

RESUMEN RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE LA CNC DE 19 DE DICIEMBRE DE 2011 (EXPTE. S/0208/09 AISGE CINES)

Con fecha 19 de diciembre de 2011, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC) dictó resolución del expediente sancionador S/0208/09 AISGE CINES.

El expediente tiene su origen en una denuncia presentada en diciembre de 2009 por parte de la Federación de Cines de España (FECE) contra Artistas e Intérpretes Sociedad de Gestión (AISGE) en relación con el derecho de remuneración equitativa por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales en salas de exhibición cinematográfica.

Con fecha 24 de marzo de 2010, la Dirección de Investigación decidió incoar expediente sancionador contra AISGE por existir indicios de infracción de los artículos 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

AISGE es una entidad de gestión constituida al amparo del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI). Su actividad principal es la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual de los actores y, desde el año 1999, también de los dobladores, bailarines y directores de escena.

FECE es una asociación 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, agrupando en torno al 80% del total de pantallas de cine existentes en España.

La Resolución del Consejo de la CNC ha considerado probados los siguientes aspectos de la actividad de AISGE:

(i) El sistema de establecimiento de las tarifas generales de AISGE

En el año 1995 AISGE comunicó al Ministerio de Cultura la tarifa general correspondiente a la remuneración por comunicación pública en la forma de proyectos o exhibición pública de las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales.

La fijación de esta tarifa se produce conjuntamente con Sociedad de Artistas Intérpretes o Ejecutantes de España (AIE) y se establece en el 1,06% de los ingresos de taquilla de las salas de exhibición, correspondiendo a AISGE el 0,8% y a AIE el 0,26% de esos ingresos.

En el año 2005 AISGE fijó de manera individual la tarifa correspondiente a la comunicación pública mediante actos de exhibición de obras y grabaciones audiovisuales en salas de exhibición cinematográfica, estableciendo la misma en el 1,5% de los ingresos obtenidos por taquilla.

Esta nueva tarifa general no se aplicó de manera directa, sino que AISGE estableció un periodo transitorio, comunicado al Ministerio de Cultura el 6 de febrero de 2006, entre

los años 2005 y 2012 para evitar las posibles distorsiones al usuario derivadas de la nueva tarifa.

Junto a la fijación de la tarifa general, AISGE desarrolló un sistema de bonificaciones a esa tarifa general, incluyéndose cuatro conceptos:

- contratos generales suscritos con asociaciones representativas de usuarios del repertorio
- colaboración de los usuarios
- entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa
- otras circunstancias siempre dentro de un marco de respeto a la libre competencia.

(ii) Convenios con asociaciones de salas de exhibición

AISGE ha firmado diversos convenios con asociaciones de exhibidores, así como contratos individuales con salas exhibidoras al margen de los convenios con asociaciones.

En primer lugar, el 1 de enero de 1999 se firmó el I Convenio Marco FECE-AISGE-AIE, que estuvo en vigor hasta el 31 de diciembre de 2001.

A través de este Convenio, la tarifa que las salas pertenecientes a FECE debían abonar a AISGE quedó fijada en el 0,154% de los ingresos de taquilla.

El 1 de enero de 2002 se firmó el II Convenio Marco FECE-AISGE-AIE cuya vigencia expiró el 31 de diciembre de 2004, quedando determinada la tarifa de AISGE en el 0,176% del total de ingresos de taquilla en el primer año de vigencia del Convenio y en el 0,200% y 0,216%, respectivamente en los dos años siguientes.

Tras dos años sin Convenio, el 31 de julio de 2007 AISGE y FECE firmaron el III Convenio Marco, esta vez ya sin la participación de AIE y que, en el momento de dictarse la resolución, seguía vigente.

En este Convenio Marco, las partes establecían las condiciones en las que las salas asociadas a FECE pueden adherirse, el régimen de bonificaciones y una tarifa pactada que tienen efectos retroactivos desde el año 2005 ya que en ese momento no existía Convenio alguno firmado entre las partes.

Las tarifas pactadas entre FECE y AISGE oscilan entre el 0,360% sobre los ingresos netos en taquilla fijado para el año 2005, hasta el 0,600% sobre esos ingresos pactado para el año 2009.

Además de estos Convenios con FECE, AISGE firmó el 30 de mayo de 2008 un convenio con SECIES (otra asociación de exhibidores cinematográficos), cuyas condiciones y bonificaciones son análogas a las del III Convenio marco FECE-AISGE.

Junto a estos convenios con asociaciones, AISGE firmó acuerdos individuales con salas de exhibición no asociadas a FECE o SECIES, así como con salas asociadas a FECE durante el periodo en el que no existía Convenio Marco.

