generales a ningún usuario, que ninguno ha pagado nunca más de un 0.6%, que no ha habido intencionalidad en el incumplimiento de las normas de competencia, que ha colaborado de forma activa y efectiva con la Dirección de Investigación, y que ha intentado la negociación convencional del expediente.

Vistas las alegaciones anteriores, el Consejo no estima que ninguna de ellas sea merecedora de una reducción en la sanción en concepto de atenuante, ni que las mismas justificaran una aplicación de un tipo interior al 10%. En primer lugar, si bien no se aplicaron las tarifas generales, las mismas tuvieron como consecuencia que el incremento en la aplicación efectiva de las tarifas finalmente convenidas fuese de un 177% en el periodo posterior a la fijación de dichas tarifas (FD Cuarto). El Consejo debe recordarle a AISGE que el TDC en su resolución 465/99, antes

citada, ya puso en su conocimiento la valoración anticompetitiva que éste tipo de conducta le merecen. Respecto a la colaboración con la DI, alega AISGE que ha dado cumplimiento diligentemente a todos los requerimientos de información que ésta le ha solicitado. Debemos recordarle que el comportamiento observado en el presente expediente, responder a los requerimientos de la Dirección de Investigación, es una obligación a la que viene obligada en virtud de los arts. 39 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y 10 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por lo que su cumplimiento no puede, por definición, ser considerado como un elemento que permita atenuar la gravedad de la conducta y, por lo tanto, el importe de la sanción. Por último, una solicitud de iniciación de terminación convencional una vez que la Dirección de Investigación ha dictado ya su propuesta de resolución no puede ser considerada como una actuación que ponga fin a la conducta, pues, de admitirse tal tesis, bastaría con solicitar dicho inicio una vez recibida la propuesta de resolución para obtener automáticamente una reducción en la sanción.

Por todo ello, vistos los preceptos legales y reglamentarios citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia,

HA RESUELTO

Primero.- Declarar que ARTISTAS E INTÉRPRETES SOCIEDAD DE GESTIÓN ha infringido el artículo 2 de la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al incurrir en el abuso de posición de dominio expuesto en el Fundamento de Derecho Cuarto.

Segundo.- Imponer a ARTISTAS E INTÉRPRETES SOCIEDAD DE GESTIÓN una multa de SEISCIENTOS VEINTISIETE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CINCO EUROS (627.855 €), como autor de la infracción declarada en esta Resolución.

Tercero.- Instar a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Defensa para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.



Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación, y notifíquese a las partes interesadas, haciéndoles saber que contra el mismo no cabe otro recurso que el contencioso-administrativo que proceda, en su momento, contra la Resolución del Consejo que ponga fin al expediente en la vía administrativa.