

RESOLUCIÓN (EXPTE. S/0297/10 AGEDI/AIE)

CONSEJO

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
Dña. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
Dña. M. Jesús González, Consejera
Dña. Inmaculada Gutiérrez, Consejera
D. Luis Diez Martín, Consejero

En Madrid, a 14 de junio de 2012

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo de la CNC) con la composición ya expresada y siendo Ponente Dña. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la presente Resolución en el expediente sancionador S/0297/10 AGEDI/AIE, incoado contra Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y Artistas, Intérpretes y Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE), por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 17 de septiembre de 2010 tiene entrada en la Comisión Nacional de la Competencia la denuncia formulada por Antena 3 de Televisión, S.A (ANTENA 3) por supuestas prácticas restrictivas de la competencia. La Dirección de Investigación inició, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.2 de la LDC, una información reservada con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador. El 8 de octubre de 2010 se recibe en la CNC una ampliación de la denuncia.
2. El 26 de octubre de 2010, la CNC efectúa un requerimiento de información a AIE y AGEDI en relación con sus negociaciones con otras televisiones en abierto. El día 11 de noviembre de 2010, se recibe en la CNC la información solicitada a AGEDI/AIE, junto con los poderes de representación. Se les reitera cierta información el día 26 de noviembre de 2010.
3. El 19 de noviembre de 2010 la Dirección de Investigación procede a incoar expediente sancionador, cuya referencia es S/0297/10 AGEDI/AIE. El acuerdo se notifica a las partes en la misma fecha.
4. Tras la incoación se llevan a cabo numerosos requerimientos de información a las distintas partes afectadas por la conducta objeto de análisis.

5. El 30 de noviembre de 2010, CABLEEUROPA y TENARIA (en adelante ONO) solicitan condición de interesados, el día 1 de diciembre lo solicita TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A. y el 10 de diciembre, lo solicita VEO TELEVISIÓN, S.A. El 12 de enero de 2011 la Dirección de Investigación dicta Acuerdo de concesión de condición de interesados a las siguientes empresas: Telefónica España, SAU, Veo Televisión, S.A. y Grupo Ono (Cableuropa SAU y Tenaria SAU), al que, AGEDI/AIE, presentan escrito de Alegaciones el día 17 de enero de 2011.
6. El 17 de diciembre de 2010, AGEDI/AIE solicitan la recusación de la instructora del expediente, que se resuelve por Acuerdo de cambio de instructor/y o secretario de instrucción de 21 de diciembre de 2010. El 22 de diciembre de 2010, AGEDI/AIE presentan escrito de Alegaciones al Acuerdo de recusación de 21 de diciembre de 2010.
7. El 22 de diciembre de 2010, la Dirección de Investigación reitera de nuevo la información ya solicitada los días 26 de noviembre y 26 de octubre a AGEDI y AIE y que responden el día 29 de diciembre de 2010.
8. El 17 de enero de 2011 la Dirección de Investigación solicita información a Mediaset España Comunicación (antes Gestevisión Telecinco, S.A), solicitando aclaraciones en relación con la situación de las negociaciones entre TELECINCO y AGEDI/AIE, remitiendo esta empresa dicha información el día 9 de febrero de 2011.
9. El 11 de febrero de 2011 se solicita a AGEDI/AIE que aporte los contratos con todos los operadores de televisión de pago y el fichero electrónico en formato Excel que contenga los datos, fórmulas y cálculos utilizados para obtener los cuadros y tablas que aparecen el Dictamen pericial de la empresa Medina y Mezquetillas Consultores, S.L. solicitando la empresa una ampliación de plazo para contestar, que se concede por Acuerdo de 22 de febrero de 2011. El 1 de marzo de 2011, tuvo entrada en la CNC la respuesta a este. Incluye documentación sobre contratos de operadores de televisión de pago.
10. El 25 de febrero de 2011, la Dirección de Investigación requirió información a AGEDI/AIE. El 10 de marzo de 2011 se recibe la respuesta, se reiteran las alegaciones formuladas en su respuesta de 1 de marzo, y se aportan copias de los Estatutos Sociales vigentes tanto de AGEDI como de AIE.
11. El 2 de marzo de 2011, se requiere información a Medina y Mezquetillas Consultores, S.L. solicitándole copia de los ficheros electrónicos en formato Excel que contengan los datos, fórmulas y cálculos utilizados para obtener los cuadros y tablas que aparecen en el Dictamen pericial de la empresa Medina y Mezquetillas Consultores, S.L. El 15 de marzo de 2011 se recibe su respuesta señalando que no disponen de estos datos en el formato requerido
12. El 24 de mayo de 2011, se envió requerimiento de información al representante de AGEDI/AIE (folios 1139 a 1141) solicitando que aporte copia de los contratos firmados con operadores de televisión autonómicos y/o la Federación de organismos de radio y televisión autonómicos (FORTA) y con otros operadores de televisión en abierto de ámbito nacional, distintos a los ya

incorporados en el expediente (SOGECABLE, LA SEXTA, S.A., TELECINCO, S.A. y RTVE). El 3 de junio de 2011 aportan copia de los contratos firmados con las emisoras de televisión autónomas integradas en FORTA, con TELEVISIÓN AUTONOMÍA MADRID TELEMADRID al contrato FORTA y con INTERECONOMÍA CORPORACIÓN S.A. Y RADIO TELEVISIÓN CASTILLA Y LEÓN, S.A.

13. El 7 de junio de 2011, se cursó requerimiento de información a AGEDI/AIE (folios 1205 a 1208) solicitando aclaraciones a determinadas cifras que aparecen en el expediente, así como una copia del acuerdo entre AGEDI-AIE cuyo objetivo es la constitución del órgano conjunto de recaudación de AGEDI-AIE. El 24 de junio de 2011 se responde parcialmente a este requerimiento (folios 1314 a 1347).
14. El 9 de junio de 2011, se cursó requerimiento de información a AGEDI/AIE (folios 1214 a 1216) solicitando las cantidades anuales abonadas durante el periodo comprendido entre 2003 y 2009 a AGEDI-AIE en concepto de derechos de comunicación pública y reproducción instrumental por los operadores de televisión autonómicos y los operadores nacionales en abierto y copia de cada una de las declaraciones-liquidaciones para el periodo 2003-2009 realizadas entre AGEDI-AIE y los operadores de televisión autonómicos y los operadores nacionales en abierto.
15. El 15 de junio de 2011, tuvo entrada en la CNC escrito complementario de la denuncia cursada por ANTENA 3 (folios 1219 a 1299) donde aportan: copia de la Sentencia del Tribunal Supremo relativa al recurso de casación interpuesto por ANTENA 3 contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de enero de 2007, copia del escrito de contestación de ANTENA 3 a la demanda judicial interpuesta por AGEDI-AIE contra ANTENA 3 en el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, y, finalmente, copia de la contestación dada por RTVE al oficio remitido por el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid que está conociendo del litigio iniciado por AGEDI-AIE contra ANTENA 3 en septiembre de 2010.
16. 28 de junio de 2011, se recibió en la CNC escrito del representante de AGEDI-AIE respondiendo parcialmente al requerimiento de información de 9 de junio de 2011 (folios 1348 a 1359).
17. El 5 de julio de 2011, se recibió en la CNC escrito AGEDI-AIE que adjunta sentencia del Tribunal Supremo al recurso de casación interpuesto por Antena 3 de Televisión, S.A. (folios 1361 a 1378).
18. El 6 de julio de 2011, se cursó requerimiento de información a AGEDI/AIE (folios 1381 a 1384) solicitándole que aporte información que complete los anteriores requerimientos. El 12 de julio de 2011 se responde al anterior requerimiento (folios 1387 a 1393).
19. El 22 de julio de 2011 se recibió en la CNC escrito de AGEDI-AIE en el que alega que AGEDI-AIE ha ofrecido a ANTENA 3 establecer un sistema de remuneración en función del uso de los fonogramas y aportan determinada documentación en relación con esta cuestión (folios 1397 a 1643).

20. El 15 de septiembre se requiere a AGEDI/AIE para que faciliten datos respecto al importe de la recaudación total de todos los derechos que gestionan respectivamente AGEDI y AIE en el año 2010 en España, así como el importe de la recaudación total efectuada por AGEDI y AIE en España en relación con el derecho de comunicación pública de fonogramas en televisión para cada uno de los años entre 2003 y 2010.
21. El 16 de septiembre de 2011 la Dirección de Investigación formula el Pliego de Concreción de Hechos notificándoselo a los interesados en la misma fecha y, posteriormente al resto de interesados. El día 30 del mismo mes se recibe la información solicitada (folio 1801-1803).
22. El 6 de octubre AGEDI/AIE presentan escrito de alegaciones solicitando la práctica de determinadas pruebas y la terminación convencional del expediente (folios 1811-1961). Se adjunta a las alegaciones, entre otros, los tres documentos realizados por consultores económicos siguientes. Un documento de 19 de octubre de 2009 titulado *“El valor de los fonogramas en la televisión. Propuesta de colaboración para AGEDI/AIE”*; un documento de una segunda consultora de abril de 2008 (folio 1928-1950) titulado *“Estudio de usos de la música en TV”*; Un documento de la primera consultora, de octubre de 2011 que valora algunas estimaciones realizadas por la Dirección de Investigación en el PCH. Sobre la posible discriminación que habría sufrido ANTENA 3. ANTENA 3 ha aportado al expediente informe pericial usado en la demanda contra ella presentada ante el Juzgado Mercantil nº 4, con los cálculos de la cantidad demandada. También ANTENA 3 ha presentado a este expediente la declaración del Director de Gestión de Derechos de RTVE en respuesta al oficio del Juzgado Mercantil de Madrid, en el marco de la demanda contra ella de AGEDI/AIE.
23. El día 10 de octubre 2011 GESTORA INVERSIONES AUDIOVISUALES LA SEXTA, S.A. solicita condición de interesado que se concede mediante Acuerdo del mismo día (folio 1963).
24. El 13 de octubre de 2011 la Dirección de Investigación solicita información a Antena 3, AISGE y SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES (SGAE). Antena 3 responde el 18 de octubre solicitando confidencialidad que se concede por Acuerdo de 31 de octubre. La SGAE responde el 24 de octubre y también solicita confidencialidad para la información remitida aceptándose ésta por Acuerdo de 31 de octubre. El 25 de octubre de 2011 se recibe en la CNC la respuesta de AISGE, solicitando asimismo confidencialidad para sus datos. Se concede por Acuerdo de 31 de octubre de 2011.
25. El 20 de octubre se dicta Acuerdo de denegación de terminación convencional.
26. El 2 de noviembre se dicta Acuerdo de cierre de fase de instrucción y se dicta Propuesta de Resolución (PR). En dicha PR la Dirección de Investigación propone el consejo que éste resuelva:

Primero: Que se declare la existencia de una infracción única y continuada por conductas prohibidas en los artículos 2 LDC y 102 TFUE, consistentes en:

- i. *Vincular obligatoriamente la cuantía de la tarifa general por derechos de comunicación pública de fonogramas en televisión, con los ingresos de publicidad y subvenciones del usuario, cuando dichos ingresos no tienen en cuenta la utilización real de los fonogramas, y podrían existir alternativas capaces de medir de una forma más precisa dicha utilización sin dar lugar a un incremento injustificado de los costes. Asimismo, las distintas ofertas de sistemas de contraprestación en función del uso realizadas por AGEDI y AIE a ANTENA 3 tiene un carácter inequitativo y no sirven como base para negociar un sistema de contraprestación equitativo en función del uso.*
- ii. *Aplicar a ciertos operadores de televisión en abierto unas condiciones más ventajosas que a otros, sin que exista justificación objetiva para ello, en la medida en que dichas diferencias de trato sitúan a unos operadores competidores en situación desventajosa frente a otros.*

Segundo: que se declare responsables solidarios de dicha infracción a Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y Artistas, Intérpretes y Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE).

Tercero: que la conducta prohibida se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.b) de la LDC.

Cuarto. Que se imponga la sanción prevista en el artículo 63 de la LDC, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC.

Quinto: que se intime a AGEDI y a AIE para que en el futuro se abstenga de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.

Sexto: que se adopten los demás pronunciamientos a los que se refiere el artículo 53 de la LDC, en la medida que resulten pertinentes.”

27. El 21 de noviembre AGEDI/AIE presentan sus Alegaciones a la Propuesta de Resolución, solicitando la celebración de vista y que se admitan los documentos presentados junto al escrito de alegaciones, la celebración de vista y la práctica en la vista de las siguientes pruebas:

1º.- La declaración de D. Fernando Jiménez Latorre, autor del informe NERA CONSULTING, aportado por esta parte. Su domicilio a estos efectos es C/Goya, 24, 6º -28001 Madrid.

2º.- La declaración de D. Pedro Posada de la Concha, autor del informe de NERA CONSULTING, aportado por esta parte. Su domicilio a estos efectos es C/Goya, 24, 6º - 28001 Madrid.

3º.- La declaración de D. Mariano Pascual Guevara, autor del Informe elaborado por MEDINA Y MEZQUETILLAS CONSULTORES, S.L., que consta en el expediente y que fue utilizado en la demanda presentada por AGEDI/AIE contra A3 para determinar la cantidad que debía ser objeto de reclamación. Su domicilio a efectos es C/Duque de Sevilla, 11 – 28002 Madrid.

4º.- *La declaración de D. Andrés Alegre Moreno, autor del estudio elaborado por Q ÍNDICE, S.L. Su domicilio a estos efectos es C/ Buen Suceso, 32, 1º Exterior Izquierdo-28008 Madrid.*

5º.- *La declaración de D. Ernesto Real Millán, Director de Gestión de Derechos de RTVE, que es quien contesto en mayo de 2011 el Oficio del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, relacionado con la posibilidad de cómputo del uso de fonogramas en TVE. Su domicilio a estos efectos es Avenida de Radiotelevisión, nº 4. Pozuelo de Alarcón-28223-Madrid”.*

28. El 23 de noviembre de 2011 se eleva el Informe al Consejo con la Propuesta de Resolución.
29. El 2 de febrero de 2012 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 del mismo día y levantándose con efectos de 3 de marzo de 2012 por Acuerdo de 5 de marzo de 2012.
30. El 22 de febrero se recibió en la CNC escrito de Alegaciones de AGEDI/AIE reiterando la solicitud de vista y la realización de las pruebas ya solicitadas en su escrito de 21 de noviembre de 2011.
31. El 5 de marzo de 2012 se dicta Acuerdo de levantamiento de suspensión de plazo.
32. El 11 de abril de 2012 se recibió en la CNC escrito de AGEDI/AIE solicitando la no resolución del expediente sancionador hasta que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional se pronuncie sobre la suspensión solicitada por AGEDI/AIE en el recurso contencioso administrativo presentado por la misma.
33. El 18 de mayo AGEDI y AIE presentaron escrito adjuntando Auto de 25 de abril de 2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Alcobendas respecto a la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2011 que le insta a recalcular la cuantía que ANTENA 3 deberá abonar a AGEDI y AIE por los derechos de la comunicación pública y reproducción de fonogramas entre los años 1990 y 2002.
34. Son interesados en el presente expediente los siguientes:
 - ANTENA 3 TELEVISION S.A.
 - ARTISTAS INTERPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTION-AIE
 - ASOCIACION GESTION DERECHOS INTELECTUALES
 - CABLEUROPA, S.A.U.
 - GESTORA INVERSIONES AUDIOVISUALES LA SEXTA S.A.
 - TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.
 - TENARIA, S.A.U.
 - VEO TELEVISION, S.A.

35. El Consejo terminó de deliberar y falló la presente resolución en su sesión plenaria del día 6 de junio de 2012.

HECHOS PROBADOS

Durante la fase de instrucción ante la Dirección de Investigación y la fase de resolución ante el Consejo del presente expediente, se han conocido los hechos que el Consejo considera relevantes para la acreditación y valoración de la conducta imputada por la Dirección de Investigación en su informe propuesta al Consejo, y que figuran a continuación.

I. SOBRE LAS PARTES INTERESADAS

36. El Informe Propuesta las describe como sigue:

Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI)

(46) *AGEDI es una entidad de gestión de las previstas en la LPI. AGEDI fue autorizada por el Ministerio de Cultura en fecha 15 de febrero de 1989 y se constituyó para gestionar los derechos de propiedad intelectual que corresponden a los productores de fonogramas.*

(47) *De acuerdo con sus estatutos sociales (artículo 5 (e)) constituye el objeto de su actividad “la gestión colectiva de los derechos que corresponden a los productores de fonogramas por la comunicación pública de sus grabaciones sonoras y vídeos musicales, por su reproducción exclusivamente para, directa o indirectamente, proceder a su comunicación pública así como a la remuneración compensatoria regulada en el artículo 25 LPI”, en los términos establecidos en su contrato de gestión (folios 1036 y 1037).*

(48) *AGEDI es la única entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual autorizada administrativamente para gestionar los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas.*

Artistas, Intérpretes O Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE)

(49) *AIE es también una entidad de gestión de las previstas en la LPI, que fue autorizada como tal por Orden del Ministerio de Cultura de 29 de junio de 1989 para ejercer la gestión de los derechos de propiedad intelectual de los artistas, intérpretes o ejecutantes y sus derechohabientes, en los términos previstos en sus normas estatutarias.*

(50) *Los estatutos de AIE mencionan específicamente (folio 1058) como fin principal de la Entidad “la gestión de los derechos de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales que se indican en los números 2 y 3 de este artículo, correspondientes tanto a sus titulares originarios como a sus titulares derivativos” Dentro del citado ámbito genérico de gestión de cualesquiera derechos de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales se encuentra específicamente: “A los derechos de compensación y/o remuneración que en cualquier momento se encuentren reconocidos por el ordenamiento jurídico*

a los artistas intérpretes o ejecutantes, especialmente y a título enunciativo los previstos en los artículos 25, 108 y 109 del TRLPI relativos, respectivamente, a las compensaciones equitativas por copia privada de fonogramas, videogramas y otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, y a las remuneraciones equitativas por comunicación pública de fonogramas o de reproducciones de fonogramas y de grabaciones audiovisuales, y por distribución mediante alquiler de fonogramas y originales o copias de grabaciones audiovisuales...” (folio 1059).

(51) AIE es la única entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual autorizada administrativamente para gestionar los derechos de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales respecto de la fijación de sus actuaciones en soportes exclusivamente sonoros (fonogramas).

(52) El 14 de julio de 2004 AGEDI y AIE firmaron un acuerdo por el que se constituye una Comunidad de Bienes, denominada “AGEDI-AIE Órgano Conjunto de Recaudación de Artistas y Productores CB”, sin ánimo de lucro, cuyos comuneros son AGEDI y AIE, para la recaudación conjunta de determinados derechos de propiedad intelectual, en concreto, el derecho de remuneración equitativa y única por la comunicación pública de fonogramas, correspondiente de forma compartida a los artistas, intérpretes o ejecutantes y a productores de fonogramas, al derecho exclusivo del productor de fonogramas a autorizar la comunicación pública de éstos, y al derecho exclusivo de los productores de fonogramas para autorizar la reproducción instrumental de éstos, realizada por el usuario con vistas a efectuar sus propias comunicaciones públicas. El contrato tiene una duración máxima de diez años, sin perjuicio de la prórroga de la duración que, por sucesivos periodos máximos de diez años las entidades pactarán si transcurre el periodo máximo inicial o prorrogado y el citado Acuerdo General AGEDI-AIE no se haya extinguido por cualquier causa (folios 1333 a 1343).

ANTENA 3 DE TELEVISIÓN, S.A. (ANTENA 3)

(53) ANTENA 3 es una sociedad titular de una licencia de emisión de un múltiple televisión digital terrestre (TDT) de ámbito nacional, a través del cual emite CUATRO canales de televisión en abierto: ANTENA 3, Nova, Neox y Nitro. Se constituyó el 7 de junio de 1988 y empezó a emitir a nivel nacional en analógico en enero de 1990.

TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (TELEFÓNICA)

(54) TELEFÓNICA se encuadra dentro del grupo Telefónica, que es uno de los operadores integrados de comunicaciones electrónicas, con presencia en Europa, África y Latinoamérica.

(55) El grupo Telefónica gestiona una plataforma de televisión de pago en España, que se comercializa junto con otros servicios de comunicaciones electrónicas.

CABLEEUROPA, S.A.U. y TENARIA, S.A. (ONO)

(56) *ONO es un operador de servicios de comunicaciones electrónicas, que opera sobre la base de una red de cable propia desplegada en numerosas provincias de España. ONO gestiona una plataforma de televisión de pago en España, que se comercializa junto con otros servicios de comunicaciones electrónicas.*

VEO TELEVISIÓN, S.A. (VEO)

(57) *VEO, que pertenece al 100% a Unidad Editorial S.A. (UNEDISA), es titular de una licencia de emisión de un múltiple de TDT de ámbito nacional, a través del cual emite CUATRO canales de televisión. Dos de ellos son editados por la propia VEO y emitidos en abierto: Veo7 y Marca TV, otro emite bajo la fórmula de TDT de pago el canal AXN del grupo Sony, y el cuarto está arrendado a un tercero, que emite en abierto el canal 13 TV.*

(58) *UNEDISA es una sociedad activa en la edición y venta de diarios de información general (como “El Mundo”), publicaciones mensuales y trimestrales sobre historia, viajes, ocio y salud, actividades a través de internet, venta de espacios publicitarios, radiodifusión”.*

II. SOBRE LOS MERCADOS AFECTADOS

El producto: el uso de fonogramas, su comunicación pública y el derecho de su remuneración

37. El expediente analiza la compatibilidad con la LDC de la conducta desarrollada por dos entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual (DPI). Se trata de la gestión que AISGE y AIE realizan conjuntamente de los derechos de remuneración por la comunicación pública y reproducción de fonogramas por parte de los operadores de televisión, regulados en los artículos 108.4 y 116.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/996, de 12 de abril. En dichos artículos se establece que los usuarios de fonogramas publicados que hagan uso de los mismos a efectos de comunicación pública, están obligados a pagar una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas, entre los cuales se efectuará el reparto de aquélla. A falta de acuerdo entre ellos sobre dicho reparto, éste se realizará por partes iguales.
38. El artículo 20 LPI, en su párrafo 1º señala que *“se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”*. Y el artículo 18 establece que: *“Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias”*.
39. En el artículo 114.1, se define fonograma como *“toda fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos”*. La LPI establece que tanto los productores de fonogramas como los intérpretes de los mismos son titulares de ciertos derechos de propiedad intelectual en relación con los actos

de comunicación pública sobre los fonogramas. Así, el artículo 114.2 LPI define al productor de fonogramas como *la “persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa y responsabilidad se realiza por primera vez la mencionada fijación. Si dicha operación se efectúa en el seno de una empresa, el titular de ésta será considerado productor del fonograma”*.

40. Y el artículo 105 LPI que señala que *“se entiende por artista intérprete o ejecutante a la persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra. (...)”*.
41. Las televisiones, en la medida en que incluyen fonogramas en su programación, realizan actos de comunicación pública, y por tanto al comunicar públicamente fonogramas, se cumple el supuesto de hecho que da lugar a la obligación de pago por parte del usuario (la televisión) frente a los colectivos sobre los que recaen derechos sobre estas obras (productores e intérpretes). Consecuentemente cuando un operador de televisión realiza un acto de comunicación pública o una reproducción de fonogramas con fines comerciales, éste vendrá obligado a satisfacer la correspondiente remuneración equitativa y única tanto a los productores como a los intérpretes del fonograma objeto de dicha comunicación.
42. En España AGEDI y AIE son las únicas entidades reconocidas para la gestión de estos derechos de comunicación pública, los gestionan en nombre de todos los productores de fonogramas y en nombre de todos los intérpretes y artistas, con independencia de que productores o intérpretes pertenezcan o no a las entidades AGEDI y AIE.
43. La LPI, además de reconocer a las entidades de gestión el derecho a percibir remuneración en nombre de sus beneficiarios, también regula que estas entidades de gestión deberán calcular las respectivas remuneraciones, mediante el cálculo de las denominadas Tarifas Generales. El artículo 157 LPI regula obligaciones de estas entidades como son: *a) 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; b) 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, y c) A celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente.*

Los oferentes y demandantes de fonogramas para su comunicación pública.

44. El lado de la oferta, AGEDI y AIE, son las únicas entidades de gestión autorizadas que operan en el mercado de la gestión del derecho de remuneración que corresponde a los artistas, intérpretes o ejecutantes (gestionado por AIE) y a los productores (gestionado por AGEDI) de fonogramas por actos de comunicación pública de los fonogramas gestionados por ambas entidades de gestión.

45. Desde el punto de vista de la demanda, existen varios tipos de demandantes, siendo uno de los principales los operadores de televisiones, dado que dentro de una parte de los contenidos que emiten en sus canales de televisión se incluyen fonogramas. El uso de fonogramas en las emisiones de estos operadores es un *input* insustituible que genera a dicho operador una obligación de pago por el derecho de remuneración equitativa que lleva aparejada la comunicación pública de las actuaciones en ella contenidas. Por ello, el repertorio administrado por AGEDI y AIE constituye, como declaró el Consejo de la CNC en la resolución de 9 de diciembre de 2008 (Expediente 636/07, Fonogramas), un *input* para operar en el ámbito de la televisión. En el Fundamento de Derecho 10º de la citada resolución, el Consejo de la CNC consideró: *“por lo que hace al primero de los requisitos, el repertorio administrado por AGEDI/AIE y licenciado a los operadores de televisión es un input (como otros) de sus correspondientes espacios televisivos: un input común con características de bien de consumo no rival, vendido de forma conjunta – como repertorio-, en un mercado en el que convergen demandantes de mercados distintos y demandantes que son competidores entre sí o que se ejerce determinada presión competitiva. Por tanto, el interés se cifra en el comportamiento de un operador dominante de carácter colectivo que podría estar abusando explotativamente en la venta de ese input a través de la imposición de precios discriminatorios entre los distintos usuarios que realizan una misma actividad y un uso similar del repertorio de las entidades de gestión concedentes”*.
46. De todo lo anterior se concluye que el mercado relevante en el presente expediente es el de la gestión colectiva de los derechos de remuneración que corresponden a los artistas, intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas por actos de comunicación pública de los fonogramas a través de la televisión, pero las conducta que las sociedades de gestión desarrollen tendrán efectos no sólo en el mercado de la gestión de estos derechos, sino también en el mercado descendente de las televisiones, bien sean en abierto o de pago.
47. Los demandantes de fonogramas son a la vez quienes constituyen la oferta en el mercado de televisión, y en el caso de la televisión en abierto está constituida por los canales de televisión en abierto que actualmente son fundamentalmente los que se emiten a partir de licencias de TDT. Existen otras modalidades de emisión de canales de televisión en abierto (satélite, Internet, etc.), que son marginales por su escasa audiencia. Por ello, no se tendrán en cuenta de cara al análisis de la estructura de este mercado.
48. El número de canales de TDT está limitado legalmente, ya que es necesaria una licencia para utilizar el espectro radioeléctrico y, por tanto, poder realizar la difusión de los programas mediante el uso de ondas hertzianas. Además, estos operadores están sujetos al cumplimiento de una serie de obligaciones legales de cobertura de la población española, del 96%-98% según el tipo de operador.
49. El sector ha experimentado importantes cambios regulatorios en los últimos años que han aumentado el número de operadores en el mercado. El elemento

más relevante en este sentido ha sido el impulso al desarrollo de la TDT y el cese de las emisiones en analógico en abril de 2010. Además, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, permite el alquiler de parte de los canales de los múltiples a otros operadores, para que emitan bien en abierto o bien previo pago. Todo ello ha generado un aumento del número de operadores en el mercado. En la actualidad, los titulares de licencias de TDT de ámbito nacional son RTVE (8 canales), ANTENA 3 (4), TELECINCO (4), CUATRO (4), LA SEXTA (4), Net (4) y Veo (4), algunos de los cuales han sido alquilados a terceros operadores de televisión en abierto o de pago.

Ámbito Geográfico

50. Respecto del alcance de la recaudación efectuada por las entidades de gestión AGEDI y AIE, estas gestionan los DPI relativos a fonogramas cuyo uso se circunscribe a emisiones de operadores de televisión nacionales, es decir, que operan solo en territorio español. Por lo tanto, la recaudación se realizará sobre los operadores que emitan en el sistema de televisiones que operan en territorio nacional, ya sean operadores nacionales, europeos o internacionales, siempre que emitan con licencia nacional.
51. Respecto a los titulares últimos de los derechos gestionados y liquidados por estas entidades de gestión, estos son tanto de ámbito nacional como comunitario, en virtud de los artículos 165 y 164 de la LPI, que establecen que los productores de fonogramas y los artistas, intérpretes y ejecutantes de origen comunitario tiene los mismos derechos que los productores españoles. Por esta razón, la gestión de AGEDI y AIE se extiende a la recaudación por los derechos económicos devengados por la comunicación pública de fonogramas cuya titularidad corresponda a titulares de otros países de la Unión europea. Estas entidades tienen a su vez firmados convenios bilaterales con entidades homologas comunitarias y extracomunitarias para la efectiva liquidación de derechos que correspondan a titulares de otros países.
52. Las entidades de gestión colectiva de DPI tienen suscritos numerosos contratos bilaterales de reciprocidad con sus homologas extranjeras, como consta en las memorias anuales de estas entidades en virtud de estos acuerdos AIE recaudó 633.180 € en 2006; 1.136.860 € en 2007; 1.312.650 € en 2008; 1.750.655 € en 2009 y 1.579.118 € en 2010. En cuanto a cantidades distribuidas a entidades extranjeras, consta en el informe de 2010 de AIE que: *“En cuanto a las cantidades retiradas por las entidades extranjeras el ejercicio 2010 ha concluido con un incremento de las cantidades retiradas de un 33,44% respecto al ejercicio 2009.”* (www.aie.es).

III. SOBRE LOS PRECEDENTES DEL CASO ANTE LAS JURISDICCIONES ADMINISTRATIVA, CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y CIVIL.

53. El acuerdo entre algunas sociedades de gestión de derechos colectivos y algunos usuarios de fonogramas mediante un proceso de negociación entre las partes no siempre ha sido posible. En ausencia de estos acuerdos algunas entidades de gestión colectiva de DPI han presentado demandas judiciales contra ciertos usuarios reclamando las cantidades adeudadas, generalmente

por aplicación de las tarifas generales aprobadas unilateralmente por las propias entidades. Estas demandas han dado lugar a que tanto la Autoridad de Competencia, como finalmente el Tribunal Supremo, hayan considerado la existencia de elementos inequitativos en las tarifas exigidas por estas entidades, que causaban discriminación entre operadores, a la vez que iban configurando criterios para evitar que las tarifas se alejasen de los principio de equidad que deben contener. A continuación se relatan los procesos que afectan a los interesados en este expediente.

54. El **27 de febrero de 2003** AGEDI demanda a ANTENA 3 y TELECINCO ante la jurisdicción civil para exigir el pago de la indemnización por el uso ilícito de los derechos de propiedad intelectual que dicha entidad gestiona desde 1990 hasta 2003. En primera instancia, el Juzgado nº 7 de Alcobendas en la sentencia de **14 de mayo de 2004** ordenó suspender a ANTENA 3 la comunicación pública y reproducción de fonogramas hasta que no contase con la autorización de AGEDI, y ordenó a ANTENA 3 a pagar a AGEDI la cantidad de 18.552.177 euros más los impuestos correspondientes. Esta sentencia fue ejecutada provisionalmente, por lo que ANTENA 3 pagó a AGEDI 19.697.583,30 euros. (folio 1230).
55. El **13 de mayo de 2004** ANTENA 3 DE TELEVISIÓN S.A. (A3-TV), denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia a la ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y la ASOCIACIÓN FONOGRAFICA Y VIDEOGRAFICA ESPAÑOLA (AFYVE), por prácticas contrarias al artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en el abuso por las denunciadas de su posición de dominio al fijar unilateralmente tarifas no basadas en el uso real de los fonogramas por las entidades de radiodifusión, y discriminatorias, en comparación con las aplicadas a Televisión Española, para la regularización de la deuda. Se incoa expediente sancionador 593/05.
56. El **13 de julio de 2006**, el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) dicta resolución en el expediente 593/05. En esta resolución, el TDC consideró que AGEDI había incurrido en un abuso de posición dominante al establecer condiciones discriminatorias a diferentes operadores de televisión que compiten entre sí, y consideró que era una *“obligación de AGEDI durante su negociación con A3-TV y T5-TV (...) haberles ofrecido a éstas condiciones equiparables a las que estaba consintiendo con RTVE para no generar desventajas competitivas entre operadores de televisión”*. El TDC consideró que AGEDI había ocultado a las televisiones las condiciones negociadas con RTVE, y que un monopolio legal no puede ocultar estas condiciones. El TDC consideró acreditado, que entre 1990 y 2002, AGEDI había incurrido en una infracción del artículo 2 LDC debido a la existencia de una discriminación injustificada entre operadores, discriminación que era capaz de ocasionar una desventaja competitiva a TELECINCO y ANTENA 3 con respecto a RTVE, dado que ambas competían en el mercado de la publicidad. Por ello, el TDC impuso a AGEDI una multa de 300.000 euros y le ordenó cesar en esta conducta y abstenerse de realizarla en el futuro. Esta resolución fue confirmada

por la Audiencia Nacional en sentencia de 5 de febrero de 2009, sentencia que fue recurrida por AGEDI ante el Tribunal Supremo mediante recurso de casación de fecha 24 de marzo de 2009.

57. El **29 de enero de 2007** la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia en el recurso que A3 había presentado contra la Sentencia de 14 de mayo de 2004 del Juzgado nº 7 de Alcobendas, estimando parcialmente las pretensiones de ANTENA 3 y reduciendo el importe de la indemnización a 16.511.323 euros más impuestos (folio 1230). La condena toma como base las tarifas generales de AGEDI. Dichas tarifas había sido consideradas abusivas por parte del TDC en su resolución de 13 de julio de 2006. En particular, la Audiencia Provincial de Madrid, rechazó tener en cuenta la resolución del TDC por no ser firme. ANTENA 3 interpuso un recurso de casación contra esta sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que fue admitida a trámite por el Tribunal Supremo mediante auto de 20 de abril de 2010 (folio 1231).
58. El **9 de diciembre de 2008** la CNC dictó resolución en el expediente 636/07 *Fonogramas*, sancionando la existencia de una conducta abusiva por discriminatoria de AGEDI contra Sogecable frente a RTVE por las condiciones de remuneración de fonogramas exigidas para el periodo 1990 a 2002, y también respecto a ONO, operador de televisión por cable, en el periodo 2006 a 2008. En el Resuelve Tercero de la resolución la CNC intimó a AGEDI “a que en todo proceso de negociación de las condiciones de acceso y remuneración de su repertorio de derechos informen al usuario de las bases económicas de los acuerdos previamente alcanzados con usuarios que desarrollen igual o similar actividad y realicen un uso equivalente del repertorio”.
59. El **5 de febrero de 2009** la Audiencia Nacional dicta resolución en el recurso planteado por AGEDI contra la RTDC 593/05 desestimando dicho recurso, en base a los siguientes fundamentos:

“El examen de las actuaciones pone de manifiesto que desde el inicio, es decir, desde la propuesta de negociación en la que ampara lo ajustado a derecho de su actuación, la pretensión de AGEDI respecto a las codemandadas era en comparación con lo que venía cobrando de TVE, claramente discriminatoria, y así se refleja (entre otros documentos) en la solicitud presentada por AGEDI solicitando la intervención de la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, (folios 915 y siguientes del expediente, respecto de T5TV).

Del conjunto de las actuaciones obrantes en autos, así como de los propios informes periciales aportados por la recurrente resulta que, comparando las condiciones económicas negociadas y cobradas a TVE con las condiciones económicas que se establecen en la negociación con A3TV y T5 TV, resulta que la contraprestación exigida a estas es considerablemente superior a la exigida a aquella.

(...)

Tal diferencia es discriminatoria porque en ningún momento del expediente administrativo o durante la tramitación ante esta Sala se ha alegado y menos

probado por la actora que tal diferencia tuviese alguna justificación, no apreciándose que, en contra de lo alegado por la recurrente, tenga fundamento legal. En efecto el Art. 157.1.a) del TRLPI obliga a la entidad de gestión a contratar, con quien lo solicite en "condiciones razonables"

(...)

En este litigio se examina por tanto a juicio de esta Sala sentenciadora un hecho fundamental: si la ocultación del contrato con TVE, el no ofrecimiento de condiciones equiparables a las pactadas con TVE y el requerimiento de cantidades muy superiores a las cobradas a TVE por los mismos servicios o servicios muy similares constituye discriminación, si tales actuaciones son arbitrarias, unilaterales y desproporcionadas.

(...)

Resulta en consecuencia que, en contra de lo alegado por la recurrente, el establecimiento de tarifas discriminatorias sin justificación ni proporcionalidad alguna excluye el cumplimiento del diseño de la LPI y supone la antijuridicidad de la conducta de AGEDI.

60. Y el **10 de marzo de 2010** la Audiencia Nacional dicta resolución en el recurso planteado por AGEDI contra la RCNC 636/07 Fonogramas desestimando dicho recurso, y considerando *“acreditado el elemento subjetivo de la infracción: la voluntad de la autora de la conducta de cobrar más por lo mismo y de ocultar a las denunciantes el acuerdo alcanzado con TVE. Las conductas descritas en los hechos probados se llevaron a cabo por unas entidades que tenían total y detallado conocimiento de las circunstancias de negocio de las operadoras de televisión, a las que trataron de forma diferente”*. También fundamenta que: *“En relación con la existencia o inexistencia de desventajas competitivas en relación con las consecuencias que habría tenido la actuación de las demandantes, si bien es cierto que la doctrina más reciente ha abogado por la necesidad de restringir la aplicación del art. 82.c) del TUE y el art. 6 de la anterior LDC a los supuestos en que se ha demostrado que la aplicación de precios discriminatorios ha colocado a las empresas que han sufrido la discriminación en una situación de desventaja competitiva, hay que situar este supuesto en la realidad de la especial situación de unas entidades que son monopolistas. No se trata en este caso de unas empresas dominantes activas en el mercado sino de unas entidades a las que la ley ha entregado el monopolio de la gestión de los derechos de propiedad intelectual. Frente a las empresas que se ven en la absoluta necesidad de adquirir el producto que monopolizan las actoras estas no han llevado a cabo una discriminación fundada en ninguna razón económica aparente: no se ha buscado aparentemente el mayor precio que el cliente estaba dispuesto a pagar, ni se ha fijado el precio en función del número de unidades adquiridas ni se ha distinguido a las cadenas de televisión por su curva de demanda. De las actuaciones practicadas no resulta razón económica alguna por la que se haya discriminado a las denunciantes frente a TVE.”*

61. El **23 de marzo de 2011** (folios 1225 a 1239) el Tribunal Supremo dictó la siguiente sentencia: *“declarando haber lugar al recurso de casación interpuesto por Antena 3 Televisión contra la sentencia dictada el 29 de enero de 2007, por la Audiencia Provincial de Madrid la cual casamos y dejamos sin efecto en parte. En su lugar, estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por Antena 3 Televisión, SA contra la sentencia dictada el 14 de mayo de 2004 por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Alcobendas y condenamos a pagar a Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) la suma que se determine dentro de los límites máximos impuestos por la congruencia, en fase de ejecución de la sentencia, como consecuencia de someter la de 16.511.323 Euros a los criterios correctores que se han detallado en el fundamento de derecho quinto de esta misma sentencia”*. En el Fundamento de Derecho quinto de esta misma sentencia el Tribunal Supremo rechaza que para calcular el lucro cesante haya necesariamente que estar a las tarifas generales comunicadas por las entidades de gestión, que la existencia de un proceso de negociación previo no justifica la aplicación de las tarifas generales, con independencia de su carácter equitativo, y que no cabe aceptar para la determinación del lucro un criterio que atienda exclusivamente a los rendimientos obtenidos por la infractora con el desempeño de su actividad, prescindiendo de cuál haya sido el efectivo uso del repertorio, y finalmente que también hay que atender a los acuerdos a que hubiera llegado la entidad de gestión con otras personas o entidades para autorizar el uso de su repertorio. Se mantienen las condenas a ANTENA 3 a suspender la reproducción y comunicación pública de fonogramas del repertorio de la entidad de gestión demandante y la prohibición de reanudarlas.
62. El **25 de abril de 2012**, el Juzgado de Primera Instancia Nº 5 (antes mixto Nº7) de Alcobendas, en cumplimiento de la arriba citada sentencia del Tribunal Supremo ha dictado sentencia en la que en base a la comparación con RTVE, la FORTA y T5 (dado que A3, aun pudiendo, no ha practicado prueba para establecer el uso que ha venido efectuando en el pasado) fija la cantidad que A3 debe abonar a AGEDI en 7.785.459 € más 1.245.673 € por IVA más los correspondientes intereses.

