

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Expte. VS/0297/10, AGEDI/AIE

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep María Guinart Solà

D^a Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 9 de enero de 2020

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de abril de 2015 (recurso 346/2012), declarada firme mediante sentencia desestimatoria del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2018 (recurso 1959/2015), por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por la ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y por ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE) contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 14 de junio de 2012 (expediente S/0297/10, AGEDI/AIE).

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por resolución de 14 de junio de 2012, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), en el expediente S/0297/10, AGEDI/AIE, acordó:

“PRIMERO. - Declarar acreditada en el presente expediente la existencia de una conducta de abuso de posición dominante prohibida por el artículo 2.2 de la Ley 15/2007, de 18 de julio de Defensa de la Competencia y del artículo 102 del Tratado de

Funcionamiento de la Unión Europea consistente en fijar y exigir a los operadores de televisión en abierto y desde 2003 unas tarifas abusivas por inequitativas y discriminatorias.

SEGUNDO. - *Declarar responsable de esta infracción a Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y Artistas, Intérpretes y Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE).*

TERCERO. - *Imponer multas de 1.944.000 € (UN MILLÓN NOVECIENTAS CUARENTA Y CUATRO MIL EUROS) a la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales y de 1.354.000 (UN MILLÓN TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL EUROS) a Artistas, Intérpretes y Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España.*

CUARTO. - *Instar a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución”.*

La resolución se notificó el 15 de junio de 2012 a AGEDI y a AIE (folios 70 y 71) que interpusieron contra ella conjuntamente un recurso contencioso administrativo ordinario (recurso 346/2012). Ambas entidades solicitaron la suspensión de la obligación del pago de la multa que fue denegada mediante auto de 27 de noviembre de 2012. AIE y AGEDI pagaron la sanción impuesta los días 14 y 17 de octubre de 2013 (folios 1332 y 135).

2. La Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó en parte el recurso interpuesto por AGEDI y AIE contra la resolución de 14 de junio de 2012 mediante sentencia de 10 de abril de 2015 (recurso 346/2012). En ella ordenó a la CNMC realizar un nuevo cálculo de la multa en atención a los criterios legales de graduación debidamente motivados, con aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007.

Contra dicha sentencia, AGEDI y AIE interpusieron recurso de casación (1959/2015) que fue desestimado mediante sentencia de 7 de marzo de 2018 el Tribunal Supremo. Esta Comisión recibió el 18 de abril de 2018 testimonio de dicho auto de desestimación.

3. El 31 de mayo de 2018, la Sala de Competencia dictó un acuerdo de devolución de multa en ejecución de sentencia. La CNMC procedió a la devolución de la cantidad pagada por AIE y AGEDI incrementada con los intereses correspondientes.
4. El 24 de septiembre de 2018 la Dirección de Competencia (DC) de la CNMC requirió a AGEDI y AIE información acerca de su volumen de negocios total antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados en el año 2011. El 2 de octubre de 2018, AGEDI y AIE presentaron escritos de contestación (folios 1233 a 1263, y 1277 a 1306).

5. La Sala de Competencia aprobó esta resolución en su sesión del día 9 de enero de 2020.

II. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO. - Habilitación competencial

Compete a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC resolver los procedimientos sancionadores aplicando la LDC *“en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*¹.

El Consejo de la CNC acordó, en la resolución citada en los hechos, imponer a AGEDI una multa de 1.944.000 euros y de 1.354.000 euros a AIE por abuso de posición de dominio. AGEDI y AIE interpusieron recurso contencioso administrativo (rec. nº 346/2012).

El recurso interpuesto fue estimado parcialmente por la Audiencia Nacional en su sentencia de 10 de abril de 2015 (firme por sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2018 en la que se desestima el recurso de casación nº 1959/2015, interpuesto por AGEDI y AIE) anulando la multa impuesta en la resolución de 14 de junio de 2012. La sentencia ordenó a la CNMC cuantificar de nuevo la sanción pecuniaria conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la LDC en los términos fijados por la doctrina iniciada con la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015.

La Administración que hubiera realizado una actividad objeto del recurso deberá llevar a puro y debido efecto las sentencias firmes, practicando lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo².

Para cumplir este mandato se adopta esta resolución.

SEGUNDO. Sobre la determinación de la sanción

1. Hechos probados y determinación de la sanción en la resolución de 14 de junio de 2012

La resolución de 14 de junio de 2012 declaró acreditados hechos llevados a cabo por AGEDI y AIE y estos fueron confirmados por los tribunales por lo que esta resolución se remite a ellos y a su calificación jurídica.

¹ Véanse los artículos 5.1.c) y 20. 2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

² Según establece el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Por ello se parte de que AGEDI y AIE han incurrido en una infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE, consistente en fijar y exigir a los operadores de televisión en abierto desde 2003 unas tarifas abusivas por resultar inequitativas y discriminatorias.

