

RESOLUCIÓN DE VIGILANCIA **(Expte. VS/0208/09, AISGE)**

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D. Josep María Guinart Solà

D^a Clotilde de la Higuera González

D^a. María Ortiz Aguilar

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 29 de junio de 2017

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente VS/0208/09, AISGE, cuyo objeto es la vigilancia de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de diciembre de 2011 recaída en el expediente S/0208/09, AISGE.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 19 de diciembre de 2011, en el expediente S/0208/09, AISGE, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), resolvió:

“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.”

2. Con fecha 19 de diciembre de 2011, le fue notificada a ARTISTAS E INTERPRETES SOCIEDAD DE GESTIÓN (AISGE) la citada Resolución (folio 51.1) contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (64/2012).
3. Con fecha 3 de febrero de 2012, AISGE procedió al pago de la sanción por importe de 627.855 euros (folio 52).
4. Mediante Sentencia de 13 de noviembre de 2013, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) desestimó el recurso (64/2012) interpuesto por AISGE contra la Resolución de 19 de diciembre de 2011, declarando ajustada a derecho dicha Resolución. Contra ella AISGE interpuso recurso de casación (1314/2014).
5. Con fecha 24 de febrero de 2017, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por AISGE frente a la Sentencia de 13 de noviembre de 2013 de la Audiencia Nacional.
6. En el marco del presente expediente de vigilancia, la DC realizó requerimientos de información los días 23 de mayo de 2014 y 27 de marzo de 2017 a AISGE y a FECE (Federación de cines de España), recibiendo respuesta a las mismas los días 30 de marzo y 11 de junio de 2014, así como el 11 y 12 de abril de 2017.
7. Con fecha 22 de mayo de 2017, la Dirección de Competencia (DC) elevó su Informe Final de Vigilancia de la Resolución del Consejo de la CNC de 19 de diciembre de 2011 recaída en el expediente S/0208/09 AISGE, considerando que procede acordar la finalización del expediente de vigilancia VS/0208/09 AISGE.
8. Son interesados:
 - ARTISTAS E INTERPRETES SOCIEDAD DE GESTIÓN (AISGE)
 - FEDERACIÓN DE CINES DE ESPAÑA (FECE)
9. La Sala de Competencia deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 29 de junio de 2017.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Habilitación competencial

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

misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones.”

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

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

SEGUNDO.- Sobre las actuaciones llevadas a cabo en el expediente de vigilancia VS/0208/09, AISGE

El Consejo de la CNC en el Fundamento de Derecho Cuarto de su Resolución de 19 de diciembre de 2011, consideró acreditado que las Tarifas Generales para la comunicación pública mediante actos de exhibición de obras y grabaciones audiovisuales en salas de exhibición cinematográfica fijadas por AISGE en el año 2005 (y comunicadas al Ministerio de Cultura el 6 de febrero de 2006) eran inequitativas por lo que había incurrido en una infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE. El Consejo destacaba:

“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”.

Con respecto a la vigilancia de la citada Resolución, se han llevado a cabo las siguientes actuaciones por parte de la DC:

2.1.- Actuaciones en relación con AISGE

Respecto al cumplimiento de la Resolución de 19 de diciembre de 2011, AISGE procedió al pago de la sanción el 3 de febrero de 2012, por importe de 627.855 €.

Posteriormente, con fecha 5 de marzo de 2012, AISGE envió escrito a la entonces Dirección de Investigación de la CNC en el que tras manifestar su voluntad de dar cumplimiento a la resolución impugnada solicitaba de la CNC que se pronunciara expresamente respecto de las medidas que consideraba pertinente adoptar en cumplimiento de la Resolución de 19 de diciembre de 2011, en los siguientes términos:

- Dejar sin efecto las tarifas correspondientes a los actos de comunicación pública que realizan las salas de exhibición cinematográficas fijadas en 2005 (1,5% sobre taquilla).

- Iniciar negociaciones con la denunciante, Federación de Cines de España (FECE), para alcanzar en un plazo razonable, con transparencia y en términos equitativos, un convenio regulador que permita a las partes establecer una tarifa de mutuo acuerdo a partir de todos los criterios necesarios para determinar el valor económico de la prestación a remunerar, sin tomar como criterio apriorístico las tarifas generales notificadas por AISGE en 2005 al Ministerio de Cultura, para evitar cualquier sospecha respecto a un pretendido comportamiento abusivo imputable a esta Entidad.