IV. SOBRE LOS HECHOS ACREDITADOS

63. El Informe Propuesta contiene la siguiente descripción de los hechos acreditados en la fase de instrucción del presente expediente.

V.1. EN RELACIÓN CON LAS TARIFAS GENERALES DE AGEDI Y AIE

- (94) *Durante los últimos años AGEDI/AIE han comunicado al Ministerio de Cultura unas tarifas generales de sus derechos, comunicaciones que no han sufrido modificaciones significativas, sin perjuicio de que los valores monetarios absolutos se hayan modificado todos los años conforme a al IPC anual (folios 804 a 909, 1318 a 1332 y 1644a 1679).*
- (95) *En el preámbulo de los documentos Tarifas Generales para la Comunicación Pública de Fonogramas 2010 y Tarifas Generales para la Reproducción Instrumental de Fonogramas 2010, (folios 804 a 909 y 1644 a 1679,*

respectivamente), en los apartados 1) “Tarifas Generales de Tanto Alzado y su Revisión” y 2) “Tarifas de Tanto Alzado y su Revisión”, respectivamente, se indica que las tarifas de tanto alzado serán revisadas anualmente y quedarán modificadas en la misma proporción en que haya variado el índice general del coste de la vida en el año precedente en el denominado Índice General de Precios al Consumo (IPC), que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que haga sus veces. La revisión se entenderá realizada de forma automática y se tomará como base para cada revisión, la cantidad que el obligado al pago viniera satisfaciendo o le hubiere correspondido satisfacer en el período inmediato anterior.

(96) En el apartado 2) “Reducción para entidades culturales” de las Tarifas Generales para la Comunicación Pública de Fonogramas 2010 y 3) de las Tarifas Generales para la Reproducción Instrumental de Fonogramas 2010, se hace referencia a que las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa, gozarán de una reducción de hasta un 25% sobre las presentes Tarifas Generales, al amparo de lo que se establece en el apartado 1 b) del artículo 157 de la LPI.

(97) En el epígrafe 2 del apartado “Radiodifusión: Emisión inalámbrica” del documento: Tarifas Generales para la Comunicación Pública de Fonogramas y en el epígrafe 2 del documento Tarifas Generales para la Reproducción Instrumental de Fonogramas 2010 se dice lo siguiente:

(98) Las tarifas correspondientes a este epígrafe se calcularán conforme a uno de los siguientes sistemas:

a) Sistema de ingresos brutos

(99) En concepto de derechos de comunicación pública, el 0,37 por ciento (correspondiendo a AGEDI el 0,1887 por ciento y a AIE el 0,1813 por ciento), y el 0,13 por ciento en concepto de derechos de reproducción instrumental ambos sobre el importe total de los ingresos brutos que obtenga mensualmente la empresa usuaria.

(100) No obstante, dichas tarifas generales de 2010 recogen un calendario de implantación gradual que se recoge a continuación:

Tarifas generales de AGEDI/AIE por comunicación pública y reproducción instrumental de fonogramas por emisoras de televisión conforme al sistema de ingresos BRUTOS (implantación gradual)			
Año	Comunicación Pública	Reproducción Instrumental	TOTAL
2004	0,303%	0,1060%	0,409%
2005	0,309%	0,1080%	0,417%
2006	0,314%	0,1100%	0,424%
2007	0,320%	0,1120%	0,432%
2008	0,326%	0,1150%	0,441%
2009	0,332%	0,1170%	0,449%

2010	0,338%	0,1190%	0,457%
2011	0,344%	0,1210%	0,465%
2012	0,350%	0,1230%	0,473%
2013	0,357%	0,1250%	0,482%
2014	0,363%	0,1280%	0,491%
2015	0,370%	0,1300%	0,500%

Fuente: folio 813 y 1652

(101) En este sistema para el cálculo de ambos derechos, la base sobre la que se aplican las citadas tarifas viene constituida por la totalidad de los ingresos brutos que perciba la cadena de televisión sin deducción alguna, incluidos los procedentes de las cuotas de asociados o abonados, subvenciones recibidas para el ejercicio de la actividad empresarial y los ingresos por publicidad (no tienen la consideración de ingresos, a efectos de la aplicación de las correspondientes tarifas, los financieros ni los derivados de la venta o cesión de programas).

b) Sistema de ingresos netos

(102) En concepto de derechos de comunicación pública, el 0,50 por ciento (correspondiendo a AGEDI el 0,255 por ciento y a AIE el 0,245 por ciento) y el 0,175 en concepto de reproducción instrumental sobre el importe total de los ingresos brutos que obtenga mensualmente la empresa usuaria, una vez practicadas las deducciones establecidas en el presente epígrafe.

(103) No obstante, dichas tarifas se implantarán gradualmente conforme al siguiente calendario:

Tarifas generales de AGEDI/AIE por comunicación pública de fonogramas y reproducción instrumental por emisoras de televisión conforme al sistema de ingresos NETOS (implantación gradual)			
Año	Comunicación Pública (AGEDI/AIE)	Reproducción instrumental (AIE)	TOTAL
2004	0,4100%	0,1430%	0,5530%
2005	0,4170%	0,1460%	0,5630%
2006	0,4250%	0,1490%	0,5740%
2007	0,4330%	0,1510%	0,5840%
2008	0,4410%	0,1540%	0,5950%
2009	0,4490%	0,1570%	0,6060%
2010	0,4570%	0,1600%	0,6170%
2011	0,4650%	0,1630%	0,6280%
2012	0,4740%	0,1660%	0,6400%
2013	0,4820%	0,1690%	0,6510%
2014	0,4910%	0,1720%	0,6630%
2015	0,5000%	0,1750%	0,6750%

Fuente: folio 813 y 1653

(104) Para ambos derechos, la base neta sobre la que se aplica la tarifa está formada por los ingresos brutos y las subvenciones netas. Para obtener las subvenciones netas se aplica a las percibidas unos porcentajes de descuento:

1) Para cada año, los porcentajes que a continuación se indican:

Año	Porcentaje de descuento
2004	40,0%
2005	37,5%
2006	35,0%
2007	32,5%
2008	30,0%
2009	27,5%
2010	25,0%
2011	22,5%
2012	20,0%
2013	19,0%
2014	18,0%
2015	17,0%

Fuente: folio 814 y 1663

2) Sobre el resultado obtenido se aplica después, en su caso, un porcentaje de reducción del 10% por el concepto de entidad cultural con fines parcialmente no lucrativos. Al margen de estos importes no se podrá practicar deducción ni bonificación alguna.

(105) Una vez calculado el importe a abonar por la entidad en función de uno de los dos sistemas para el caso del derecho de comunicación pública, si resulta ser inferior a las cantidades que a continuación se indican, la entidad deberá abonar mensualmente, por cada canal, las siguientes tarifas generales mínimas en concepto de derecho de comunicación pública:

- Categoría especial: 123,63 euros
- Categoría primera: 74,21 euros
- Categoría segunda: 49,42 euros
- Categoría tercera: 24,76 euros
- Categoría cuarta: 14,82 euros

(106) Para el caso del derecho para la reproducción instrumental, si resulta ser inferior a las cantidades que a continuación se indican, la entidad deberá abonar mensualmente, por cada canal, las siguientes tarifas generales mínimas en concepto de derecho de reproducción instrumental:

- Categoría especial: 43,44 euros
- Categoría primera: 26,07 euros
- Categoría segunda: 17,38 euros

- *Categoría tercera: 8,69 euros*
- *Categoría cuarta: 5,21 euros*

(107) Finalmente, se establece una revisión de las tarifas generales mínimas conforme al IPC general nacional.

64. Las categorías anteriores se establecen en función de los centros emisores y la cobertura poblacional de dichos centros. La revisión del IPC se aplicará solamente sobre este tipo de tarifas fijadas en niveles, no sobre los tipos porcentuales.
65. Desde 2002 estas tarifas generales permanecen invariadas (folios 1318 a 1328), como muestra el siguiente cuadro basado en los datos que constan en el expediente:

Año	SOBRE INGRESOS BRUTOS						SOBRE INGRESOS NETOS					
	AGEDI		AGEDI/AIE		AGEDI/AIE		AGEDI		AGEDI/AIE		AGEDI/AIE	
	Tarifas 2002		Tarifas 2003		Tarifas 2010		Tarifas 2002		Tarifas 2003		Tarifas 2010	
	CP %	R %	CP %	R %	CP %	R %	CP %	R %	CP %	R %	CP %	R %
1990			0,1715	0,0580								
1991			0,1870	0,0640								
1992			0,2025	0,0700								
1993			0,2180	0,0760								
1994			0,2335	0,0820								
1995			0,2490	0,0880								
1996			0,2645	0,0940								
1997			0,2800	0,1000								
1998			0,2800	0,1000								
1999			0,2800	0,1000								
2000	0,281	0,099	0,281	0,0990			0,380	0,133	0,3800	0,1330		
2001	0,292	0,103	0,292	0,1030			0,395	0,138	0,3950	0,1380		
2002	0,292	0,103	0,292	0,1030			0,395	0,138	0,3950	0,1380		
2003	0,297	0,105	0,297	0,1050			0,402	0,141	0,4020	0,1410		
2004	0,303	0,106	0,303	0,1060	0,303	0,1060	0,410	0,143	0,4100	0,1430	0,4100	0,1430
2005	0,309	0,108	0,309	0,1080	0,309	0,1080	0,417	0,146	0,4170	0,1460	0,4170	0,1460
2006	0,314	0,110	0,314	0,1100	0,314	0,1100	0,425	0,149	0,4250	0,1490	0,4250	0,1490
2007	0,320	0,112	0,320	0,1120	0,320	0,1120	0,433	0,151	0,4330	0,1510	0,4330	0,1510
2008	0,326	0,115	0,326	0,1150	0,326	0,1150	0,441	0,154	0,4410	0,1540	0,4410	0,1540
1009	0,332	0,117	0,332	0,1170	0,332	0,1170	0,449	0,157	0,4490	0,1570	0,4490	0,1570
2010	0,338	0,119	0,338	0,1190	0,338	0,1190	0,457	0,160	0,4570	0,1600	0,4570	0,1600
2011	0,344	0,121	0,344	0,1210	0,344	0,1210	0,465	0,163	0,4650	0,1630	0,4650	0,1630
2012	0,350	0,123	0,350	0,1230	0,350	0,1230	0,474	0,166	0,4740	0,1660	0,4740	0,1660
2013	0,357	0,125	0,357	0,1250	0,357	0,1250	0,482	0,169	0,4820	0,1690	0,4820	0,1690
2014	0,363	0,128	0,363	0,1280	0,363	0,1280	0,491	0,172	0,4910	0,1720	0,4910	0,1720
2015	0,370	0,130	0,370	0,1300	0,370	0,1300	0,500	0,175	0,5000	0,1750	0,5000	0,1750

Fuente: Expediente (folios 1320, 1325, 328, 1329).

V.2. EN RELACIÓN CON LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE AGEDI/AIE Y OPERADORES DE TELEVISIÓN EN ABIERTO

66. Tras los diversos procesos judiciales abiertos en la primera mitad de la década del 2000 cuyo objeto era la reclamación de las remuneraciones correspondientes, básicamente, al periodo comprendido entre principios de

1990 y 2002, en la segunda mitad de esa década se produjeron una serie de acuerdos entre AGEDI y AIE y ciertos operadores de televisión que contenían el reconocimiento de determinadas cantidades para ese periodo de doce años, y también un acuerdo para el periodo posterior, comenzando en 2003 hasta el momento del acuerdo, e incluso en algunos casos para periodos posteriores. A continuación se detalla, siguiendo el Informe Propuesta de la Dirección de Investigación, el contenido de dichos acuerdos:

(108) AGEDI y AIE tienen suscritos contratos con las siguientes operadoras de televisión en abierto:

V.2.a) Televisión Española, S.A. (TVE)

(109) El 29 de diciembre de 2006, AGEDI y AIE firmaron un acuerdo con TVE (folios 523 a 525), donde se acuerda un sistema de cálculo de las tarifas a liquidar por TVE, en concepto de derechos de comunicación pública y reproducción de fonogramas.

(110) Para el periodo 2003 a 2006 se aplica una tarifa de un 0,28% por derechos de comunicación pública (AGEDI/AIE) y 0,1% por derechos de reproducción con lo que el total asciende a 0,38% que se aplica a una base. Esta base es el resultado de sumar a los ingresos netos de publicidad (ventas brutas menos descuentos de agencia hasta el 10%) los ingresos netos de subvenciones (aportaciones públicas para financiar los déficit de explotación menos conceptos establecidos en los contratos vigentes con las TV autonómicas-En el “contrato para regular las condiciones en que las emisoras de televisión autonómicas integradas en FORTA procederán a la comunicación pública y a la reproducción para la reproducción pública de fonogramas” firmado el 16 de abril de 2010 (folios 1145 a 1161) en el apartado 2.3.1. SUBVENCIONES: Del importe bruto de las “subvenciones”, tal y como son definidas en el punto 2.2.1. b) anterior (percibidas en cada anualidad por TELEVISIÓN AUTONÓMICA) por el cumplimiento de la misión y las obligaciones específicas de servicio público que le impone a la misma su estatuto legal, y que determina que participe parcialmente de la naturaleza de entidad cultural de carácter no lucrativo)-. Si el resultado resulta ser positivo se aplica un descuento de un 25% en concepto de bonificación por Entidad Cultural parcialmente sin fines de lucro.

(111) El resultado a pagar por TVE para el periodo 2003-2006 asciende a 9.256.031 euros sobre la que se repercutirá el tipo de IVA que corresponda.

(112) Para el periodo 2007 a 2011 se aplica una tarifa por derechos de comunicación pública en base a la siguiente tabla:

Tarifas de AGEDI/AIE por comunicación pública y reproducción de fonogramas por emisoras de televisión aplicada a TVE (2007-2011)			
	Comunicación Pública (AGEDI/AIE)	Reproducción (AIE)	Total
2007	0,300%	0,100%	0,400%
2008	0,310%	0,110%	0,420%
2009	0,325%	0,113%	0,438%
2010	0,338%	0,119%	0,457%
2011	0,350%	0,123%	0,473%

Fuente: Folio 521

- (113) *Estas tarifas se aplican a una base calculada de forma similar a la anterior, a lo que se añade una reducción de un 6% en concepto de gastos de elaboración y envío de la información en soporte informático referida a la inclusión de fonogramas comerciales en la emisión de TVE. En cualquier caso, y durante el periodo de vigencia establecido, el tipo neto resultante de aplicar las anteriores condiciones no podrá ser inferior al 0,3% sobre la base formada por las ventas de publicidad brutas más las subvenciones brutas.*
- (114) *Se trata de un acuerdo de carácter temporal y no hay una referencia explícita a la vigencia del contrato (folio 525). Tampoco hay una mención a la posibilidad de prorrogar tácitamente dicho acuerdo, sino que se establece que la liquidación de la cifra resultante del periodo 2003 a 2006, así como la aplicación del sistema de cálculo para años posteriores, tendrán lugar una vez se suscriba por ambas partes el contrato definitivo en el que se verán recogidos convenientemente la extensión de la licencia de uso de los derechos cedidos y el plazo de duración de los mismos, que se mantendrá durante el periodo de referencia mientras se estudia la adopción de un sistema que favorezca la mejora de la información y permita la determinación del uso real de los fonogramas.*
- (115) *El 28 de abril de 2008, TVE y AGEDI-AIE firmaron un nuevo acuerdo (folios 1712 a 1715) con el fin de proceder a la ejecución parcial del acuerdo de 29 de diciembre de 2006, y donde acuerdan una cuantía de 3.135.359 euros más IVA como pago a AGEDI-AIE por uso de los derechos de comunicación pública y reproducción de fonogramas para el año 2007 y 3.308.827 euros más IVA para el 2008 por los mismos conceptos, sin que se tenga constancia de que posteriormente ajustasen estas cifras a lo previsto en el acuerdo de 29 de diciembre de 2006.*

V.2.b) Gestevisión Telecinco, S.A. (TELECINCO)

- (116) *TELECINCO firmó el 14 de enero de 2008 un acuerdo transaccional con AGEDI y AIE para el periodo comprendido entre 1 de enero de 1990 y 31 de diciembre de 2008 (folios 461 a 464). El objeto del acuerdo transaccional era poner fin (antes de que recayera pronunciamiento final) a la situación litigiosa generada por el cruce entre la demanda civil de AGEDI a TELE CINCO y la Resolución del TDC de 13 de junio de 2006, con sus correspondientes recursos, a la que se ha hecho referencia anteriormente,*

en relación con los derechos de comunicación pública y reproducción de fonogramas que gestionan AGEDI y AIE.

- (117) *El acuerdo consiste en el pago por parte de TELECINCO de 19.140.000 euros (16.500.000 euros más IVA) que se complementa con una prestación adicional en especie consistente en dedicar uno de los meses integrantes de su iniciativa “DOCE MESES DOCE CAUSAS” correspondientes al año 2008, a la “lucha contra la piratería de fonogramas”. La intensidad de dicha campaña será la habitual dentro de la iniciativa mencionada (en torno a una hora mensual) y, por lo tanto, el coste de mercado de la misma se situará en torno a 700.000 euros. Dicha campaña de promoción de la antipiratería será por cuenta y cargo exclusivo de TELECINCO.*
- (118) *El cumplimiento de estas obligaciones por TELECINCO pone fin a los litigios entre ambas partes por motivo del uso de fonogramas. Se comprometen además a mantener negociaciones y emplear en ellas sus mayores esfuerzos en orden a alcanzar un acuerdo sobre las condiciones a las que quedaría sujeta la utilización por TELECINCO de los fonogramas integrantes del repertorio de AGEDI y AIE a partir del 1 de enero de 2009.*
- (119) *Con respecto a las nuevas condiciones aplicables a partir de 1 de enero de 2009, el 7 de octubre de 2009 (folios 465 a 470), TELECINCO y AGEDI-AIE firmaron un nuevo acuerdo que trata de regular la cuantía económica que TELECINCO hará efectiva con la finalidad de propiciar un marco temporal y objetivo favorable para que las partes intervinientes puedan alcanzar, con anterioridad al 31 de diciembre de 2011, un acuerdo definitivo y estable sobre forma y condiciones en que TELECINCO va a hacer efectiva las remuneraciones a AGEDI/AIE por el uso de fonogramas o reproducciones de los mismos que realiza. El acuerdo se prorrogará un año hasta diciembre de 2012 de no alcanzarse un acuerdo pero se extinguirá en todo caso el 31 de diciembre de 2012.*
- (120) *En cuanto a la cantidad a pagar por TELECINCO entre el 1 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2011 en concepto de pago a cuenta de las remuneraciones por el uso de fonogramas o reproducciones de los mismos queda fijado en el 0,25% sobre el importe total de los ingresos publicitarios (Incluirán todos los percibidos por la emisora de televisión por todas las formas o modalidades de publicidad derivados de todas las emisiones efectuadas a través de los canales de tecnología analógica y digital que explote).*
- (121) *El contrato prevé expresamente que los pagos así efectuados son pagos a cuenta no condicionarán la cuantía de la remuneración definitiva que se llegue a acordar. El contrato prevé que, en el caso de que la remuneración efectivamente acordada sea superior a los pagos efectuados hasta el momento, éstos tendrán la consideración de pago a cuenta de aquélla, mientras que en caso contrario, AGEDI/AIE no tendrán la obligación de devolver el exceso cobrado hasta el momento que devenga firme y definitivo para el periodo de vigencia de este contrato y, por lo tanto, no será*

considerado pago a cuenta de las remuneraciones correspondientes a ejercicios posteriores a la vigencia de este contrato.