Tal abuso se deriva de varios factores.

La existencia de una vinculación obligatoria de la tarifa general por derechos de comunicación pública de fonogramas en televisión con los ingresos de publicidad y subvenciones del usuario³. Las distintas ofertas de sistemas de contraprestación realizadas por AGEDI y a AIE tienen un carácter inequitativo y no sirven como base para negociar un sistema de contraprestación equitativo en función del uso.

La aplicación de condiciones más ventajosas a unos operadores de televisión que a otros sin criterio justificado, creando diferencias de trato evidentes.

El fundamento de derecho sexto de la resolución original establece:

“Las entidades de gestión AGEDI y AIE han venido gestionando el cobro de los derechos que representan mediante la elaboración de una Tarifas Generales y la celebración de contratos individualizados con usuarios. La relación que se ha establecido entre las tarifas generales y las condiciones negociadas es de supletoriedad, de forma que, a falta de acuerdo particular, serán de aplicación las tarifas generales. (...) El análisis comparado de los contratos, (Cuadro del HP 67) muestra que las condiciones aplicadas por AGEDI y AIE a los distintos operadores son muy heterogéneas, sin que se hayan podido conocer, ni el imputado los haya aportado, cuáles son los criterios particulares que concurren en cada caso para aplicar estas diferencias no sólo con respecto a las tarifas publicadas, sino con respecto a las tarifas aplicadas previamente a otros operadores.(...) Estas diferencias no hacen sino abundar en la realidad fáctica de que la actuación de AGEDI y AIE es una actuación muy alejada de la necesaria transparencia, objetividad y proporcionalidad a la que vienen obligadas unas entidades que ostentan la condición de ser los únicos gestores de unos DPI que resultan imprescindibles para el desarrollo de la actividad empresarial de los operadores de televisión ”.

³ Estos ingresos no tendrían en cuenta la utilización real de los fonogramas, pudiendo existir alternativas capaces de medir de forma más precisa dicha utilización sin tener que incrementarse injustificadamente los costes.

La sentencia que ahora se ejecuta obliga a reconsiderar el proceso de determinación de la sanción.

La CNC determinó las multas sobre la base de los criterios siguientes:

- **La naturaleza y alcance de la infracción** que considera que las entidades ostentan el monopolio de derechos especiales que les otorga el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

- **Ingresos ponderados por recaudación entre 2003 y 2010:** 12.962.000 euros (AGEDI) y 9.027.000 euros (AIE).

La resolución original, confirmada en este particular por la sentencia de la Audiencia Nacional que se está ejecutando, concluye que *“todos los operadores de televisión se ven afectados por esta conducta, y por lo tanto deberán tenerse en cuenta las remuneraciones realizadas por todos estos operadores desde el año 2003 hasta la actualidad.”* (pg. 64 y 65 de la resolución original).

- **Tipo a aplicar:** 15% sobre el volumen de negocios en el mercado afectado.

- **Límite del 10%:** el importe básico de la sanción es inferior al límite del 10% del volumen de negocios total anterior al año de imposición de la sanción.

2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo

De acuerdo con los razonamientos jurídicos de la sentencia de la Audiencia Nacional que aquí se ejecuta, la determinación de la sanción deberá adecuarse a la doctrina iniciada por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015⁴. Respecto de dicha doctrina, cabe destacar, con carácter general, los siguientes aspectos:

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. Tales límites *“constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje”*. Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo

⁴ También, en idéntico sentido, las sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013), entre otras.

del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.”

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

La nueva determinación de la sanción deberá concretarse en un arco que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio anterior al de dictarse resolución. Dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá determinarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la LDC.

3. Criterios para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditados

La infracción de la que son responsables AGEDI y AIE se califica de muy grave (art. 62.4.b LDC) y, por tanto, susceptible de ser sancionada con una 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 (art. 63.1.c LDC).

AGEDI afirmó que su Volumen de Negocios Total (VNT) del año 2011 fue de 28.260.884,17 euros. Lo calculó asumiendo su recaudación total antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados en el año 2011⁵.

AIE afirmó que su VNT del año 2011 calculado del mismo modo, fue de 30.978.040 euros⁶.

⁵ Folio 1237. En su escrito de 2 de octubre de 2018, la entidad hace una serie de alegaciones sobre la cifra que debería tenerse en cuenta para el cálculo de la sanción, así como otras circunstancias a tener en cuenta para el cálculo de la misma.