En contestación a dicho escrito, la entonces Dirección de Investigación de la CNC, mediante escrito de 30 de marzo de 2012, comunicó a AISGE que:

“La Dirección de Investigación tiene atribuida por el artículo 41 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), la vigilancia del cumplimiento de las Resoluciones y Acuerdos que se adopten en virtud de la misma. Por lo que en el presente caso, corresponde la DI vigilar e informar al Consejo sobre las conductas adoptadas por AISGE, la valoración sobre la equidad de las mismas, y su posible incidencia en el mercado, puesto que es objeto fundamental de la CNC proteger la competencia efectiva en los mercados. Todo ello se conjuga, como se afirma en la exposición de motivos de la LDC, con un sistema que, sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado.

AISGE como asociación de carácter nacional, constituida como entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual de los actores intérpretes, y autorizada por el Ministerio de Cultura, está sometida por mandato legal a las obligaciones que establece el artículo 157, TRLPI, entre las que se encuentran:

- *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.”*

La entonces Dirección de Investigación concluyó su escrito señalando que no es la CNC [actualmente CNMC] la autoridad competente para “autorizar” la gestión de derechos que AISGE tiene encomendados, en los términos en los que le obliga la normativa vigente, lo que no obstaba para su obligación de vigilar que dicha gestión no vulnera la normativa de defensa de la competencia, así como dar traslado al Consejo de la CNC de todas aquellas decisiones y actuaciones que, en cumplimiento de lo establecido en la Resolución de 19 de diciembre de 2011, adoptara AISGE.

Además tal y como se ha recogido en los antecedentes, la DC dentro del marco de las funciones de vigilancia y con el fin de verificar que la práctica sancionada no se había vuelto a repetir, solicitó información acerca de las Tarifas Generales en mayo de 2014 y en marzo de 2017 a AISGE y a la Federación de Cines de España (FECE) que fue quién denunció los hechos que dieron origen al expediente sancionador.

En su escrito de contestación FECE señala que AISGE ha seguido aplicando a las salas de cines la tarifa máxima fijada en el Convenio Marco de 31 de julio de 2007, es decir el 0,60% sobre los ingresos netos de taquilla.

2. 2. Actuaciones realizadas por AISGE ante otras administraciones y usuarios

En cuanto a la práctica sancionada, el informe final de vigilancia elevado por la DC a esta Sala con fecha 22 de mayo de 2017 considera que AISGE ha desarrollado las siguientes actuaciones en relación al cumplimiento de la Resolución de 19 de diciembre de 2011 y el cumplimiento de la normativa de propiedad intelectual.

a) Actuaciones anteriores a la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual (2014)

- Según señala la DC, con fecha 7 de marzo de 2012, AISGE comunicó al Ministerio de Cultura que dejaba sin efecto las tarifas fijadas en 2005 (1,5% de los ingresos de taquilla), correspondientes a los actos de comunicación pública que realizan las salas de exhibición cinematográficas.
- Asimismo, AISGE, mediante escrito de fecha 7 de marzo de 2012, instó a FECE a proseguir las negociaciones del nuevo Convenio Marco, con objeto de establecer la tarifa pactada a partir de todos los criterios necesarios para determinar el valor económico de la prestación a remunerar *“sin tomar como criterio apriorístico las Tarifas Generales notificadas por AISGE al Ministerio de Cultura en 2005”*.

De este modo se inició un proceso de negociación entre AISGE y FECE que quedó paralizado posteriormente a principios de 2013, según describe la DC en su Informe:

- *Tal y como comunicaron AISGE y FECE en junio de 2014 a esta Dirección de Competencia, tras dejar sin efecto las tarifas generales fijadas en 2005, y al no haber aprobado unas tarifas nuevas para los actos de exhibición realizados en salas cinematográficas, las tarifas aplicadas desde la Resolución del Consejo de la CNC de 19 de diciembre de 2011 han sido y son las fijadas en los convenios suscritos por AISGE con las asociaciones representativas del sector. En concreto:*
 - *A FECE se le aplican las tarifas previstas en el Convenio Marco FECE-AISGE de fecha 31 de julio de 2007.*

Dicho convenio preveía unas tarifas basadas en un porcentaje neto de taquilla que se aplicaban de manera retroactiva desde el año 2005 aumentando hasta un máximo de 0,60 % en el año 2009.

Este convenio tenía vigencia hasta el 31 de diciembre de 2009, pero ante la falta de acuerdo entre las partes para fijar un nuevo convenio se ha ido prorrogando hasta la actualidad, aplicando el 0,60% de los ingresos netos de taquillas.