- (122) El plazo de negociación entre las partes se establece hasta el 31 de diciembre de 2011, durante el cual las partes no iniciarán procedimiento alguno entre ellos relativo a las remuneraciones por el uso de fonogramas o reproducciones de los mismos desde el 1 de enero de 2009.*
- (123) El contrato no especifica qué ocurriría en el caso de que, finalizado el plazo establecido en el contrato para las negociaciones, las partes no hubieran concluido acuerdo alguno. Tan sólo que se prorrogará un año hasta diciembre de 2012 de no alcanzar un acuerdo pero se extinguirá en todo caso el 31 de diciembre de 2012.*

V.2.c) Sogecable, S.A. (CUATRO)

- (124) Sogecable y AGEDI/AIE firmaron un acuerdo de mínimos el 24 julio de 2008 (folios 544 a 552) en el que se determina el sistema de cálculo de las tarifas a liquidar por Sogecable S.A. en relación con las emisiones de Canal Plus, Canal Satélite Digital, Vía Digital y CUATRO a AGEDI y AIE en concepto de derechos de comunicación pública y reproducción de fonogramas para los periodos comprendidos entre 1990-2008 y 2009-2015.*
- (125) Las partes llegan a un acuerdo en cuanto la cifra que saldaría todas las cantidades adeudadas por SOGECABLE por el uso de fonogramas en sus emisoras de televisión de pago y abierto desde 1990 a 2008, cantidad que asciende a 21.450.000 euros más IVA. La parte correspondiente a CUATRO durante el periodo 2005, cuando comienza la andadura de CUATRO hasta el 31/12/2008 ascienden a 1.100.000 euros (folio 494).*
- (126) En relación con el pago de derechos correspondientes al canal en abierto (CUATRO), el cálculo consiste en aplicar para cada ejercicio un tipo porcentual a la base neta (calculada como los ingresos brutos de publicidad menos descuentos de agencia hasta un máximo de un 10%) para obtener el canon bruto.*
- (127) Durante los primeros cinco años desde la creación de CUATRO, al canon neto de cada ejercicio se le aplicará una nueva bonificación (por inicio de actividad) que supondrá una rebaja del 70% para 2005 y 2006, un 60% para 2007, un 40% para 2008 y un 30% para 2009.*
- (128) Las bases económicas del contrato de CUATRO para el periodo 2009-2015 consiste en aplicar a la base neta de cada ejercicio los siguientes tipos:*

Tarifas de AGEDI/AIE por comunicación pública y reproducción de fonogramas por emisoras de televisión			
	Comunicación Pública	Reproducción	Total
2009	0,325%	0,113%	0,4380%
2010	0,338%	0,119%	0,4570%
2011	0,350%	0,123%	0,4730%
2012	0,350%	0,123%	0,4730%
2013	0,357%	0,125%	0,4820%
2014	0,363%	0,128%	0,4910%
2015	0,370%	0,130%	0,5000%

Fuente: folio 548

- (129) A la cantidad resultante (canon bruto) se le aplica una bonificación por colaboración de un 6%. Para el caso del ejercicio 2009, además, se le aplica una nueva bonificación (por inicio de actividad) de un 30%. Con carácter excepcional, estimados los cálculos de la base neta que se devengará en 2009 por CUATRO, y a fin de facilitar el acuerdo, ambas partes convienen en que el canon neto para ese año y para CUATRO ascenderá a 601.364 euros más IVA.
- (130) Finalmente, las partes acuerdan poner fin a los pleitos, demandas, procedimientos administrativos y demás acciones que recíprocamente hayan entablado ambas partes.
- (131) El acuerdo incluye una cláusula de parte más favorecida: “En el supuesto de que AGEDI y/o AIE suscriban un contrato o alcancen un acuerdo con cualquier operador de televisión, de pago o en abierto, que tenga por objeto el derecho de reproducción y/o de comunicación pública de fonogramas, que contenga condiciones más favorables, en su conjunto, en los ámbitos respectivos – CUATRO operador de Televisión en abierto y Digital + operador de televisión de pago, que las aquí previstas para Sogecable, CSD y DTS, AGEDI y AIE notificarán inmediatamente a SOGECABLE, CSD y DTS la existencia de dichas condiciones más beneficiosas, y Sogecable, CSD y DTS estarán facultadas para incorporarlas, con efectos a contar desde el día en que fueron otorgadas”.
- (132) El 12 de mayo de 2011, una vez completada la absorción de CUATRO por parte de TELECINCO, AGEDI y AIE acordaron con TELECINCO (folios 1392 y 1393) la eliminación del contrato suscrito entre Sogecable y AGEDI-AIE de fecha 24 de julio de 2008 exclusivamente en la parte que afecta a CUATRO, quedando únicamente vigente el acuerdo transitorio de 7 de octubre de 2009 con TELECINCO, en lo relativo a la remuneración por la comunicación pública y la reproducción de fonogramas durante las emisiones de CUATRO desde enero de 2011.

V.2.d) Gestora de Inversiones Audiovisuales La Sexta, S.A. (LA SEXTA)

- (133) *El 25 de marzo de 2009, AGEDI/AIE y LA SEXTA alcanzaron un acuerdo en concepto de derechos de remuneración y comunicación pública y reproducción de fonogramas, tanto para el periodo 2006-2008 como 2009-2015 (folios 558 al 563).*
- (134) *Para el periodo 2006 a 2008 las partes acuerdan una cantidad de 403.054,78 euros más IVA de forma que quedan saldadas todas las cantidades adeudadas por LA SEXTA a AGEDI/AIE.*
- (135) *Para el periodo 2009-2015, primero se calcula para cada ejercicio la base neta y se aplica la misma escala tarifaria que la contemplada en el contrato con CUATRO.*
- (136) *De aquí se obtiene el canon bruto, que, descontada la bonificación por colaboración de un 6% condicionada a la entrega de información que las partes acuerden, se obtiene el canon neto, y al que se deducen los descuentos por inicio de actividad de un 40% para 2009 y 30% para 2010.*
- (137) *El acuerdo finaliza con la declaración y reconocimiento de alcanzar un acuerdo que ponga fin al pleito que enfrenta a LA SEXTA con AGEDI/AIE.*
- (138) *Además, se incluye una cláusula de parte más favorecida “En el supuesto de que AGEDI y/o AIE suscriban un contrato o alcancen un acuerdo con cualquier operador de televisión en abierto, que tenga por objeto el derecho de reproducción y/o de comunicación pública de fonogramas, que contenga condiciones más favorables, en su conjunto, en los ámbitos respectivos que las aquí previstas para LA SEXTA, AGEDI y AIE notificarán inmediatamente a LA SEXTA la existencia de dichas condiciones más beneficiosas, y LA SEXTA estarán facultadas para incorporarlas, con efectos a contar desde el día en que fueron otorgadas.”*

V.2.e) Intereconomía Corporación, S.A. (INTERECONOMÍA)

- (139) *INTERECONOMÍA tiene dos contratos firmados con AGEDI-AIE. Uno de ellos fue firmado el 25 de octubre de 2010 (folios 1172), en el que INTERECONOMÍA reconoce adeudar a AGEDI/AIE la cantidad de 84.967,11 euros (IVA incluido) como consecuencia de la regularización de los derechos de comunicación pública y reproducción de fonogramas devengados desde el 2005 hasta septiembre de 2010, por las emisoras de televisión Intereconomía TV e Intereconomía Business.*
- (140) *El otro contrato fue firmado el 1 de octubre de 2010 (folios 1173 a 1187) con una duración hasta el 31 de diciembre de 2010 con prórroga anual automática salvo denuncia, establece las condiciones en que INTERECONOMÍA comunicará al público y reproducirá, para exclusivamente, su posterior comunicación al público a través de sus centros emisores, sin carácter de exclusiva, los fonogramas y/o sus reproducciones.*
- (141) *INTERECONOMÍA satisfará mensualmente a AGEDI-AIE, en concepto de comunicación pública y de reproducción, las cantidades que resulten de la aplicación de los porcentajes o tipos que se indican a continuación:*

Tarifas de AGEDI/AIE por comunicación pública y reproducción de fonogramas por emisoras de televisión			
	Comunicación Pública	Reproducción	Total
2010	0,338%	0,119%	0,4570%
2011	0,350%	0,123%	0,4730%
2012	0,350%	0,123%	0,4730%
2013	0,357%	0,125%	0,4820%
2014	0,363%	0,128%	0,4910%
2015	0,370%	0,130%	0,5000%

Fuente: folio 1176

- (142) La base del canon estará constituida por el importe total de los ingresos brutos de publicidad y de las subvenciones que obtenga mensualmente INTERECONOMÍA en cada uno de los centros emisores.
- (143) En cuanto a deducciones y bonificaciones a la que se aplican las siguientes deducciones para obtener la base neta:
- i. Del importe bruto de las subvenciones se aplica una deducción de un 30% en atención a la finalidad compensatoria que estos ingresos tienen en cada INTERECONOMÍA por el cumplimiento de la misión y las obligaciones específicas de servicio público que le impone a la misma su estatuto legal, y que determina que participe parcialmente de la naturaleza de entidad cultural de carácter no lucrativo.
 - ii. Del importe bruto de los ingresos publicitarios se descontarán las comisiones abonadas a las agencias, intermediarios publicitarios, etc. legalmente establecidos, con el límite del 10% de la cantidad que cada anunciante haya abonado.
- (144) Además, se aplica una deducción del 6% sobre la cuota en concepto de bonificación por la información sobre la utilización de fonogramas en sus emisiones.
- (145) Cuando el resultado del cálculo de la tarifa multiplicada por la base y una vez aplicados los descuentos anteriores resulte una cantidad inferior a las cantidades que a continuación se indican, la entidad deberá abonar mensualmente por cada canal las siguientes tarifas:

	Derechos de Comunicación Pública	Derechos de reproducción
Categoría especial	123,63 Euros	43,44 Euros
Categoría primera	74,21 Euros	26,07 Euros
Categoría segunda	49,42 Euros	17,38 Euros
Categoría tercera	24,76 Euros	8,69 Euros
Categoría cuarta	14,82 Euros	5,21 Euros

Fuente: folio 1178

(146) El contrato dispone de una cláusula de parte más favorecida.

V.2.f) Contrato para regular las condiciones en que las emisoras de televisión autonómicas integradas en FORTA (Federación de Organismos o Entidades de Radio y Televisión Autonómicas) procederán a la comunicación pública y a la reproducción para la comunicación pública de fonogramas

(147) Este contrato fue firmado el 16 de abril de 2010 entre AGEDI-AIE y Canal Sur Televisión S.A., Televisió de Catalunya S.A., Televisión Autonómica Valenciana, S.A., Televisión de Galicia, S.A., Euskal Telebista –Televisión Vasca, S.A. Televisión Pública de Canarias, S.A., Televisión Autonómica de Castilla-La Mancha , S.A., Televisión Autonómica de Murcia, S.A., Televisión Autonómica de Aragón, S.A. y Televisió de les Illes Balears, S.A. para regular las condiciones en que las emisoras de televisión autonómicas integradas en el FORTA procederán a la comunicación pública y a la reproducción para comunicación pública de fonogramas (folios 1147 a 1163).

(148) Cada una de las TELEVISIONES AUTONÓMICAS firmantes de este acuerdo satisface trimestralmente a AGEDI-AIE, en concepto de remuneración por comunicación pública y a AGEDI en concepto de reproducción para la comunicación pública, las cantidades que resulten de la aplicación de la tarifa que establecida a continuación:

Tarifas de AGEDI/AIE por comunicación pública y reproducción de fonogramas por emisoras de televisión			
Año	Derecho de Comunicación Pública AGEDI-AIE	Derecho de Reproducción AGEDI	Total
2008	0,310%	0,110%	0,420%
2009	0,325%	0,113%	0,438%
2010	0,338%	0,119%	0,457%
2011	0,350%	0,123%	0,473%

Fuente: Folio 1152

(149) La base neta sobre la que se aplicará la tarifa estará constituida por el importe total de los ingresos brutos de publicidad y de las subvenciones que obtenga anualmente cada TELEVISIÓN AUTONÓMICA, al que se aplican las siguientes deducciones para obtener la base neta:

- i. Del importe bruto de las subvenciones se aplica una deducción de un 30% en atención a la finalidad compensatoria que estos ingresos tienen en cada TELEVISIÓN AUTONÓMICA por el cumplimiento de la misión y las obligaciones específicas de servicio público que le impone a la misma su estatuto legal, y que determina que participe parcialmente de la naturaleza de entidad cultural de carácter no lucrativo.

- ii. Del importe bruto de los ingresos publicitarios se descontarán las comisiones abonadas a las agencias, intermediarios publicitarios, etc. legalmente establecidos, con el límite del 10% de la cantidad que cada anunciante haya abonado.

(150) Además, se aplica una deducción del 6% sobre la cuota en concepto de bonificación por la información sobre la utilización de fonogramas en sus emisiones.

(151) Como resultado de aplicar los tipos establecidos a los datos y circunstancias facilitados por las TELEVISIONES AUTONÓMICAS y aceptados por AGEDI-AIE, aquéllas abonarán a éstas, los siguientes importes:

Año 2008

Total a abonar.....	2.053.418,97 Euros
Comunicación Pública.....	1.515.618,76 Euros
51% AGEDI.....	772.965,57 Euros
49% AIE.....	742.653,19 Euros
Reproducción 100% AGEDI.....	537.800,21 Euros

Año 2009

Total a abonar.....	2.100.000 Euros
Comunicación Pública.....	1.558.219,18 Euros
51% AGEDI.....	794.691,78 Euros
49% AIE.....	763.527,40 Euros
Reproducción 100% AGEDI.....	541.780,82 Euros

Año 2010

Total a abonar.....	2.300.000 Euros
Comunicación Pública.....	1.701.094,09 Euros
51% AGEDI.....	867.557,99 Euros
49% AIE.....	833.536,11 Euros
Reproducción 100% AGEDI.....	598.905,91 Euros

Año 2011

Total a abonar.....	2.400.000 Euros
Comunicación Pública.....	1.775.898,52 Euros
51% AGEDI.....	905.708,25 Euros
49% AIE.....	870.190,27 Euros
Reproducción 100% AGEDI.....	624.101,48 Euros

- (152) *El contrato prevé que las cuotas calculadas para los años 2010 y 2011 con arreglo a las previsiones de las partes, se ajustarán atendiendo al siguiente criterio:*
- (153) *Para cada anualidad (2010, 2011), si los ingresos agregados de todas las TELEVISIONES AUTONÓMICAS decayesen, se calculará el porcentaje de disminución de los mismos respecto a los del año 2009 y 2010, respectivamente. El porcentaje resultante se aplicará para ajustar a la baja las cuotas previstas para 2010 y 2011 con el límite, en todo caso, de 2.230.000 euros para el ejercicio de 2010 y 2.350.000 Euros, para el ejercicio de 2011.*
- (154) *En el supuesto de que los ingresos indicados de las TELEVISIONES AUTONÓMICAS en su conjunto no decayesen, respecto de los del ejercicio inmediatamente anterior, las cantidades máximas a pagar son las señaladas en el párrafo anterior para cada uno de los años 2010 y 2011.*
- (155) *La duración del contrato establecida es desde enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2011. Una vez extinguido el contrato, si la/s TELEVISION/ES AUTONÓMICA/S continúan usando fonogramas de AGEDI/AIE, las TELEVISIONES AUTONÓMICAS deberán abonar la contraprestación vigente en el último año de vigencia del contrato o su prórroga. Lo dispuesto en este apartado únicamente podrá ser aplicable hasta 31 de diciembre de 2012.*
- (156) *El contrato incluye una cláusula de parte más favorecida.*

V.2.g) Televisión Autónoma de Madrid, S.A. (TELEMADRID)

- (157) *TELEMADRID tiene firmados dos acuerdos con AGEDI-AIE, uno que regulariza la situación de los años 2008 y 2009 y otro para el periodo 2002 a 2007.*
- (158) *En el primero, TELEMADRID por medio de este acuerdo firmado el 27 de julio de 2010, se adhiere al convenio de FORTA de 16 de abril de 2010. (folios 1164 a 1166)*
- (159) *No obstante, respecto a los derechos devengados como contraprestación por actos de comunicación pública y reproducción instrumental de fonogramas, AGEDI-AIE han acordado con TELEMADRID que para el periodo 2008 a 2009 dicha emisora abonará 572.222 euros más IVA. En cuanto a la remuneración a abonar por TELEMADRID correspondiente a los años 2010 y 2011 deberá ser la FORTA la que deberá comunicar a AGEDI-AIE qué cantidad, del total acordado entre ambas partes mediante Convenio de fecha 16 de abril de 2010, corresponde, sin que la suma de todos los importes a pagar por las TELEVISIONES AUTONÓMICAS asociadas a FORTA (incluyendo TELEMADRID) puede ser inferior al total acordado (2.600.000 euros más IVA correspondientes al año 2010 y 2.700.000 euros más IVA correspondientes al año 2011)*
- (160) *En el segundo, firmado el 27 de julio de 2010, (folios 1167 a 1169) ambas partes acuerdan regularizar la situación de TELEMADRID respecto a los*

actos de comunicación pública y reproducción instrumental de fonogramas desde enero de 2002 a diciembre de 2007. TELEMADRID se compromete a abonar a AGEDI-AIE 628.708,37 euros, IVA incluido y AGEDI-AIE se comprometen a desistir del procedimiento judicial una vez satisfecho el pago de las cantidades en la forma y plazos previstos”.

67. En la tabla siguiente se resume la comparativa por años y televisiones de los acuerdos antes descritos, lo que permite contrastar visualmente los criterios aplicados a unos y otros operadores. Las siglas IN significan Ingresos netos, pero no coinciden con el concepto de Ingreso neto expresado en las Taifas generales, sino que comprende otras partidas de descuentos, como puede ser un 10% de los ingresos por publicidad en concepto de agencia. Los distintos acuerdos tienen distintas vigencias, de forma que las casillas en blanco significa que no hay acuerdo conocido para ese año.