La única diferencia con respecto a lo establecido en el III Convenio Marco FECE-AISGE y en el Convenio con SECIES en lo relativo a los convenios singulares con salas no asociadas radica en la no existencia de bonificación por pertenencia a asociación (7,5%),

Los convenios singulares firmados por AISGE con empresas asociadas a FECE parten de la tarifa general fijada por AISGE en el año 2005 y, a partir de ahí, AISGE pactó con cada empresa exhibidora los descuentos a aplicar y el porcentaje de descuentos, constatándose diferencias entre las diversas empresas.

(iii) Recaudación y Reparto de AISGE

AISGE es quien gestiona la remuneración equitativa por comunicación pública de los actores, dobladores, bailarines y directores de escena, de acuerdo con los artículos 108.6 y 157.4 del TRLPI.

Asimismo, en virtud 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.

Para hacer efectivo este reparto, AISGE aprobó el año 2005 en Asamblea General unas normas de reparto que han sido modificadas en diversas ocasiones y que recogen como principios inspiradores de éste la proporcionalidad, equidad, no arbitrariedad y predeterminación.

El proceso de reparto de la recaudación de AISGE contiene las siguientes etapas:

- Establecimiento de la cantidad fija a repartir, que se consigue de la aplicación a la tarifa recaudada de las denominadas deducciones estatutarias.
- Determinación del importe que corresponde a cada obra, consistente en la multiplicación del grado de comunicación de la obra (es decir, el peso relativo de cada obra en taquilla) por la cantidad a repartir y en la aplicación posterior de diversas ponderaciones, entre las que destaca la utilización de un factor de corrección en función de las actuaciones protegidas.
- Fijación del importe que corresponde a cada artista, concepto que guarda relación con las distintas categorías intervinientes en la obra protegida.
- Finalmente, la liquidación de cantidades, es decir el pago efectivo de los derechos de remuneración a sus titulares.

(iv) Acuerdos de AISGE con entidades extranjeras de gestión de derechos de propiedad intelectual

Puesto que los titulares de los derechos que AISGE tiene obligación de recaudar y repartir no son únicamente los actores, dobladores, bailarines y directores de escena de nacionalidad española, sino también extranjeros, AISGE ha firmado diversos acuerdos con entidades de gestión extranjera¹.

¹ Sociedad Argentina de Gestión de Actores e Intérpretes; Screen Actors Guild; Asociación Nacional de Intérpretes; Asociación Nacional de Artista Intérpretes y Ejecutantes; SWISSPERFORM; Centro Nacional de derechos de Autor de Cuba; Inter Artis Brasil-Associação; Corporación de Actores de Chile; Center for Performers` Rights Administration y el Japan Council of Performers`Organizations.

Del análisis de los mismos, se deduce, por una parte, la existencia de colectivos que entrando dentro del concepto de titulares protegidos cuyos derechos son gestionados por AISGE en España, no se encuentran protegidos por las entidades extranjeras con las que AISGE ha firmado convenios para el reparto de los derechos de propiedad intelectual.

Por otra parte, también se observa cierta heterogeneidad en la forma en el que reparto se lleva a cabo según la entidad con la que AISGE firma el convenio para el reparto de los derechos de propiedad intelectual.

La existencia de estos acuerdos y las condiciones en las que se efectúa la liquidación de derechos a los titulares resulta relevante, ya que, utilizando como proxi la cuota de pantalla, más del 40% de lo recaudado por AISGE se liquida a través de entidades extranjeras

En caso de que los titulares de los derechos no reciban en cinco años la liquidación de las cantidades que les corresponden, éstas se ponen a disposición de AISGE quien, una vez que transcurre el plazo de prescripción del derechos (15 años), dedica el 75% de esas cantidades a actividades asistenciales y el otro 25% a incrementar sus recursos económicos.

En cuanto al análisis que el Consejo realiza en su resolución de los hechos señalados cabe destacar:

El mercado de producto afectado por las conductas descritas es 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, en el que AISGE tiene una acreditada posición de dominio al ser la única entidad legalmente autorizada para la gestión colectiva de esos derechos para actores, bailarines, dobladores y directores de escena.

Una vez establecido que AISGE tiene 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, el Consejo de la CNC procede a valorar si la entidad de gestión abusó de esa posición de dominio (i) 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 (ii) si hubo discriminación en aplicar distintas tarifas a distintas salas y distintas bonificaciones.

- Incremento de la tarifa general

En relación con el primero de los motivos de abuso, el Consejo de la CNC parte de la premisa jurisprudencial que determina 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.