- *A la Sociedad de Empresarios de Cine de España (SECIES) se le aplican las tarifas previstas en el convenio suscrito con ella en mayo de 2008, con unas condiciones similares a las de FECE, y que al igual que en el caso de FECE se viene prorrogando hasta la actualidad al no haberse alcanzado ningún nuevo convenio y no haber sido denunciado por ninguna de las partes.*
- *En el caso de la Nueva Asociación de Exhibidores de Cine de España (NAECE), con la que no había suscrito ningún convenio, las empresas pertenecientes a dicha asociación se han adherido a las condiciones previstas en el Convenio Marco FECE AISGE de 31 de julio de 2007”.*

b) Actuaciones posteriores a la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual (2014)

El informe final de vigilancia elevado por la DC describe el cambio normativo que supuso la aprobación de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, en particular en su artículo 157.

Resulta de lo anterior la exigencia, por parte de las entidades de gestión, de aprobar tarifas generales sujetas a nuevos requisitos (que pretenden favorecer su carácter equitativo y no discriminatorio) conforme a la metodología de la Orden ECD/2574/2015 del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, publicada en el BOE de 4 de diciembre. Asimismo, la Ley exige a las entidades de gestión la negociación de las nuevas tarifas con las asociaciones representativas a nivel nacional del sector correspondiente y con los organismos de radiodifusión. En los casos en los que no se llegue a un acuerdo, la determinación de la tarifa podrá quedar determinada por la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (CPI).

El citado informe incluye igualmente la relación de las negociaciones emprendidas por AISGE tras la aprobación de la regulación de desarrollo del nuevo marco normativo aplicable a la propiedad intelectual:

“4. Aprobada la precitada Orden y con anterioridad a la fijación de las nuevas tarifas, AISGE remitió a FECE en diciembre de 2015 la correspondiente comunicación, invitándoles a mantener un primer encuentro con el fin de negociar las nuevas tarifas generales aplicables al derecho de remuneración equitativa por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales, cumpliendo así con lo dispuesto en la nueva normativa.

FECE aceptó el inicio de las negociaciones emplazando a AISGE a una reunión para el 2 de febrero de 2016, sin que dichas negociaciones hayan concluido en el plazo fijado legalmente.

Una vez agotado el plazo de seis meses, AISGE, cumpliendo con las obligaciones impuestas a las entidades de gestión aprobó de manera unilateral, mediante acuerdo de su Consejo de Administración de 30 de mayo de 2016, las nuevas tarifas generales por actos de comunicación pública de obras y/o grabaciones audiovisuales, que fueron comunicadas al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y publicadas en su página web¹.

No obstante, tal y como se recoge en la comunicación al Ministerio y en la web, “la aplicación de tales tarifas no es inmediata y está abierta la negociación con asociaciones representativas del sector correspondiente, o con los organismos de radiodifusión y, en su caso, la tramitación de aquellos procedimientos que, conforme al nuevo régimen legal, se puedan iniciar en relación con las nuevas tarifas”.

De igual modo, AISGE comunicó a FECE, con fecha 1 de julio de 2016, las nuevas tarifas, así como su voluntad de seguir las negociaciones en aras a conseguir un acuerdo.

FECE respondió a AISGE con fecha 15 de julio de 2016 poniendo de manifiesto que las nuevas Tarifas Generales no son ni simples, ni razonables, ni equitativas y que no se han acordado siguiendo los cauces de la Ley al haberse fijado de manera unilateral por parte de AISGE. Asimismo, considera que son desproporcionadas.

AISGE mediante escrito de 18 de julio de 2016, ha comunicado a FECE que la aplicación de las tarifas no es inmediata y que aun no compartiendo las observaciones manifestadas por FECE, están dispuestos a seguir las negociaciones y, en su caso, solicitar la intervención de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual.

No obstante, AISGE, desde el 1 de enero de 2015, fecha en la que entró en vigor la nueva Ley de propiedad intelectual, ha informado a las salas de cine en sus cartas de cobro, que si bien se les aplican las tarifas del Convenio firmado y prorrogado, de acuerdo con la normativa, los pagos posteriores al 31 de diciembre de 2014 son consideradas como pagos a cuenta, hasta que se aprueben y difundan públicamente unas tarifas generales acordes a la nueva normativa de propiedad intelectual².”

¹ <http://www.aisge.es/tarifas>

² La disposición transitoria segunda de la Ley 21/2014, en su tercer punto establece: “...salvo que existan acuerdos en vigor sobre tarifas aplicables a derechos de gestión colectiva, cuyos términos y condiciones hayan sido negociados y fijados con asociaciones representativas a nivel nacional del sector correspondiente o con los principales organismos de radiodifusión en los tres años anteriores a la entrada en vigor de la presente ley, y hasta que se aprueben y difundan públicamente las nuevas tarifas generales, los usuarios deberán pagar a cuenta, en relación con la remuneración exigida por las entidades de gestión por la explotación de derechos de remuneración y

TERCERO.- Valoración y Propuesta del órgano de vigilancia

En su Informe Final de Vigilancia elevado a esta Sala el pasado 22 de mayo la Dirección de Competencia entiende que AISGE ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el Consejo de la CNC en la Resolución de 19 de diciembre de 2011 y propone dar por concluida la vigilancia referida a dicha Resolución.