	TG		TVE		T5		SOGECABLE (CUATRO)	LA SEXTA	INTERECONOMÍA	FORTA	TELEMADRID
	IB	IN	Diciembre 2006	Abril 2008	Enero 2008	Octubre 2009	Julio 2008	Marzo 2009	Octubre 2010 Fecha contrato	Abril 2010	Julio 2010
2004	[...] %	[...] %	[...] % IN [...] €		Desde 1990 a 2008 incluidos, [...] €+IVA + [...] € campanas en defensa de DPI		1990 a 2008 [...] € + IVA + [...] €+IVA por CUATRO desde 2005 a 2008 incluidos		[...] € IVA incluido hasta 1 octubre 2010		De 2002 a 2007 [...] € IVA incluido
2005	[...] %	[...] %									
2006	[...] %	[...] %									
2007	[...] %	[...] %		[...] €+IVA				[...] €+ IVA			
2008	[...] %	[...] %		[...] €+IVA						[...] % IN + [...] % descuento [...] €	[...] +IVA
2009	[...] %	[...] %	[...] % a 0.[...] % IN + Descuento [...] % por colaboración envío datos. Mínimo: [...] % IB			[...] %IB A Cuenta, prorrogable a 31 diciembre de 2012				[...] % IN + [...] % descuento [...] €	
2010	[...] %	[...] %								[...] % IN + [...] % descuento [...] €	Se adhiere a FORTA. Limite Máximo [...] €+ IVA
2011	[...] %	[...] %					[...] % a [...] % IN, pero IN definidos específicamente en el contrato + Descuento del [...] % por colaboración + clausula de mas condiciones mas favorables	Idem CUATRO sobre una base neta, a la que se aplica un [...] % descuento por colaboración, y después descuentos por inicio actividad + clausula de mas condiciones mas favorables	Desde 1 octubre 2010 [...] % a [...] % en 2015 Sobre IB + Bonificaciones del [...] % por entidad cultural de carácter no lucrativo y [...] % sobre ingresos de publicidad + [...] %descuento por colaboración	[...] % IN + [...] % descuento [...] €	Se adhiere a FORTA. Limite Máximo [...] €+ IVA
2012	[...] %	[...] %								Possible prórroga	Possible prórroga
2013	[...] %	[...] %									
2014	[...] %	[...] %									
2015	[...] %	[...] %									

V.3. EN RELACIÓN CON LAS NEGOCIACIONES ENTRE AGEDI/AIE Y ANTENA 3

- (161) ANTENA 3 afirma en su denuncia haber emprendido un proceso de negociación desde 2007 con AGEDI para poner fin a los litigios abiertos y poder pactar una remuneración para el uso de fonogramas (comunicación pública y reproducción).
- (162) Según alega ANTENA 3, tras reunión mantenida el 8 de mayo de 2007, se alcanzó entre ANTENA 3 y AGEDI un principio de acuerdo, consistente en el cobro por AGEDI de 9 millones de euros por el período transcurrido entre enero 1990 y 31 diciembre de 2006 (folio 6).
- Cobro por AGEDI de nueve millones de euros (9.000.000 €) con cargo a la cantidad ya pagada por ANTENA 3 en el procedimiento de ejecución provisional.
 - Allanamiento de las partes en todos y cada uno de los procedimientos tanto en jurisdicción civil como contencioso-administrativa. Se exceptúa el recurso interpuesto por AGEDI contra la multa de 300.000 € impuesta por el TDC.
- (163) Esta cantidad resultaba ser la suma de los 2,1 millones debidos (según criterio del TDC) por ANTENA 3 (período 1990-2002), más 6,9 millones que ANTENA 3 estaba dispuesta a pagar por el período transcurrido entre 1 de enero de 2003 y 31 de diciembre de 2006 (a pesar de que ANTENA 3 defiende no haber hecho uso de fonogramas desde abril de 2004). En el mismo acuerdo se pactaban las condiciones de futuro para los próximos ocho años y se fijaban una serie de tramos en función del porcentaje de uso real sobre el tiempo total de emisión de la cadena:

Coeficientes Correctores en aplicables a la tarifa en función del uso real del repertorio de AGEDI			
Tramos	Bajo	Normal	Alto
% de uso	menos del 7	entre el 7 y el 20	más del 20
Contraprestación	70% de la tarifa	100% tarifa	acuerdos específicos

Fuente: Folio 8

- (164) La tarifa se establecía como un porcentaje sobre los ingresos netos de publicidad publicados por ANTENA 3 en sus cuentas anuales, de conformidad con la siguiente progresión (folio 9):

(165)

Tarifa a aplicar por AGEDI a Antena 3 en el principio de acuerdo de mayo de 2007	
Año	Porcentaje
2007	0,280
2008	0,294
2009	0,306
2010	0,319
2011	0,331
2012	0,346
2013	0,360
2014	0,376

Fuente: Folio 9

- (166) ANTENA 3 indica en su denuncia que este principio de acuerdo no llegó a firmarse pues fue bloqueado a instancias de AIE. De acuerdo con ANTENA 3, AIE, tras bloquear el acuerdo el 26 de febrero de 2008, envió una propuesta a ANTENA 3 (folios 58 a 60) que seguía el esquema del principio de acuerdo con AGEDI, pero endurecía sus condiciones.
- (167) Las diferencias con la anterior propuesta consistían en liquidar el período 1990-2007 con 16,5 millones de euros, frente a los 9 millones del preacuerdo con AGEDI (período 1990-2006). Para el futuro, la propuesta establecía una tarifa que tomaba como base los ingresos brutos de publicidad (frente a los ingresos netos del preacuerdo con AGEDI). También se planteaban tres tramos no definidos de uso, con la existencia de coeficientes correctores. Ahora bien, estos tramos estaban sin definir. Además, se proponía computar los porcentajes de uso “en relación con el tiempo total de emisión de música en los espacios directos y la grabaciones audiovisuales emitidas”.
- (168) ANTENA 3 se negó a aceptar la propuesta y solicitó a las entidades de gestión información acerca de las condiciones pactadas con TELECINCO. De acuerdo con el relato de ANTENA 3, las entidades de gestión se negaban a suministrar copia del contrato alegando cuestiones de confidencialidad, pero indicaron a ANTENA 3 que TELECINCO había pagado, por el período 1990-2008 17,2 millones de euros de los que 2,7 correspondían a 2007 y 2,8 a 2008 (folio 79).
- (169) El 10 de febrero de 2009, AGEDI/AIE cursaron una nueva oferta a ANTENA 3 (folios 82 a 101). Esta propuesta establecía como compensación por el uso de derechos de AGEDI/AIE en el período 1990-2008 que ANTENA 3 pagase la cantidad de 19 millones de euros (no incluye IVA).
- (170) La propuesta anterior de AGEDI/AIE exigía 16,5 millones de euros hasta 2007, lo que significa que el período 2008 (no comprendido en la oferta anterior) se cifraba en 2,5 millones adicionales.

- (171) *En cuanto a las condiciones de futuro, según AGEDI/AIE, para el período 2009-2015, la base sobre la que calcular las cantidades a abonar sería el resultado de aplicar las tarifas generales de AGEDI y AIE a los ingresos brutos de publicidad que directa o indirectamente perciba ANTENA 3 o empresas de su grupo como contraprestación por los espacios publicitarios de cualquier clase y naturaleza de ANTENA 3, en sus distintas formas y canales de emisión. A estos ingresos brutos sólo se les descontarán los descuentos o comisiones de agencia o intermediario publicitario con un límite del 10% de los ingresos brutos.*
- (172) *A las cantidades calculadas conforme a lo anterior se les aplicará un coeficiente corrector en función del porcentaje de uso de los fonogramas, en cómputo anual, de acuerdo a las siguientes escalas.*

Coeficientes correctores en función del uso de fonogramas	
Uso de fonogramas	Coeficiente corrector
0-4,99%	0,8
5-14,99%	1
>15%	1,2

Fuente: Folio 84

- (173) *Los porcentajes de uso de fonogramas anteriormente establecidos se corresponderán con el tiempo de emisión de fonogramas comerciales en relación con el tiempo total de emisión de música en los espacios en directo y las grabaciones audiovisuales emitidas por ANTENA 3. En la mencionada oferta se preveía que, para el año 2009 y 2010, una vez evaluados los usos de los últimos 2 años de la cadena, y en función de los ingresos previstos y aplicadas todas las bonificaciones previstas en todos los apartados de este documento, ANTENA 3 abonaría a AGEDI-AIE las cantidades de 2.136.000 euros y 2.193.000 euros (IVA excluido) respectivamente.*
- (174) *ANTENA 3 rechazó también esta propuesta y trasladó a AGEDI/AIE sus exigencias, en una contrapropuesta de 30 de marzo de 2009, que consistían en los siguientes puntos:*
- *Fijación de cantidades a tanto alzado para cada año de vigencia del contrato (2009-2015), sobre la base del uso efectivo de un porcentaje máximo de fonogramas.*
 - *Aplicación de criterios de proporcionalidad respecto de la cantidad pagada por TELECINCO en 2008 para establecer esas cantidades.*
 - *Exclusión del cómputo de fonogramas de la música incluida en soportes audiovisuales.*

- *Liquidación del período 1990-2002 por la misma cantidad pagada por RTVE, en conformidad con la Resolución del TDC, confirmada por la Audiencia Nacional*
- (175) *Ante las peticiones sobre las condiciones pactadas con otros operadores, AGEDI/AIE enviaron a ANTENA 3 una carta fechada el 24 de junio de 2009 (folios 104 a 107) detallando las cantidades pactadas con TELECINCO, RTVE, CUATRO y LA SEXTA.*
- (176) *Tras varios intercambios de correos y cartas, ANTENA 3 llega a la siguiente propuesta el 20 de enero de 2010 (folio 135 a 136):*
- *Cuantificación de la deuda de ANTENA 3 con AGEDI/AIE por el periodo 1990-2009 en 16.274.560 euros, resultado de sumar 2.100.000 euros de conformidad con lo pagado por RTVE durante el periodo 1990-2002, 12.274.560 euros resultado de la aplicación proporcional a los ingresos de ANTENA 3 de lo pagado por TELECINCO por el periodo 2003-2008 y 1.900.000 euros, que es la propuesta de AGEDI/AIE para 2009. (Según ANTENA 3, el conjunto de los ingresos publicitarios de ANTENA 3 en el periodo 2003-2008 fue un 85,24% de los de TELECINCO, por lo que la cantidad equivalente a los 14,4 millones de euros pagados por TELECINCO durante dicho periodo asciende a 12.274.560 euros).*
 - *Se deducirían 3.962.284,93 euros en concepto de intereses legales devengados a favor de ANTENA 3.*
- (177) *Por su parte, con fecha 22 de enero de 2010 AGEDI/AIE cuantifican la deuda de ANTENA 3 con AGEDI/AIE de la siguiente forma (folio 154):*
- *Deuda ANTENA 3 con AGEDI/AIE (1990-2009): 18.400.000 euros*
 - *Intereses : - 3.962.284,93 euros*
 - *Campaña Publicitaria : 900.000 euros*
- (178) *ANTENA 3 rechazó esta propuesta por considerarla discriminatoria respecto de lo acordado con TELECINCO.*
- (179) *Ante la falta de acuerdo entre las partes, en la carta de 28 de enero de 2010 AGEDI/AIE, dan por finalizadas las negociaciones y afirman que ejercerán las acciones judiciales correspondientes. Asimismo, cuantifica la cantidad adeudada por ANTENA 3 en un principal de 20.201.881 euros resultado de aplicar las tarifas generales a ANTENA 3 desde el 1 de junio de 2003 al 31 de diciembre de 2009 (folios 160 a 161).*
- (180) *ANTENA 3 afirma que su posición en el inicio se basó en que no se había generado ningún derecho de remuneración por comunicación pública de fonogramas en sus emisiones televisivas desde 2004, ya que desde esa fecha han eliminado el uso de fonogramas en su actividad televisiva. No obstante, y en aras de alcanzar un acuerdo con las denunciadas, ANTENA 3 asegura que se ha mostrado dispuesta a renunciar a esa reivindicación, sin*

más exigencia que la aplicación homogénea, proporcional y equitativa de las condiciones suscritas por las denunciadas con TELECINCO.

- (181) *ANTENA 3 considera que, a pesar de que AGEDI/AIE conocen los menores ingresos de ANTENA 3, ha venido realizando propuestas en las que exigía remuneraciones idénticas que a TELECINCO o incluso superiores.*
- (182) *Finalmente, AGEDI/AIE han presentado con fecha 29 de julio de 2010 en el Juzgado de lo Mercantil nº 4 demanda de juicio ordinario contra ANTENA 3 reclamando 17.093.260 euros por actos de comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos desde el 1 de junio de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2009 por la indemnización derivada de la reproducción no autorizada de fonogramas así como al pago de costas causadas a AGEDI/AIE por el procedimiento. (folios 181 a 238)*
- (183) *Para la justificación de las cantidades reclamadas se toma como base las tarifas generales de AGEDI/AIE. De la aplicación de las tarifas generales de AGEDI/AIE a los ingresos de publicidad obtenidos por ANTENA 3 se llega a un importe adeudado de 20.179.000 euros (sin incluir IVA).*
- (184) *No obstante, AGEDI/AIE consideran que tras las sentencias nº 55 y 228 del Tribunal Supremo (folios 192 y 195) las tarifas generales de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual fijadas atendiendo exclusivamente a los rendimientos de explotación no pueden ser aceptadas apriorísticamente y procede su ponderación. Esta ponderación, de acuerdo con la interpretación de AGEDI/AIE de las referidas sentencias del Tribunal Supremo, deberá realizarse teniendo en cuenta los acuerdos alcanzados por AGEDI/AIE con otras entidades de radiodifusión sobre los mismos derechos.*
- (185) *Para ello, AGEDI/AIE añaden a la demanda un dictamen realizado por una empresa consultora, donde se calcula la cantidad a satisfacer por ANTENA 3 de Televisión S.A. por el uso de fonogramas en base a la comparación de los acuerdos alcanzados por AGEDI/AIE con otras entidades de radiodifusión (folios 475 a 565)”.*
68. En el dictamen anterior, se calculan para cada uno de los contratos que AGEDI/AIE mantienen con los operadores de televisión (TVE, TELECINCO, CUATRO y LA SEXTA), teniendo en cuenta el acuerdo alcanzado y las liquidaciones efectuadas, una media ponderada anual sobre la base de los ingresos por publicidad. el tipo medio que constituiría la tarifa que se le aplica. Una vez obtenidos estos se calcula una media ponderada de todas con ella, media que se emplea para aplicarlo sobre los ingresos de publicidad de ANTENA 3, con el propósito, dice el informe pericial, de exigir a ANTENA 3 una remuneración basada en criterios de equidad. El resultado de dicho ejercicio es que las cantidades reclamadas a ANTENA 3 por el periodo de 1 de julio de 2003 a 31 de diciembre de 2009 deberían ser de 17.093.260 €, en lugar de los 20.179.000 € que resultarían si se aplicase a ANTENA 3 las correspondientes Tarifas Generales. El cuadro siguiente resume estas estimaciones

MEDIA PONDERADA ANUAL SOBRE INGRESOS PUBLICITARIOS							
	01/06-31/12/2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Gestevisión T5, S.A.	0,3690%	0,3690%	0,3690%	0,3690%	0,3690%	0,3690%	
Televisión Española, S.A.	0,3753%	0,3382%	0,3686%	0,3381%	0,3383%	0,3553%	0,3705%
SOGECABLE, S.A. (CUATRO)	0,0000%	0,0000%	0,3206%	0,3206%	0,3206%	0,3206%	0,3705%
G.I.A. LA SEXTA, S.A.	0,0000%	0,0000%	0,0000%	0,3460%	0,3460%	0,3460%	0,3705%
MEDIA POND. ING. PUBLICITARIOS	0,3726%	0,3526%	0,3684%	0,3507%	0,3497%	0,3548%	0,3705%

Fuente: Expediente (folio 504)

69. Para el cálculo anterior el informe pericial especifica que: (i) en el caso de TVE no se han tenido en cuenta los ingresos por subvenciones a la hora de calcular el tipo medio que aplican realmente, supuestamente para homogeneizar los conceptos sobre la base y tener así en cuenta criterios equitativos; (ii) en el caso de TELECINCO de la cantidad total acordada en 2008, el informe dice que se asignan al periodo 1990-2002 el mismo importe que el contrato de TVE en dicho periodo y establece que eso es 1.250.000 de euros y para el periodo 2003 a 2009 los restantes 15.950.000 euros; y (iii) en el caso de CUATRO y LA SEXTA se ha eliminado la bonificación por inicio de actividad, por lo que el tipo resultante obtenido sería el aplicado por AGEDI en ausencia de tal descuento.
70. Además de los contratos relatados anteriormente, constan en el expediente los ingresos de publicidad y subvenciones de los principales operadores de televisión en abierto nacionales, que AGEDI/AIE han tenido en cuenta en el informe pericial que aportaron en su pleito con ANTENA 3 (folios 472 a 562) y que se relata en el anterior epígrafe. Esta información le ha permitido a la Dirección de Investigación reconstruir anualmente la tarifa efectiva que AGEDI/AIE habría estado aplicando como resultado de los contratos anteriores, y que se muestra en el cuadro siguiente. Se trata de un cálculo que a diferencia del informe pericial considera tanto las cantidades realmente liquidadas, como las bases de ingresos realmente utilizadas para realizar dichas liquidaciones.

PESO RELATIVO PAGOS A AGEDI/AIE PRINCIPALES TELEVISIONES EN ABIERTO NACIONALES								
<i>(Remuneración a AGEDI/AIE / Ingresos por publicidad y subvenciones)</i>								
	2003 (jun-dic)	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
RTVE (con subv.)	0,227%	0,230%	0,242%	0,230%	0,317%	0,349%	0,324%	0,301%
TELECINCO	0,370%	0,369%	0,369%	0,369%	0,369%	0,370%	0,250%	0,250%
CUATRO	-	-	0,074%	0,089%	0,125%	0,198%	0,259%	0,376%
LA SEXTA	-	-	-	0,047%	0,102%	0,141%	0,223%	0,272%
Media ponderada	0,278%	0,281%	0,297%	0,265%	0,302%	0,321%	0,286%	0,292%

Fuente: Elaboración propia con datos del informe pericial para ingresos por publicidad y remuneración total. Párrafo (253) PCH

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Normativa de aplicación

El 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por la que se crea la CNC y declara extinguidos el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia. La Disposición Transitoria Primera, en su número 1, dispone que los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley, se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio.

La Dirección de Investigación en el Informe Propuesta que ha elevado al Consejo le propone que se declare la existencia de una infracción única y continuada, por conductas prohibidas en los artículos 2 de la Ley 15/2007 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Por lo que respecta a la aplicación del artículo 2 fundamenta esta propuesta en que si bien la infracción imputada a AGEDI/AIE se ha desarrollado desde el 1 de junio de 2003, cuando todavía estaba en vigor la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, hay que tener en cuenta (i) que el artículo 2 de la LDC reproduce el artículo 6 de la Ley 16/1989, por lo que no hay alteración alguna de la calificación jurídica de la infracción, y (2) que el Consejo de la CNC en su resolución de 23 de febrero de 2011 en el expediente 2785/07, ya ha fundamentado la ausencia para el infractor de ventaja alguna derivada de la aplicación de una u otra norma, por lo que ante el hecho de la irrelevancia de aplicar una u otra norma, y dado que la infracción se habría producido desde 2003 hasta la actualidad, se entiende que debe ser de aplicación en el presente expediente la Ley 15/2007 y no la Ley 16/1989. Esta valoración es compartida por el Consejo de la CNC.

En cuanto a la aplicación del artículo 102 TFUE, éste será de aplicación cuando la conducta de la empresa o empresas en cuestión “puedan afectar al comercio entre países de la UE”. El criterio del efecto sobre el comercio limita el alcance de la aplicación de los artículos 101 y 102 a aquellas conductas que puedan producir un nivel mínimo de efectos transfronterizos en la UE, circunstancia que según la Dirección de Investigación concurre en este caso. Fundamenta tal opinión en doble circunstancia. Por un lado, porque a los productores de fonogramas y a los artistas, intérpretes y ejecutantes de origen comunitario la LPI (en los artículos 165 y 164 respectivamente) les atribuye los mismos derechos que a los productores españoles. Y por lo tanto la gestión de AGEDI y AIE se extiende a la recaudación por los derechos económicos devengados por la comunicación pública de fonogramas cuya titularidad corresponda a titulares otros países de la Unión Europea.

Y por otro lado, porque cualquier empresa comunitaria de televisión que opere en territorio español y que comunique públicamente fonogramas, debe negociar con AGEDI/AIE la remuneración de este derecho de propiedad intelectual, siendo estas entidades las únicas habilitadas para gestionar la comunicación pública de fonogramas. Consecuentemente las conductas de AGEDI/AIE investigadas en el presente expediente son susceptibles de afectar al comercio intracomunitario, cumpliéndose así los criterios de posible afectación al comercio entre Estados miembros desarrollados en la Comunicación de la Comisión Europea de Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio, lo que permite la aplicación del artículo 102 TFUE a los efectos del presente expediente.