A la luz de los hechos acreditados en el expediente, el Consejo de la CNC considera que la conducta de AISGE en relación con el incremento de la tarifa general y de la

tarifa fijada a través de los diversos convenios suscritos con FECE es abusiva por una falta de transparencia al justificar el incremento de tarifa y establecer su relación con una variación en los costes de gestión o en el valor económico del bien.

En este sentido, el Consejo de la CNC considera que no consta documento acreditativo alguno en el que AISGE explique, bien al Ministerio de Cultura, bien a los operadores obligados a abonar la tarifa, los elementos que habían sido tenidos en cuenta para elevar la tarifa general un 100%.

Adicionalmente, este incremento en la tarifa general tampoco guarda relación con los incrementos experimentados (0%) por las tarifas de SGAE/DAMA², que AISGE había utilizado para justificar incrementos anteriores de su tarifa.

Esta capacidad para elevar ostensible e injustificadamente la tarifa general por parte de AISGE tiene como intención presionar a las asociaciones y a las salas de exhibición en la negociación de los nuevos convenios y acuerdos, donde consigue multiplicar por tres (del 0,216% al 0,6%) los porcentajes de recaudación de las salas y lo hace con carácter retroactivo.

El Consejo de la CNC rechaza todas las alegaciones presentadas por AISGE en relación con la inexistencia de abuso de posición de dominio en lo referente a la fijación de tarifas y en la existencia de una justificación objetiva para la subida de la tarifa general en un 100% en la medida en que las justificaciones aportadas por la entidad de gestión no encuentran encuadre en una subida tan ostensible de la tarifa general.

Asumiendo que AISGE es competente para fijar tarifas generales y que éstas pueden ser utilizadas en defecto de pacto, el Consejo de la CNC recuerda que ello no puede amparar la fijación de tarifas sin tener en cuenta criterios equitativos y, en línea con el Tribunal Supremo, *“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”* (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).

Al no haberse utilizado, a juicio del Consejo de la CNC, estos criterios para la fijación de tarifas en el año 2005, la Resolución concluye que 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.

- Discriminación en aplicar distintas tarifas a distintas salas y distintas bonificaciones

En cuanto al elemento de discriminación, el Consejo de la CNC determina que éste viene dado por la acreditación de aplicación de tarifas desiguales para prestaciones equivalentes entre salas de cine y considera que, en este caso, la imputación realizada por la Dirección de Investigación, no se considera acreditada.

² SGAE y DAMA son las dos únicas entidades autorizadas por el Ministerio de Cultura que tienen encomendada la gestión de derechos de propiedad intelectual de autores de obras audiovisuales.

A juicio del Consejo de la CNC, la diferencia de precios que AISGE aplicó a sus distintos clientes por prestaciones equivalentes entre los años 2005 y 2007 a través de la firma de convenios individuales con salas de exhibición no permite concluir que exista infracción ya que, en primer lugar, éstos serían casos muy puntuales y, en segundo lugar, hay una falta de constancia sobre la equivalencia del resto de parámetros comerciales, que impide concluir con la suficiente certeza que las prestaciones de unas y otras fueran equivalentes.

En definitiva el Consejo de la CNC concluye que la conducta desarrollada por AISGE es una conducta infractora contra los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE por fijar unas tarifas generales abusivas por inequitativas, incurriendo en un abuso de posición de dominio, calificada como infracción muy grave por el artículo 62.4 b) de la LDC.

De cara a la cuantificación de la sanción, el Consejo de la CNC estima que la conducta infractora se habría iniciado el 10 de mayo de 2005, con la aprobación de AISGE de las tarifas generales y se extiende hasta el momento de dictar resolución, en la medida en que esas tarifas generales se mantienen vigentes.

Por lo tanto, de acuerdo con la tipificación de la sanción como muy grave, el Consejo de la CNC considera proporcionado aplicar un tipo del 10% a la ponderación anual del volumen de negocios de AISGE en el mercado afectado durante el periodo en el que se produce la infracción, para obtener el Importe Básico de la Infracción.

Adicionalmente, el Consejo de la CNC considera que en este caso concurre una circunstancia agravante, ya que AISGE había sido sancionada con anterioridad por la autoridad de competencia española por abuso de posición de dominio en los derechos de propiedad intelectual cuya gestión tiene encomendada (resolución del TDC de 27 de julio de 2000, adoptada en el expediente 465/99 Propiedad Intelectual Audiovisual).

Por ello, el Consejo de la CNC fija este agravante en el 15% del importe básico de la sanción.

A la vista de lo anterior, el Consejo de la CNC resuelve imponer a AISGE una multa de 627.855 €.