⁶Extremo rectificado mediante acuerdo de la Sala de Competencia de 23 de enero de 2020. Folio 1280. En su escrito de 2 de octubre de 2018 (corregido según folio 1355), AIE hace una

El artículo 64.1 de la LDC exige que se considere el **mercado afectado por la infracción** (art. 64.1.a). Como hemos visto, la infracción se produce en el mercado de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual (DPI). Se trata de los derechos de remuneración por la comunicación pública y reproducción de fonogramas por parte de los operadores de televisión⁷. Según la información aportada por las entidades infractoras, la facturación en el mercado afectado durante la infracción ascendió en el caso de AGEDI a 23.566.100 euros, y en el caso de AIE, a 18.685.700 euros.

La **cuota de mercado** (art. 64.1.b) de AGEDI y de AIE en el mercado relevante es de un 100%, ya que son las dos únicas entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual autorizadas administrativamente para gestionar esta clase de derechos; una, de los productores de fonogramas (AGEDI) y, la otra, de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales respecto de la fijación de sus actuaciones en fonogramas (AIE) en territorio español. Por tanto, se da una situación de monopolio absoluto de cada una de las entidades en la gestión de sus respectivos derechos.

El **ámbito geográfico** viene delimitado por la naturaleza de la gestión de DPI, cuyo uso se circunscribe a emisiones de operadores de televisión que operan de forma exclusiva en territorio español (art. 64.1.c).

La **duración** de la infracción se extiende desde el 2003 a 2010, es decir, ocho años (art. 64.1.d).

La conducta ha generado una discriminación injustificada entre unos operadores y otros sin razón justificada, y esto suponía una clara desventaja para aquellos competidores a los que se aplicaban tarifas más altas (art. 64.1.e).

Siguiendo la precitada doctrina del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad y duración de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado, efectos de la infracción, no concurrencia de atenuantes o agravantes– permite concretar la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta infractora y, sobre tales premisas, determinar que el tipo sancionador que corresponde aplicar tanto a AGEDI como a AIE es de un 6,5% de su VNT correspondiente al ejercicio 2011. En el caso de AGEDI, esto supondría una sanción de 1.836.957 euros y en el de AIE, de 2.013.573⁸ euros.

El Tribunal Supremo insiste en la necesaria proporcionalidad que debe guiar el ejercicio de la potestad sancionadora y para ello es preciso concretar *“la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la*

serie de alegaciones en el mismo sentido que AGEDI sobre diversas circunstancias a tener en cuenta para el cálculo de la sanción.

⁷ Regulados en los arts. 108.4 y 116.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

⁸ Extremo rectificado mediante acuerdo de la Sala de Competencia de 23 de enero de 2020.

entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados”.

Ahora bien, aunque un tipo sancionador sea proporcionado a la gravedad y características de la infracción cometida, la aplicación de ese porcentaje al volumen de negocios total de la empresa podría conducir a una sanción en euros que no respetara la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva. Para realizar esta última comprobación es necesario realizar una estimación, bajo supuestos muy prudentes, del beneficio ilícito potencial que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta, y aplicarle un factor incremental de disuasión⁹, lo que da igual al valor de referencia de proporcionalidad estimado.

Si la multa en euros derivada del tipo sancionador total fijado es superior al valor de referencia de proporcionalidad estimado, la sanción deberá reducirse hasta ese valor de referencia. En caso contrario, no hará falta realizar ningún ajuste en la sanción en euros. En el presente caso, las multas que correspondería imponer a AGEDI y a AIE (1.836.957 euros y 2.013.572¹⁰ euros, respectivamente) son inferiores al valor de referencia de proporcionalidad estimado para ellas, y por tanto no resulta necesario ajustar la multa por motivos de proporcionalidad.

La sanción que corresponde imponer a AGEDI es inferior a la impuesta en la resolución original (1.944.000 euros), por lo que no es de aplicación el principio de prohibición de *reformatio in peius*. En cambio, la sanción que corresponde imponer a AIE es ligeramente superior a la sanción de la resolución original (1.354.000 euros), por lo que procede aplicar la prohibición de *reformatio in peius* e imponer la sanción original.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC

HA RESUELTO

ÚNICO. - Imponer, en ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de abril de 2015 (recurso 346/2012), firme mediante sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2018 (recurso 1959/2015) y en sustitución de la impuesta en la resolución de 14 de junio de 2012 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (expte. S/0297/10, AGEDI/AIE) una multa de 1.836.957 euros a AGEDI y de 1.354.000 euros a AIE.

⁹ Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Los supuestos que se han asumido se basan en datos de las propias empresas infractoras o en las ratios de empresas no financieras publicados por el Banco de España (base RSE).

¹⁰ Extremo rectificado mediante acuerdo de la Sala de Competencia de 23 de enero de 2020.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia y notifíquese a las partes interesadas haciéndoles saber que la misma ha sido dictada en ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que contra ella pueden promover incidente de ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 109 de la citada Ley 29/1998, de 13 de julio, sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso contencioso administrativo ordinario, en el plazo de dos meses desde el día siguiente al de notificación de la resolución.