Por el contrario AGEDI/AIE alegan la inexistencia de afectación al comercio comunitario, y citan la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, de 13 de junio de 2011, dictada en el Procedimiento Ordinario n 2 646/2009, seguido a instancia de AIE contra la Resolución del Consejo de la CNC de 23 de julio de 2009, en el procedimiento administrativo sancionador n-Q 651/98 (AIE/T5). La sentencia estima parcialmente el recurso, declarando conforme a Derecho la Resolución administrativa, excepto en el extremo relativo la infracción del artículo 82 del TCE. Ciertamente la sentencia argumenta que no consta acreditado en el expediente la afectación al comercio comunitario, porque *“no existe prueba suficiente que la conducta haya afectado al comercio entre los Estados miembros ni la magnitud del mismo”*. Dicha falta de prueba la basa en que en la resolución recurrida *“no se indica el porcentaje de artistas, intérpretes o ejecutantes musicales de otros Estados miembros de la Unión Europea que integran el repertorio de la AIE y porque se desconoce cuales son los ingresos de explotación de T5 en base a los que se exigía la tarifa por AIE y si vienen limitados a los resultados en España o de otros países de la Unión Europea”*.

El Consejo comparte con la Dirección de Investigación que al caso presente le es de aplicación el artículo 102 TFUE. Los repertorios de las entidades de gestión incluyen como titulares de DPI a los residentes en el país donde opera la entidad de gestión en cuestión, pero en virtud de los convenios de reciprocidad descritos en el HP 53 éstas entidades también recaudan y liquidan en nombre de titulares de DPI foráneos

de forma recíproca. Por lo tanto, a juicio de este Consejo la forma de operar estas entidades no requiere necesariamente ni que en su repertorio estén identificados cada uno de los titulares de DPI foráneos ni que en los contratos con los operadores de televisión se especifique que parte de los ingresos de explotación se verán sometido a la recaudación para remunerar derechos nacionales frente a extranjeros como forma de acreditar la existencia de efectos en otros estados Miembros. En su lugar se ha optado por la firma de convenios de reciprocidad bilateral, de forma que la política de recaudación ejercida en un estado miembro tendrá indudablemente efectos sobre el reparto de los derechos a titulares de otros países, y no solo de la Unión Europea, sino de otros países.

De igual forma, y por lo que respecta al mercado afectado de las televisiones, la conducta, en tanto en cuanto afecta a un *input* básico e imprescindible para cualquier operador de televisión, ya sea nacional o comunitario, y se desarrolla por parte del monopolista de dicho *input*, tiene objetivamente aptitud para afectar a la actividad económica que desarrollan los operadores en el mercado español, y por tanto a sus incentivos a operar en dicho mercado. Estos fundamentos, junto al carácter de unicidad de la Sentencia de la Audiencia Nacional citada por AGEDI, sentencia que además carece aun de firmeza, llevan al Consejo a rechazar la alegación planteada por AGEDI/AIE a este respecto.

SEGUNDO.- Alegaciones sobre cuestiones procedimentales

En una primera alegación, AGEDI/AIE consideran que el expediente Sancionador es improcedente, y ello porque a su juicio se basa en actuaciones ilegales de A3. Dicha actuación ilegal sería la de estar incumpliendo la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2011 al estar comunicando públicamente desde 2003 fonogramas sin pagar por el uso de ese derecho. En dicha Sentencia el Alto Tribunal mantiene la prohibición impuesta por el juzgado de Primera Instancia de 14 de mayo de 2004, en cuanto a *“suspender la reproducción y comunicación pública de los fonogramas de repertorio de la entidad de gestión demandante y la prohibición de reanudarlas”*.

En primer lugar debe tenerse en cuenta que el presente expediente sancionador se inicia por indicios de infracción de AGEDI y AIE, indicios que a juicio de la Dirección de Investigación han resultado ser hechos acreditados constitutivos de infracción contra la LDC. Y en segundo lugar el Consejo debe recordar a AGEDI y AIE que el cumplimiento de la legislación vigente implica que, bajo el artículo 49.1 *“La Dirección de Investigación incoará expediente cuando se observen indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas y notificará a los interesados el acuerdo de incoación.”* que es precisamente lo que ha ocurrido en el caso aquí analizado. Estos hechos no pueden quedar desvirtuados por lo alegado por AGEDI y AIE, independientemente de que ANTENA 3 esté o no, como pretende AGEDI y AIE, incumpliendo la Sentencia del Tribunal Supremo citada. A este respecto procede reflexionar sobre que (i) no es la CNC quien tiene encomendado la ejecución y vigilancia de las sentencias del orden civil; y (ii) que ni tan siquiera está acreditado que ANTENA 3 esté incumpliendo dicha sentencia (así lo alega ANTENA 3 en este expediente), y si así considera AGEDI y AIE que está sucediendo, podría, en todo caso, denunciarlo ante la instancia que corresponda. En resumen, no se puede

pretender que un supuesto incumplimiento de una sentencia por parte de ANTENA 3 sirva de coartada para que la Dirección de Investigación no actúe ante una presunta infracción de AGEDI y AIE.

Alega también AGEDI y AIE que el inicio del procedimiento ha sido irregular, sobre la base de que se solicitó el traslado de la denuncia, y que la Dirección de Investigación lo denegó, en contra de la RTDC de 15 de marzo de 2007 y de STS. Según su criterio, la información trasladada no era insuficiente y no contenía todos los elementos contenidos en la denuncia y relacionados con los hechos denunciados, como establece la citada RTDC. La Dirección de Investigación se habría limitado a incoar expediente sancionador, pretendiendo que con la instrucción se habría subsanado cualquier defecto. Sin embargo, en su opinión, solo la anulación de todo lo actuado subsanaría la falta de respeto al derecho a la defensa.

Insiste la parte en esta alegación a pesar de que la misma ya fue planteada con motivo de las alegaciones al PCH, y contestada suficientemente por la Dirección de Investigación. Mantiene que la información ofrecida por la Dirección de Investigación a la hora de solicitarle información durante la fase de información reservada no era suficiente para cuidar el derecho de defensa en su respuesta; que la SAN de 7 de febrero de 2005 -que confirma una RTDC previa de 7 de marzo de 2002- citada por la Dirección de Investigación no es de aplicación al caso porque en su resolución el TDC argumentaba que si el recurrente consideraba insuficiente la información proporcionada debería haber pedido traslado de la denuncia, y que eso es precisamente lo que AGEDI y AIE han hecho en esta ocasión; y rechaza el argumento de la Dirección de Investigación de que en todo caso con la incoación “se activaron todos los mecanismos procesales propios del expediente sancionador y entran en juego las disposiciones de la LDC que permiten, entre otros derechos para el imputado, el pleno acceso al expediente con el fin de garantizar su derecho de defensa. Así, desde el momento de la incoación del expediente sancionador se ha dado acceso al expediente a AGEDI/AIE, que han hecho efectivo su derecho en numerosas ocasiones.”

El tenor literal del escrito de la Dirección de Investigación que AGEDI y IAE consideran insuficiente es el siguiente: *“Denunciante: Antena 3 de Televisión, S.A.; Denunciadas: Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y Artistas, Intérpretes y Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España.; Fecha de la Denuncia: 17 de septiembre de 2010; Hechos que se imputan: Exigencia de tarifas abusivas y discriminatorias a Antena 3 de Televisión con respecto a otros operadores de televisión en abierto.; y Posible Calificación Jurídica: Infracción del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia”*.

A la vista de lo anterior el Consejo no puede compartir las pretensiones de AGEDI y AIE en esta alegación. Y en abundamiento a la respuesta dada por la Dirección de Investigación sobre la suficiencia del contenido de la denuncia comunicado a AGEDI y AIE, y también respecto al argumento de AGEDI y AIE de la improcedencia de la cita de la SAN de 7 de febrero de 2005, cabe citar la reciente RCNC de 29 de septiembre de 2011 en el expediente R/0079/11 Heineken, con motivo de un recurso

contra un acuerdo de la Dirección de Investigación que les denegaba su solicitud de traslado de la denuncia en la fase de información reservada. En ella el Consejo fundamenta, con respecto a la improcedencia del traslado de la denuncia que:

“El art. 26 del RDC in fine establece: “Cuando la Dirección de Investigación solicite la información al denunciado, le notificará todos los elementos objetivos contenidos en la denuncia y relacionados con los hechos denunciados.”

En este sentido, la SAN de 7 de febrero de 2005 (recurso n° 192/2002), confirmaba, al referirse al derecho de defensa del art. 24 de la CE, que *“no se aprecia violación de este derecho, porque el Servicio de Defensa de la Competencia al realizar su información reservada y solicitar datos y determinada información a la empresa denunciada, le hizo saber los elementos esenciales de la denuncia contra ella formulada....*

Resulta, por tanto, pertinente, en primer término, rechazar la solicitud efectuada por la recurrente con respecto a la copia de la denuncia, pues de conformidad con el antedicho precepto, dicho traslado de la denuncia, manifiesta y expresamente, no procede en el marco de la información reservada prevista en el art. 49.2 de la LDC, siendo suficiente en este momento procesal, comunicar al denunciado los elementos objetivos contenidos en la misma relacionados con los hechos denunciados. De la copia de la denuncia, únicamente se da traslado si en su caso llegara a incoarse expediente sancionador (art. 28.2 del RDC).

Por ello, la denegación a este respecto contenida en el Acuerdo recurrido de 3 de agosto de 2011 está plenamente justificada y motivada, y resulta íntegramente ajustada a Derecho.”

Y con respecto a la suficiencia de la información aportada sobre la denuncia, en la misma resolución fundamentaba este Consejo que:

“El nivel de prolijidad sobre los hechos denunciados, y las circunstancias que los enmarcan, que exige la recurrente (tal y como consta en el anexo que adjunta a su escrito de recurso), no se corresponde ni siquiera con el contenido mínimo necesario exigido por la legislación para la viabilidad de la denuncia (art. 25. 2 de la RDC), ni tampoco con el grado de detalle que debe fundamentar una Orden de investigación, en caso de que se ordenara una inspección domiciliaria, o que se debe exigir del Acuerdo de incoación. Ello ha sido confirmado jurisprudencialmente, por la sentencia de la AN de 23 de junio de 2010 en cuyo fundamento jurídico segundo se puede leer:

“Se imputa vicio de nulidad al Acuerdo de incoación y orden de investigación en cuanto no concreta los hechos objeto de las actuaciones. Tanto el Acuerdo de incoación como la orden de investigación se basan en “indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LEC... relativas a la fijación de precios así como otras condiciones comerciales o de servicio, de forma directa o indirecta, podrían haber comenzado en el año 2003 y continuar en vigor afectando al sector de las actividades transitarias por carretera.

Existe por ello delimitación de hechos que van a ser investigados, si bien los mismos no se concretan con detalle, ello no es objeto de una orden de investigación ni de un acuerdo de incoación, porque, precisamente, las actuaciones de investigación que se sigan en el expediente tienden a fijar los hechos; pero lo que resulta evidente, es que existe una delimitación del objeto de la investigación.”

En el mismo sentido la más reciente sentencia de la AN de 20 de julio de 2011 (núm. recurso 131/2010), referido al nivel de concreción de la orden de investigación que constituye, como es sabido, el título habilitador para una injerencia de la Administración más intensa y gravosa en la esfera del administrado que el requerimiento de información, como es la inspección. En su razonamiento jurídico tercero, que, a juicio del Consejo, resulta perfectamente aplicable al traslado del contenido de la denuncia, la Sala declara: *“Ciertamente los términos en que está redactada la orden de investigación son términos generales y no se da una información detallada pero esta Sala considera que la misma cumple con los parámetros establecidos en el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la competencia al indicar de forma suficiente el objeto, finalidad y alcance de la Inspección”. Y más adelante: “Por otra parte la Administración no está obligada en esa fase [información reservada] a dar una información más detallada sino la estrictamente necesaria para concretar el objeto, finalidad y alcance de la Inspección”.*

En este caso, visto el contenido de la solicitud de información, y teniendo en cuenta toda la doctrina citada, este Consejo estima que la información suministrada por la Dirección de Investigación en su escrito de 26 de octubre de 2010 ha de considerarse suficiente, toda vez que cumple los requisitos establecidos en el artículo 26 del RDC para la fase de información reservada. Pero además, como fundamenta la Dirección de Investigación, durante el proceso de instrucción derivado de la incoación del expediente, la totalidad del mismo ha estado a la vista de los interesados, lo que ha permitido no solo el acceso a la denuncia, sino la garantía de que todos los imputados han visto respetado escrupulosamente su derecho de defensa.

Se insiste también en la falta de resolución sobre la recusación de la instructora, lo que les impide saber cuales eran las necesidades del servicio que motivaron el cambio de Instructor que se produjo y que ello afecta al derecho de defensa de AGEDI y AIE. En primer lugar, la designación de los instructores a los caso a instruir, al igual que su cambio durante la instrucción, es una facultad potestativa de la Dirección de Investigación, quien realiza dicha labor organizando los recursos públicos de los que dispone de la forma más eficiente para el logro de los objetivos que la ley le encomienda. Es evidente que dichas decisiones corresponden al ámbito de sus competencias, sin que la Dirección de Investigación venga obligada a dar cuentas a los interesados en los expedientes en curso. AGEDI y AIE presentaron recusación contra el instructor inicialmente asignado al caso, pretendiendo por tanto su relevo. Con posterioridad se produjo dicho relevo, justificado por la Dirección de

Investigación sobre la base de las necesidades del servicio. Y en respuestas a las alegaciones ya planteadas por AGEDI y AIE la Dirección de Investigación también ha señalado que: *“En todo caso, esta Dirección de Investigación considera que en el presente caso no se daban los criterios de “interés personal” de la instructora en el expediente de referencia que hubiesen justificado la admisión de la recusación solicitada, conforme a lo establecido por el Consejo de la CNC en sus resoluciones de 23 de mayo de 2011 y 25 de mayo de 2011 sobre las piezas separadas RC/1/10 y RC/2/10 en los expedientes S/0104/08 y S/0319/10.”*

Entiende el Consejo que una vez producido el cambio de instructor decae el objeto del escrito de recusación planteado por AGEDI y AIE, y consecuentemente la necesidad de un Acuerdo motivado en contestación al escrito de la recusación planteado. No alcanza a ver este Consejo, ni tampoco el interesado lo ha argumentado, como una actuación de la Dirección de Investigación cuya consecuencia práctica eventualmente coincide con las pretensiones del interesado puede a su vez afectar su derecho de defensa.

TERCERO.- Sobre las solicitudes planteadas ante el Consejo

En su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución AGEDI y AIE solicitaron la realización de ciertas pruebas así como la celebración de vista ante el Consejo.

Las pruebas solicitadas consistían en la declaración de dos de las personas responsables del informe NERA CONSULTING, aportado por AGEDI y AIE; la declaración del autor del Informe elaborado por MEDINA Y MEZQUETILLAS CONSULTORES, S.L., que consta en el expediente y que fue utilizado en la demanda presentada por AGEDI/AIE contra A3 para determinar la cantidad que fue objeto de reclamación; la declaración del autor del estudio elaborado por Q ÍNDICE, S.L., que versa sobre el coste de implementar mecanismos de mediciones de uso de fonogramas; y la declaración del Director de Gestión de Derechos de RTVE, que es quien contestó en mayo de 2011 el Oficio del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, relacionado con la posibilidad de cómputo del uso de fonogramas en TVE.

Por una parte, todos los informes de parte identificados en la solicitud de prueba y la declaración del Director de Gestión de Derechos de RTVE constan en el expediente. Por otra, en su solicitud AGEDI y AIE no solo no especifican el contenido sobre el que deberían versar dichas declaraciones, sino que tampoco presentan ninguna fundamentación sobre el objeto de dichas declaraciones, ni sobre en que forma pueden ampliar o aclarar lo ya actuado. Lo mismo cabe señalar sobre la solicitud de vista. Por ello, vistos los hechos contenidos en el expediente, las imputaciones realizadas por la Dirección de Investigación, las alegaciones realizadas por las partes, y la solicitud de prueba planteada, el Consejo al no apreciar como la realización de las mismas o la celebración de la vista puede contribuir a una mejor comprensión de los hechos acreditados que contribuyese eventualmente a su mejor formación del juicio que debe realizar sobre todo lo expuesto, acordó no acceder a la realización del trámite solicitado.

Durante la tramitación del presente expediente AGEDI y AIE solicitaron el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente, solicitud

que fue denegada por acuerdo de la Dirección de Investigación. Dicho acuerdo fue recurrido ante el Consejo de la CNC, resolviendo éste su desestimación mediante Resolución RCNC R/0085/11 AGEDI-AIE, de 28 de diciembre de 2011, que fue recibida por las partes el 2 de enero de 2012. Contra dicha Resolución se ha presentado recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional el 10 de febrero de 2010, y ha sido admitido a trámite el 27 de marzo de 2012. En dicho recurso solicitan suspensión de la tramitación del presente expediente sancionador. Posteriormente, el 11 de abril de 2012 AGEDI y AIE han presentado la solicitud de suspensión de procedimiento ante el Consejo de la CNC.

Sobre la solicitudes de suspensión de los procedimientos administrativos originados por la Resolución de 28 de diciembre de 2011 RCNC R/0085/11 AGEDI/AIE, debe declarar este Consejo que tal pretensión no resulta procedente en la medida en que los efectos que, en el presente procedimiento, tendría una sentencia judicial favorable a los intereses de AGEDI sería los mismos con independencia de que la resolución se hubiera adoptado o no, puesto que habría que retrotraer actuaciones al momento de solicitud de inicio de las actuaciones tendentes a su terminación convencional para su tramitación. Es decir, que la decisión de no suspender este procedimiento no priva en modo alguno de su finalidad legítima al recurso contencioso-administrativo interpuesto.

CUARTO.- La conducta imputada

El Consejo debe valorar en esta Resolución si las entidades de gestión de derechos colectivos AGEDI y AIE son responsables solidarias, como propone la Dirección de Investigación “*de haber cometido una infracción única y continuada, por conductas prohibidas en los artículos 2 LDC y 102 TFUE, consistentes en:*

- i. Vincular obligatoriamente la cuantía de la tarifa general por derechos de comunicación pública de fonogramas en televisión, con los ingresos de publicidad y subvenciones del usuario, cuando dichos ingresos no tienen en cuenta la utilización real de los fonogramas, y podrían existir alternativas capaces de medir de una forma más precisa dicha utilización sin dar lugar a un incremento injustificado de los costes. Asimismo, las distintas ofertas de sistemas de contraprestación en función del uso realizadas por AGEDI y AIE a ANTENA 3 tienen un carácter inequitativo y no sirven como base para negociar un sistema de contraprestación equitativo en función del uso.*
- ii. Aplicar a ciertos operadores de televisión en abierto unas condiciones más ventajosas que a otros, sin que exista justificación objetiva para ello, en la medida en que dichas diferencias de trato sitúan a unos operadores competidores en situación desventajosa frente a otros.”*

Para llegar a esta valoración, la Dirección de Investigación analiza los elementos que constituyen el tipo infractor del abuso de posición de dominio. Comienza por la delimitación del mercado relevante en el que operan los imputados, la existencia de la posición de dominio de los mismos, el carácter abusivo de la conducta, y la existencia de justificación objetiva para tal conducta.