Respecto a dicho cumplimiento, la Dirección de Competencia señala, en primer lugar, que AISGE ha cumplido con la obligación del pago de la multa de 627.855 € contemplada en el dispositivo segundo.

Asimismo, la Dirección de Competencia entiende que la conducta de AISGE declarada prohibida, consistente en fijar desde una posición de dominio y unilateralmente la tarifa general de 2005 en un nivel inequitativo finalizó cuando AISGE, en marzo de 2012, dejó sin efecto dichas Tarifas, comunicando dicha decisión al Ministerio de Cultura.

Desde entonces AISGE, ante la falta de acuerdo para fijar unas nuevas tarifas, ha aplicado las tarifas recogidas en los convenios suscritos con anterioridad que se han ido prorrogando tácitamente, si bien como recoge la normativa vigente desde el 1 de enero de 2015, se consideran como pagos a cuenta hasta que se acuerden las tarifas negociadas definitivas o se establezcan, en su caso, las tarifas aplicables a través de la intervención de la Sección Primera de la CPI.

Señala asimismo la DC que, en el año 2016, AISGE, cumpliendo con la normativa actual de propiedad intelectual, publicó unas nuevas tarifas generales, que fueron comunicadas al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Dichas tarifas aún no se están aplicando pues están en pleno proceso de negociación con las asociaciones, y en caso de que dichas negociaciones no prosperaran se tramitarán aquellos procedimientos que establece el nuevo régimen legal.

La DC concluye su Informe Final considerando *“que AISGE ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el Consejo de la CNC en la Resolución de 19 de diciembre de 2011, por lo que procede dar por concluida la vigilancia referida a dicha Resolución.*

Todo ello sin perjuicio de que la Dirección de Competencia pueda, en su caso, ya sea de oficio o a instancia de parte, iniciar una nueva investigación en relación con las nuevas tarifas aprobadas por AISGE en aplicación de las competencias que tiene atribuidas en la LDC”.

a los efectos de entender concedida la autorización respecto a los derechos exclusivos concurrentes con éstos, el 70 por 100 de las tarifas generales aprobadas por cada entidad de gestión. Cuando un acto de explotación de una obra o prestación protegida esté sujeto a un derecho de remuneración y concorra con un derecho exclusivo sobre la misma obra o prestación de la misma categoría de titulares a la que corresponde el derecho de remuneración, la tarifa de ambos derechos se someterá al régimen establecido en este apartado.”

CUARTO.- Valoración de la Sala de Competencia

A la vista de los hechos y antecedentes recogidos en el cuerpo de la presente resolución, esta Sala se muestra conforme con la propuesta de cierre de las actuaciones de vigilancia respecto a la Resolución de 19 de diciembre de 2011 contemplada en el informe elevado por la Dirección de Competencia el pasado 22 de mayo.

La Sala de Competencia constata que AISGE ha pagado la multa de 627.855 € contemplada en el dispositivo segundo de la Resolución de 19 de diciembre de 2011. Asimismo cesó la aplicación de la conducta declarada prohibida y sancionada cuando, en marzo de 2012, la entidad de gestión dejó sin efecto la tarifa general aprobada en 2005 en un nivel inequitativo y comunicó dicha decisión al Ministerio de Cultura.

Las actuaciones de AISGE a partir de la reforma de la normativa de propiedad intelectual llevada a cabo por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, se han ejecutado bajo un marco normativo diferente del vigente cuando la entidad de gestión sancionada aprobó la tarifa general de 2005 por la que fue sancionada por la extinta CNC mediante Resolución de 19 de diciembre de 2011. Sin perjuicio de que, como afirma la DC en su informe, tales actuaciones de AISGE puedan, en su caso, quedar sometidas a una nueva investigación de la CNMC en aplicación de las competencias que tiene atribuidas de aplicación de la LDC, ya sea de oficio o a instancia de parte, la Sala no considera que las mismas pudieran constituir un incumplimiento de la Resolución de 19 de diciembre de 2011.

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

HA RESUELTO

PRIMERO.- Considerar que ARTISTAS E INTERPRETES SOCIEDAD DE GESTIÓN (AISGE) ha dado cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de diciembre de 2011.

SEGUNDO.- Declarar el cierre de la vigilancia del cumplimiento de la Resolución recaída en el expediente VS/0208/09, AISGE.

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