En su Informe Propuesta la Dirección de Investigación considera que se trata de una conducta que se desarrolla en el “mercado de la gestión del derecho de remuneración a los productores y a los artistas, intérpretes o ejecutantes por la comunicación pública de fonogramas en televisión”. Respecto a la posición de dominio “(196) (...) AGEDI y AIE actúan como una unidad económica y disfrutan de una posición de dominio en el mercado de [la gestión de los derechos de una remuneración equitativa y única que corresponde a los productores y a los artistas, intérpretes o ejecutantes por la comunicación pública de fonogramas en televisión. Así, no existe en España ninguna otra entidad de gestión ni española ni extranjera que gestione el mismo derecho. Ello permite concluir que la posición de AGEDI y AIE es de monopolio absoluto con una cuota de mercado de un 100%.

(197) La posición de mercado de AGEDI y AIE en el mercado de referencia se ve reforzada por el hecho de que el expediente que nos ocupa, recae sobre un derecho de gestión colectiva obligatoria. Como se ha indicado anteriormente, la gestión colectiva obligatoria implica que el derecho administrado por AGEDI y AIE no puede ser gestionado directamente por los beneficiarios del mismo (en este caso, los productores de fonogramas y los artistas, intérpretes o ejecutante) de modo que necesariamente este derecho debe ser gestionado a través de una entidad de gestión.

(198) Asimismo, AGEDI y AIE cuentan con una independencia significativa a la hora de fijar y aplicar efectivamente las tarifas de los derechos de comunicación pública de fonogramas que gestionan, entre otros ámbitos, en la comunicación pública por televisiones en abierto. Esto se evidencia entre otros aspectos en el crecimiento que han experimentado las tarifas generales de AGEDI y AIE, que se ha trasladado a las cantidades efectivamente pagadas por las televisiones en abierto, y en los distintos pleitos judiciales que AGEDI y AIE han mantenido con televisiones, entre ellas, la denunciante, ANTENA 3.

(199) Por estos motivos, esta Dirección de Investigación concluye que AGEDI y AIE disponen de una posición de dominio en el mercado de la gestión del derecho de remuneración a los productores y a los artistas, intérpretes o ejecutantes por la comunicación pública de fonogramas en televisión”.

Con respecto al carácter abusivo de la conducta, la Dirección de Investigación encuentra que existen elementos inequitativos y discriminatorios en las tarifas generales aprobadas conjuntamente por AGEDI y AIE. Analiza la inequidad de la tarifa general al poner en relación el valor de la prestación con el de la contraprestación, y concluye que:

“(212) la imposición de las tarifas generales. En opinión de esta Dirección de Investigación, una tarifa general como la fijada por AGEDI/AIE, y efectivamente aplicada en los distintos acuerdos firmados con televisiones en abierto, consistente en un porcentaje fijo de los ingresos del usuario, aumenta el riesgo de que la remuneración se aleje del valor económico de la prestación, ya que no todos los usuarios de una misma categoría utilizan las prestaciones protegidas en la misma proporción.

(213) En el presente caso, resulta evidente que no todas las televisiones en abierto comunican públicamente con la misma intensidad los fonogramas cuyos derechos gestionan AGEDI/AIE, dado que los canales de televisión pueden tener perfiles de programación muy distintos entre sí.

(214) De esta manera, con este sistema, no se da la posibilidad real a los usuarios de modular el pago según el uso que hacen el repertorio, lo que lleva a que las cadenas de televisión que menor uso hacen de ese repertorio paguen desproporcionadamente en relación con el valor económico que les aporta la comunicación pública de los fonogramas”

Y sobre la imposición de las tarifas generales considera que “*las tarifas generales de AGEDI/AIE por los derechos de comunicación pública de fonogramas en televisión serían abusivas e inequitativas en la medida que se acreditase que AGEDI/AIE no ha dado la posibilidad real a los usuarios de acordar un sistema de pago modulado en función del uso del repertorio.*” Concluye que existe efectivamente ese abuso, abuso que fundamenta en las siguientes diversas razones. En primer lugar ni en las Tarifas Generales ni en los acuerdos firmados entre televisiones y AGEDI/AIE consta que se pueda negociar con AGEDI/AIE un sistema de pago. En segundo lugar, según está acreditado durante las negociaciones entre AGEDI/AIE y ANTENA 3, se planteó formalmente, en una reunión de 8 de mayo de 2007, la posibilidad de un acuerdo que modulase el pago en función del uso, sin embargo un análisis de las ofertas concretas planteadas por AGEDI/AIE revela que el sistema ofrecido adolecía de importantes defectos que hacían inviable la facturación por uso real del repertorio de AGEDI en relación con el tiempo total de emisión de la cadena. El sistema realmente establecía tres tramos de uso, se fijaba para ANTENA 3 el tramo bajo por uso para los primeros cuatro años (2007-2010) y, si posteriormente, durante los tres primeros meses de 2011, una comisión mixta determinaba que se había superado el uso de repertorio en un 7% de su tiempo total de emisión en media, entonces ANTENA 3 quedaría obligada a pagar la tarifa completa durante los 4 años siguientes. Por el contrario, si se hubiera mantenido en el tramo bajo, ANTENA 3 elegiría el tramo para los últimos cuatro años de vigencia del acuerdo. Se excluía del cómputo la música incluida en las obras audiovisuales (películas, series, documentales, etc.), la música incluida en la publicidad, y un 1,5% del tiempo total computado por SOFRES como emisión por ANTENA 3 de fonogramas del repertorio de AGEDI. Se trata por tanto de un sistema bastante inflexible y que incluyen cláusulas que harían desaparecer totalmente la modulación por uso durante los cuatro primeros años, y la limitarían significativamente durante los cuatro años siguientes. Tampoco en el resto de contactos entre AGEDI/AIE y AIE (10 de febrero de 2009 (folios 82 a 84)) se puede interpretar una clara intención de facturar los derechos objeto de este expediente según su uso. En tercer lugar tampoco se ha evidenciado que AGEDI/AIE tenga previsto la realización de ningún estudio del uso efectivo del repertorio de fonogramas que han ido haciendo las distintas televisiones en abierto hasta la fecha, siendo esos datos absolutamente relevantes para poder determinar de forma equitativa un sistema con distintos tramos de uso, y las ponderaciones de cada tramo. Si bien, en el contexto de alguna de las negociaciones entre AGEDI/AIE y ANTENA 3 (26 de febrero de 2008 AGEDI-AIE

(folios 58 a 60), por ejemplo) se plantean que AEDI-AIE encargarán un estudio ad-hoc, para hacer una medición de uso, la realidad es que AGEDI/AIE siguen sin realizar ni ofrecer realizar ningún estudio del uso efectivo de su repertorio de fonogramas que han ido haciendo las distintas televisiones en abierto hasta la fecha, que permitan disponer de datos imprescindibles para poder determinar de forma equitativa los distintos tramos de uso, y las ponderaciones de cada tramo. Tampoco en la propuesta de contrato (de 10 de febrero de 2009) se precisa la metodología de medición de uso de música, y tan sólo se menciona que AGEDI-AIE contratarán un estudio ad-hoc que podrá ser auditado por ANTENA 3, y que este estudio se realizará en oleadas trimestrales para calcular el cómputo anual.

Según la Dirección de Investigación *“(233) las varias propuestas de acuerdo planteadas entre ANTENA 3 y AGEDI-AIE donde se introduce algún tipo de modulación basada en el uso, no estaban suficientemente desarrolladas, no explican en la mayoría de las ocasiones la metodología del cálculo del uso de fonogramas y su determinación no se vincula al estudio del uso efectivo del repertorio de AGEDI/AIE que han venido haciendo las televisiones en abierto, lo que es esencial para garantizar el carácter equitativo de la modulación por uso.*

(234) Por tanto, estas propuestas no dan la posibilidad real a las televisiones en abierto de negociar el establecimiento de un sistema de contraprestación de los derechos de comunicación pública de fonogramas en televisión en función del uso efectivo del repertorio, garantizando el carácter equitativo del sistema.

(235) Por ello, esta Dirección de Investigación entiende que el método de AGEDI/AIE de fijación de tarifas generales por derechos de comunicación pública de fonogramas a operadores de televisión, consistente en vincular la tarifa a los ingresos de publicidad y subvenciones del usuario, constituye una práctica abusiva en el sentido del artículo 2 LDC, en la medida en que estos ingresos por publicidad y subvenciones carecen de relación razonable con la prestación de AGEDI/AIE, y tendrían un carácter inequitativo. Adicionalmente, las propuestas de tarifas por uso planteadas por AGEDI/AIE a ANTENA 3 adolecen de múltiples problemas que las hacen inviables de cara a la negociación de un sistema de contraprestación equitativo”.

Y respecto a los elementos discriminatorios de la conducta de AGEDI/AIE, la Dirección de Investigación considera acreditado que: *“(241) En el presente caso, en los hechos acreditados del presente pliego se ha verificado que si bien las condiciones base de los distintos contratos de AGEDI/AIE con televisiones en abierto suelen reproducir lo recogido en las tarifas generales, en dichos contratos se suelen recoger excepciones o posteriormente se alcanzan acuerdos sobre las cifras a pagar que obvian total o parcialmente la aplicación de lo recogido en las tarifas generales”.*

Menciona expresamente que *“(242) la falta de transparencia en las excepciones a la aplicación de las tarifas generales facilita que se pueda discriminar, lo que pone de manifiesto la conexión entre la falta de obligaciones de transparencia de AGEDI/AIE y la introducción de distorsiones en el funcionamiento del mercado de televisión en abierto desde su posición monopolística.”* Y del análisis del informe pericial en el que

AGEDI/AIE han basado su demanda contra ANTENA 3 reclamándole 17.093.260 €, que *“supuestamente han tenido en cuenta el tratamiento que AGEDI/AIE da a otras televisiones en abierto por el uso de los derechos de comunicación pública y reproducción de fonogramas.”*, concluyen que *“AGEDI/AIE obvian tener en cuenta determinados factores diferenciadores”*, citando entre estos factores la deducción del 30% de las subvenciones recibidas por las televisiones públicas a la hora de aplicar sus tarifas, por la supuesta finalidad compensatoria del servicio público de dichas subvenciones, deducción que a juicio de la Dirección de Investigación no estaría justificada, *“en la medida que el 100% de las subvenciones a las televisiones se suele amparar en el carácter de servicio público de las televisiones”* y que *“En todo caso, esta Dirección de Investigación entiende que estas subvenciones son utilizadas por las televisiones públicas para cubrir una parte muy importante de su coste de adquisición y producción de su programación, por lo que este tratamiento preferencial coloca a ANTENA 3 en una desventaja competitiva frente a otras televisiones públicas”*.

Otro de los factores que la Dirección de Investigación considera contribuyen a la discriminación son los descuentos otorgados a CUATRO y LA SEXTA por inicio de actividad, muy significativos, dada su cuantía y vigencia en el tiempo (hasta cinco años), sin que parezca existir proporcionalidad entre los supuestos mayores costes de iniciar la actividad y la cuantía del descuento. La Dirección de Investigación entiende *“que TELECINCO y ANTENA 3 no se beneficiaron de dichos descuentos cuando iniciaron su actividad, en la medida que las cantidades pagadas a AGEDI/AIE en el periodo 1990-2002 se corresponden con las pagadas por TVE en dicho periodo. En todo caso, de cara a la contraprestación de los derechos de comunicación pública de fonogramas, esta Dirección de Investigación entiende que el supuesto de inicio de actividad no es una justificación suficiente para un tratamiento desigual entre televisiones, especialmente cuando la tarifa se determina como porcentaje de los ingresos, ya que los menores ingresos derivados del inicio de la actividad ya se tienen en cuenta a la hora de determinar la cuantía absoluta de la contraprestación”*.

Un tercer factor a tener en cuenta para valorar la existencia de discriminación por parte de AGEDI/AIE estaría en que: *“AGEDI/AIE han permitido que TELECINCO les pague para el periodo 2009-2012 una cantidad equivalente al 0,25% de sus ingresos publicitarios. El hecho de que estos pagos reciban el calificativo de pagos a cuenta no es un motivo para denegar a ANTENA 3 la posibilidad de acogerse al mismo sistema, en particular cuando AGEDI/AIE asumen que la cantidad finalmente a pagar por TELECINCO pueda no ser superior a esta cantidad, y cuando han admitido que el mismo tratamiento se extienda a CUATRO a partir del año 2011, tras su adquisición por TELECINCO. Y por último hace referencia también la Dirección de Investigación a los acuerdos puntuales de AGEDI/AIE con distintos operadores (TVE para 2008, CUATRO para 2009, TELEVISIONES AUTONÓMICAS para 2010 y 2011), “en los que se concretan las cuantías a pagar por años para los que todavía no se disponen los ingresos de publicidad y subvenciones a tener en cuenta para determinar la tarifa, limitándose total o parcialmente el ajuste retroactivo de estas*

cantidades a los ingresos de publicidad y subvenciones efectivamente percibidos por las televisiones.”

QUINTO.- Las alegaciones de los imputados a la calificación de la conducta

AGEDI y AIE alegan en su defensa la falta de objetividad de la Dirección de Investigación en su valoración de los hechos y que “el criterio de valoración apreciación de las pruebas practicadas por órgano instructor está viciado *ab initio*”. Y ello porque en su opinión el órgano instructor está contaminado por los criterios explicitados en su *Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual* de diciembre de 2009. Sigue su alegación sosteniendo que a falta del cambio normativo sugerido en dicho informe, la CNC estaría tratando de aplicar por la fuerza a las entidades de gestión las recomendaciones de su informe, imposibilitando en último término la recaudación de las entidades de gestión en perjuicio de los titulares de DPI.

Idéntica alegación ha sido ya planteada por otra entidad de gestión en anterior expediente sancionador ante este Consejo (RCNC de 19 de diciembre de 2011 S/0208/09), a lo que respondió que: *“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.”* Considera el Consejo que estos argumentos son de plena aplicación a la alegación presentada en el presente expediente.

En cuanto al ámbito temporal de la conducta no se debería incluir el año 2010 puesto que la recaudación correspondiente a ese año no ha sido objeto de reclamación a ANTENA 3 por vía judicial. La reclamación judicial de las cantidades demandadas a ANTENA 3 no es la base de la imputación realizada por la Dirección de Investigación, es solo un hecho acreditado más que fundamentan la imputación de la Dirección de Investigación, por tanto no puede ser ese el criterio que determine el ámbito temporal de la conducta, como pretenden AGEDI y AIE con esta alegación.

Según AGEDI y AIE, para la Dirección de Investigación la mera existencia de una Tarifas Generales es un acto sancionable, aunque hubiese habido un acuerdo con ANTENA 3 y con todas las operadoras de televisión. Una lectura imparcial y objetiva de la imputación realizada por la Dirección de Investigación contesta por si misma

esta infundada alegación. Se está imputando a AGEDI y AIE no por establecer unas tarifas generales, previstas por el TRLPI, sino por la forma en que se fijan dichas tarifas generales, con total opacidad de los criterios de cálculo, con la imposición de bases que no necesariamente guardan relación con el valor de la prestación, con la ausencia de aplicación de criterios de uso y con un resultado que se revela inequitativo entre los usuarios.

Consideran también que la cuestión de la equidad de las Tarifas generales de AGEDI/AIE ya fue objeto de resolución expresa en la Resolución del TDC de 13 de julio de 2006, llegándose a la conclusión de que *“Las dificultades de la comparación respecto a los ejercicios económicos a evaluar, los derechos de propiedad intelectual cubiertos, los pagos realizados o los sistemas de pago existentes en los diferentes países persisten y no han sido suficientemente despejados, por lo que, ante la duda, no puede considerarse acreditada la conducta de abuso imputada por el Servicio a AGEDI de establecer unas tarifas generales abusivas en comparación con las de otras entidades de gestión europeas homólogas de AGEDI”*. Consecuentemente, prosigue AGEDI y AIE, *“La DI —como parte que es de la CNC- se encuentra vinculada por los actos propios del TDC —ahora CNC- y debería reconsiderar sus afirmaciones, al menos para entender que hasta 13 de julio de 2006 las tarifas eran equitativas. Si cambia de criterio deberá especificar detalladamente cuáles son las nuevas circunstancias que lo justifican. Eso es consecuencia elemental de los principios de buena fe y de confianza legítima, que no son principios etéreos, sino plasmados en normas legales (art. 3.1 Ley 30/1992)”*.

En primer lugar debe recordar AGEDI y AIE que las tarifas generales sobre cuya compatibilidad con la LDC se pronunció el TDC en su resolución de 13 de julio de 2006 correspondían al ámbito temporal comprendido entre 1990 y 2001, mientras que las analizadas en este expediente son las fijadas para el periodo 2003 hasta la actualidad. Por lo tanto no puede pretenderse, sin más análisis, que lo resuelto sobre unas tarifas específicas, sea de aplicación automática a otras, sin comprobar los demás elementos facticos que concurren en uno y otro caso. En segundo lugar, en aquel expediente se le proponía al TDC declarar que las tarifas generales eran abusivas por (i) excesivas en comparación del nivel de las mismas con el nivel de otras tarifas generales aplicadas en otros países de nuestro entorno, y (ii) discriminatorias al haber sido aplicadas de forma muy diferente a unos operadores de televisión frente a otros. Ante la duda de que las bases de comparación entre las tarifas generales de los distintos países fuese lo suficientemente homogénea, como exige la jurisprudencia a la hora de aplicar cualquier test de precios excesivos, el TDC, en un escrupuloso análisis de los hechos acreditados resolvió la no acreditación del abuso por tarifas generales excesivas, aunque sí se acreditó la aplicación de tarifas discriminatorias, y por lo tanto se falló la existencia de infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia. En ningún caso dicha resolución establecía, ni puede deducirse como pretende la parte, porque no era objeto de la misma, que hasta la fecha de la resolución la Tarifa General vigente fuese equitativa. Por lo tanto, en el presente expediente deben valorarse los hechos acreditados que constan en el mismo, y sobre ellos concluir la existencia o no de un

abuso de posición de dominio, sin que la resolución citada por AGEDI y AIE deba condicionar la actual resolución en el sentido que pretenden.

Respecto al Mercado de producto afectado, alegan que la Dirección de Investigación no ha entendido, ni en este expediente ni en otros relacionados con los derechos de propiedad, qué tipos de derechos de propiedad intelectual se están tratando. Insiste en que los fonogramas incluidos en formatos como películas cinematográficas, series, documentales, espectáculos deportivos en diferidos,.... están sujetos al pago del derecho, porque están sometidos a ese derecho los fonogramas fijados o incorporados, sin que queda distinción entre fonograma y grabación audiovisual, como hace la Dirección de Investigación. La conducta imputada en el presente expediente es un abuso de posición de dominio ejercido por las entidades de gestión colectiva de DPI, AGEDI y AIE, en el marco de la fijación de la “remuneración por comunicación pública y reproducción de fonogramas por emisoras de televisión”, los hechos acreditados se basan en la forma en que las imputadas fijan y exigen las tarifas por remuneración a los operadores de televisión, no se cuestiona en concepto de fonograma ni cuando un determinado acto constituye o no un fonograma, por lo que no aprecia el Consejo que la alegación planteada pueda afectar a la calificación final de la conducta.

Sobre la ilicitud de la conducta alegan que las sociedades de gestión no pretenden estar excluidas de la aplicación LDC por aplicación del art.4, pero si que la CNC debe tener en cuenta los parámetros que determinan el ámbito y forma de aplicación de la LDC en casos como los de las sociedades de gestión, donde el TRLPI les impone el cumplimiento de unas obligaciones cuyo encaje con la LDC puede ser complicado de alcanzar. El Consejo analiza siempre las conductas que se someten a su juicio en el contexto jurídico y económico en el que se producen, como única forma de poder valorar objetivamente si los hechos acreditados constituyen o no un incumplimiento de la LDC. En el caso de las entidades de gestión la CNC, y antes sus predecesores, el Servicio y el Tribunal de Defensa de la competencia, han venido analizando las conductas de distintas entidades de gestión en su propio contexto jurídico y económico, tomando como referencia, como no puede ser de otra forma el TRLPI, y así, a lo largo de los años ha venido marcando a través de sus Resoluciones los límites de una conducta que cumpliendo con el propio TRLPI pudiera no ser incompatible con la LDC. Además, estas Resoluciones han sido objeto de sentencias de la Audiencia Nacional debido a los recursos planteados contra dichas resoluciones, habiendo sido ratificadas en su inmensa mayoría. También la sala de lo civil del Tribunal Supremo, a través de su función de casación, ha dictado numerosas sentencias donde ha venido señalando los propios límites de las entidades de gestión a la hora de establecer tarifas generales que no fuesen inequitativas y discriminatorias. No puede pues seguir pretendiéndose, o insinuándose, que las conductas aquí denunciadas vengan impuestas por el propio TRLPI, y que este es incompatible con la LDC en lugar de las conductas de las entidades de gestión.

Alegan también en cuanto a la equidad de las tarifas, y la reclamación judicial a ANTENA 3, que el análisis de equidad debe contemplar el art. 108.4 y 116.3 TRLPI

en relación con el art.2, pero nunca analizar unas tarifas generales que no han sido aplicadas ni a Antena 3 ni a ningún otro operador. El Consejo ya ha manifestado en anteriores Resoluciones el papel que juega el mero hecho de que existan una tarifas generales publicadas, pues ese es el nivel de partida que se establece por parte de las entidades de gestión a la hora de aproximarse a los usuarios para gestionar el hacer efectivo el pago de la remuneración, y ese es el nivel que con carácter supletorio, en caso de ausencia de acuerdo, han venido demandando estas entidades a través de la jurisdicción civil. Por lo tanto, el hecho de que hayan sido o no aplicadas no condiciona la calificación de la conducta, en todo caso ese hecho podría ser relevante a la hora de estimar los efectos de la misma.

Con respecto al criterio de *“efectiva utilización del repertorio”* alegan que el Tribunal Supremo lo exige cuando sea posible. Y que en el caso que nos ocupa: TVE y AGEDI y AIE intentaron encontrar mecanismos de medición real, pero el proyecto no cuajó por imposibilidad técnica y sobre todo económica en enero de 2006; que TVE ha declarado ante el JM nº4 que antes de 2009 es imposible calcular el porcentaje de uso de fonogramas porque la información está en papel, no informatizada; que la cuestión de monitorizar el “uso”, pero a precios razonables, es admitida incluso por el informe de la CNC de 2009; que la consultora Q Índice estima un coste de esta monitorización por canal y año en 720.000 €, que no obstante se presentará un informe de NERA y una plataforma de negociación que se espera que sean la solución; y que ANTENA 3 realmente no tiene interés en las tarifas por uso, dado que en su contrato con SGAE sigue manteniendo tarifas promediadas por disponibilidad a pesar que SGAE tiene, desde 2009, tarifas por uso efectivo del repertorio.

La calificación de la conducta por parte de la Dirección de Investigación como un abuso de posición de dominio se ha basado en un conjunto de elementos que revelan una determinada actitud de las imputadas. No se trata solo que no haya una tarifa por uso efectivo del repertorio, sino que ni tan siquiera se haya dado paso alguno para que en un determinado horizonte temporal próximo se pueda disponer de ella, o de modelos que se aproximen a ello. Las evidentes mejoras tecnológicas que se han experimentado en los últimos años, junto con la reducción de los costes de las mismas, han permitido que otras sociedades de gestión hayan ido aproximando sus tarifas a una forma mas cercana al uso real del DPI objeto de la remuneración, aunque no sean mediante mediciones exactas. Esos avances tecnológicos están siendo aplicados por las propias sociedades de gestión para el diseño del reparto de la recaudación, pudiéndose llegar incluso, según consta en videos accesibles desde algunas paginas web de estas entidades (www.aisge.com), a establecer el uso exacto de cada uno de los titulares del DPI. No se duda de la posible dificultad del cálculo por uso a la hora de intentar aplicarla a periodos pasados, bien porque los registros no estén informatizados, bien porque su informatización resulte excesivamente gravosa, pero existen otros métodos muestrales que sin llegar a conocer todo el universo afectado podrían establecer estimaciones verosímiles de la variable a medir y sobre la que se debería aplicar la tarifa.

Respecto a los elementos de discriminación alega que el cálculo que realiza la Dirección de Investigación sobre la cantidad que debería pagar A3 si se le aplican los criterios aplicados a sus competidores, ni le corresponde hacerlo, como ella misma afirma, ni es transparente metodológicamente, ni es correcto el uso de los criterios empleados, como es el tema de las subvenciones a TV públicas, cuando hay justificación objetiva para hacer el tratamiento que realmente se hace. En cuanto a los descuentos por inicio de actividad a Cuatro y La Sexta, son los mismos que aplica SGAE, y también se le ofrecieron a ANTENA 3 y TELECINCO en su momento, siendo aceptados por TELECINCO. Y por lo que respecta al pago a cuenta de T5, era imposible aplicárselo a A3 porque nunca reconoció el uso de fonogramas desde 2004, mientras que T5 sí.

SEXTO.- La calificación de la conducta.

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. En el caso de que el usuario haya firmado el correspondiente contrato, serán de aplicación las condiciones fijadas en el mismo.

Según consta en los hechos acreditados del presente expediente las Tarifas Generales que AGEDI y AIE han aprobado y comunicado al Ministerio de Cultura para hacer efectiva la remuneración por comunicación pública y reproducción de fonogramas que los operadores de televisión deben abonar a los asociados a estas dos entidades de gestión constan básicamente de dos elementos: el tipo porcentual y la base sobre la que se aplica dicho tipo porcentual (HP 63, apartado V1). El tipo porcentual se ha situado para el año 2015 en un determinado nivel, nivel que se alcanzará por sucesivos incrementos anuales partiendo del establecido para 1990. El nivel de este tipo porcentual dependerá además de cuál sea la base de liquidación que se considere, que es el segundo elemento básico de la tarifa. Esta base se forma bien con los ingresos brutos que obtenga mensualmente la empresa usuaria -que incluye todos los ingresos, siendo los principales los generados por la venta tiempo de emisión para publicidad- o bien con los ingresos netos, que se obtienen aplicando ciertas reducciones a los ingresos procedentes de las subvenciones que las mismas puedan recibir. En caso de que la aplicación de estos criterios suponga unas cantidades inferiores a las determinadas por estas entidades, las remuneraciones que se aplicaran serán cantidades fijas en función de cinco categorías preestablecidas según la cobertura poblacional de los centros emisores que empleen los usuarios y el número de centros emisores de que sea titular la entidad de televisión. En este último caso, por tratarse de tarifas de tanto alzado su incremento anual vendrá marcado por el Índice de Precios al Consumo.

Estas tarifas, que comprenden los conceptos de comunicación pública y de reproducción de fonogramas para AGEDI y de comunicación pública para AIE, se aplican conjuntamente a cada entidad de televisión. El órgano de recaudación

conjunta creado por AGEDI y AIE se encarga de hacer efectiva la recaudación y el reparto.

De los hechos acreditados en el expediente se deduce que al menos desde el año 2002 y hasta el momento actual, las denominadas Tarifas Generales permanecen inamovibles (HP 65), ni se ha modificado su estructura, ni los tipos a aplicar, ni los conceptos que se incluyen en las bases de cálculo. Se trata de tarifas publicadas en la página web de las entidades y fijadas de forma unilateral por las mismas, siendo tarifas que por mandato legal son comunicadas al Ministerio de Cultura una vez que ya han sido confeccionadas. No constan, como se deduce de la lectura de las mismas, los criterios que justifican ni la variable del tipo ni la selección de la base de aplicación. De la lectura de las tarifas publicadas no puede encontrarse correlación alguna entre el valor de la prestación y la contraprestación, toda vez que las mismas parecen fijarse de forma independiente al uso real de fonogramas que emplee la cadena, de la franja horaria en la que se haga uso de ellos, del nivel de audiencia de la cadena en cuestión, o de cualquier otra característica específica de cada cadena que permita la individualización necesaria para relacionar el valor de la prestación y la contraprestación. Tampoco consta ningún documento, o conocimiento de proceso alguno, que permita entender que estas tarifas generales han sido el resultado de un trabajo encaminado a establecer un nivel tarifario cada vez más ajustado al uso efectivo que cada usuario realice de los derechos protegidos por estas entidades, tal y como ha jurisprudencia ha venido señalando durante la última década, con el fin de no incurrir en tarifas inequitativas por parte de las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual.

Lo que sí es conocido por todos los operadores de televisión es que ante la falta de acuerdos entre ellos y las entidades de gestión, estas han llevado a cabo demandas judiciales ante la jurisdicción civil para el cobro de las deudas con los usuarios conforme a las tarifas generales. Estas demandas se han venido resolviendo en primera y segunda instancia a favor de la demandante, reconociendo los tribunales el derecho a percibir la cuantía económica determinada en las correspondientes tarifas generales (HP 53 y ss).

En este contexto, como consta igualmente acreditado en el expediente, estas tarifas generales han sido el punto de partida base para los acuerdos que AGEDI y AIE han firmado con TVE en diciembre de 2006, con TELECINCO en enero de 2008, con CUATRO (SOGECABLE) en julio de 2008, con LA SEXTA en marzo de 2009; con INTERECONOMIA en octubre de 2010, con FORTA en abril de 2008 y con TELEMADRID en julio de 2010. Muchos de estos acuerdos incluían acuerdos transaccionales de retiradas de todos los litigios civiles. En estos contratos, no obstante, ni los tipos acordados, ni la base de liquidación coincide necesariamente ni con la tarifa general, ni tampoco entre unos y otros contratos.

Con respecto a ANTENA 3, consta que, al menos desde 2007, ha habido diversos contactos en los que se han hecho propuestas para la aplicación efectiva de la remuneración objeto del acuerdo; que esas propuestas tenían como base estas mismas tarifas generales,; quela demanda final que AGEDI y AIE han presentado contra ANTENA 3 exige unas cantidades que supuestamente proceden de aplicarle

a ANTENA 3 para 2003 en adelante las mismas tarifas (una media ponderada) que estarían aplicando al resto de operadores; que esta cantidad supondría, según su tesis, poco más de 17 millones de euros; y que según AGEDI, si se le hubiesen aplicado las Tarifas Generales la cantidad demandada debería haber sido de 20 millones. Es importante destacar la circunstancia de que ANTENA 3 ya hizo efectivos, en ejecución de sentencia, la cantidad de algo más de 16 millones de euros por el periodo 1990 a 2002, y que finalmente esa cantidad, una vez resuelto en casación ante el Tribunal Supremo el litigio de origen, se ha quedado reducida a poco más de siete millones de euros, menos de la mitad de lo exigido inicialmente en aplicación de las tarifas generales de ese periodo.

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 solo afectan al tipo a aplicar, sino también con respecto a cómo definir la base sobre la que se aplica. A menudo incluso se acuerdan cantidades fijas para periodos sobre los que aun no se conocen los datos necesarios para calcular la base. La comparación realizada revela no sólo una heterogeneidad no justificada de las condiciones de contratación aplicadas a unos y otros operadores, sino también la opacidad que ha habido sobre los criterios aplicados en cada caso. Como muestra de esta opacidad es muy ilustrativo las contradicciones que resultan al comparar las estimaciones que sobre las tarifas realmente aplicadas han calculado por una parte AGEDI y AIE en el informe pericial presentado en la demanda contra ANTENA 3 más reciente (HP 69), con las estimaciones realizadas por la Dirección de Investigación durante la instrucción (HP 71), sobre los mismos datos de partida, sin necesidad de entrar a valorar cual podría ser más verosímil.

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, es decir, unos gestores que ostentan un monopolio de un input esencial para el desarrollo de ciertas actividades económicas.

Con todos estos elementos, el Consejo coincide con la Dirección de Investigación en que las tarifas generales fijadas por AGEDI y AIE, y exigidas desde 2003 a los operadores de televisión deben ser calificadas como unas tarifas inequitativas al no responder las mismas a criterios que de alguna forma establezcan una relación de equidad con el valor de la prestación realizada, es decir, con el valor del fonograma “usado” por el operador de televisión en la emisión de su programación. Y estas tarifas no solo contienen elementos de naturaleza inequitativa sino que éstos encierran un potencial efecto discriminatorio que se intensifican tanto más cuanto mayor es la falta de transparencia de AGEDI, pues esta falta de transparencia

múltiple (en los criterios de fijación de las tarifas generales, en las condiciones pactadas con unos y otros,.....) es el vehículo por el cual se pueden fijar unas tarifas generales en las que al desconocerse los criterios seguidos para su elaboración, se incapacita a los demandantes poder apreciar la existencia de discriminación aun cuando conocieran, que tampoco es el caso, las remuneraciones exigidas a otros competidores. Deben ser calificadas como tarifas inequitativas que posibilitan y potencian la discriminación. La forma en que las mismas se han venido fijando y exigiendo a los operadores de televisión ha terminado por configurar un panorama en el que cada operador de televisión está remunerando un factor productivo básico de forma muy distinta, sin que se haya justificado objetivamente dichas diferencias, pudiendo generar ventajas competitivas de unos frente a otros.

Este efecto discriminatorio consta especialmente acreditado en el presente expediente por la información aportada por el denunciante, que revela que al menos el potencial efecto discriminador que encierra unas tarifas generales como las de AGEDI y AIE se ha plasmado en las negociaciones con ANTENA 3, negociaciones que han adolecido de una total y múltiple falta de transparencia, pues habiendo firmado AGEDI y AIE contratos en 2006, y en 2008, la información de los mismos no fue puesta en conocimiento de ANTENA 3 hasta junio de 2009.

AGEDI y AIE insisten a día de hoy en la fijación de las tarifas generales en los términos en los que tradicionalmente lo han hecho a pesar de la numerosa jurisprudencia que se ha venido dictando tanto a nivel nacional como europeo. Por lo que respecta a las Tarifas Generales, el Tribunal Supremo, reconociendo a las sociedades de gestión la competencia legal para fijar y aplicar las tarifas generales, ha venido también estableciendo las líneas básicas en las que deben basarse los criterios para su cálculo. Así, en su Sentencia de 20 de septiembre de 2007, en un recurso de un propietario de salas de cine contra la SGAE, señala que el que se hayan aplicado unas tarifas generales *“cuya fijación obedece a una previsión legal (...) no es óbice a que se puedan cuestionar”*, señalando que aunque no ha sido el caso argumentado en el recurso, cabría la *“discrepancia acerca de un hipotético importe abusivo o contrario a la equidad”*. Se cuestiona por tanto el TS que el nivel de las Tarifas generales podría ser considerado como abusivo o contrario a la equidad. En una segunda sentencia, de 15 de enero de 2008, y en un recurso de una entidad hotelera contra EGEDA, aun reconociendo -basándose en jurisprudencia del TJUE (sentencia de 7 de diciembre de 2006, asunto prejudicial C-306/05)- que existe un acto de comunicación pública a través de los aparatos de televisión colocados en las habitaciones de los hoteles, y que deben ser de aplicación las Tarifas generales, hace una importante consideración pues señala que dichas tarifas deben ser aplicadas no sobre la totalidad de las habitaciones disponibles en la instalación hotelera sino *“conforme a su número de habitaciones y apartamentos ocupados”*, asimilando en esta ocasión el Alto Tribunal el criterio de uso como un criterio equitativo a la hora de aplicar las tarifas generales. Este criterio sobre la aplicación en base al uso había sido ya señalado por el Tribunal de justicia de la Unión Europea en sentencia de 6 de febrero de 2003, en el que valora un método de cálculo de la remuneración equitativa de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas que haga uso de factores variables

y fijos tales como la cantidad de horas de difusión de los fonogramas, los índices de audiencia de la radio y de televisión representadas por el organismo de difusión, las tarifas de otros estados miembros o las cantidades pagadas por otras emisoras comerciales.

Sobre el carácter inequitativo y discriminatorio de esta conducta, este Consejo se ha pronunciado ya con ocasión de analizar también las tarifas generales de AIE para la comunicación pública de grabaciones audiovisuales, también con operadores de televisión. En estas Resoluciones (RCNC de 23 de julio de 2009 y de 23 de febrero de 2011) decía el Consejo, de acuerdo con la Dirección de Investigación que no es aceptable que las tarifas generales estén basadas simplemente en un porcentaje sobre ingresos de explotación; que lo razonable es que la tarifa general contemple un criterio que permita, en un primer paso, medir la intensidad de uso en la medida de lo posible (tiempo de comunicación, ponderación respecto del producto televisivo final, etc.), pero, también, que mida el valor que tiene ese uso, teniendo en cuenta que en la comunicación pública de las televisiones hay franjas horarias asociadas a distintos valores económicos, reflejados por la audiencia, los ingresos por publicidad, etc.; y que los anteriores criterios no aparecieran en las tarifas generales publicadas por AIE que habían sido exigidas unilateralmente a T5 por vía judicial, y que por tanto no cabía sino afirmar el carácter inequitativo de esas tarifas generales. Y que no se trata tanto de cuestionar que AIE cobrase unas tarifas generales en caso de que resulte fallido un proceso de negociación con una entidad televisiva, como de que la metodología de elaboración y cálculo de esas tarifas generales se sometan a un conjunto de principios y criterios que las hagan equitativas.

Se citaba la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2009 (Sentencia nº 55/2009 (Sala de lo Civil) –TELECINCO–AIE) donde el Alto Tribunal analizaba en casación si las tarifas generales que AIE pretendía cobrar a T5 eran equitativas y no discriminatorias. El Tribunal Supremo consideró que las tarifas generales exigidas eran tarifas inequitativas, basándose en un conjunto de argumentos que no hacen sino confirmar lo ya expuesto por Consejo de la CNC en su Resolución de 4 de febrero de 2008, cuando señalaba el tipo de análisis y consideraciones que había que tener presente para poder resolver ajustado a Derecho en estos casos. Para el Alto tribunal las tarifas generales de AIE, tal y como aparecen publicadas, es decir, como un porcentaje de los ingresos de explotación de la emisora de televisión, no pueden ser sino el punto de partida de lo que podrá exigir a dicha emisora. Para el Tribunal Supremo las tarifas generales de AIE no guardan relación *“con el grado de utilización del repertorio de las sociedades de gestión, como impone el artículo 157.1b) LPI”*. Y en este sentido, AIE tendría que haber tenido en cuenta criterios de utilización efectiva del repertorio, en la medida de lo posible. Sin embargo este tipo de criterio no aparece en la publicación de las tarifas generales. Dice el Tribunal Supremo que *“resulta más equitativo el criterio de efectividad de uso del repertorio, en la medida que sea posible su aplicación, que el criterio de disponibilidad o de cuantificación en función de los rendimientos de explotación de las empresas. Se impone la necesidad de fijar como uno de los criterios necesarios para garantizar la equidad en la fijación de la remuneración equitativa que las tarifas aplicadas se*

ajusten en lo posible al criterio de efectiva utilización del repertorio de la sociedad correspondiente”.

Además el Tribunal Supremo considera que tienen que tenerse en cuenta *“la comparación con otros acuerdos a que haya llegado la sociedad de gestión”* y, por tanto, que las tarifas generales tienen que reflejar, de algún modo, las características y los contenidos generales de los acuerdos ya existentes, de modo que haya siempre una proporcionalidad entre las tarifas generales y los precios negociados mediante acuerdos. Es decir, deben guardar cierta proporción con otros precios observados en este mismo mercado que han sido objeto de negociación y que han conseguido concretarse en algún tipo de acuerdo.

Según el Alto Tribunal *“debe proscribirse una excesiva desproporción que no aparezca justificada por razones de gestión u otras análogas”*. Recuerda asimismo la STS de 10 de septiembre de 2008, en la que se declaró nulo un convenio con una productora porque existía una desproporción injustificada en relación con las tarifas aprobadas posteriormente en el convenio con otra asociación.

Y en cuanto al hecho de comunicar las tarifas al Ministerio de Cultura, señala que no resulta obligado estar a lo que establezcan estas tarifas sin más, puesto que el TRLPI *“no le atribuye facultades de aprobación de las tarifas”*. El Tribunal Supremo entiende que *“la jurisprudencia de esta Sala ha admitido ya implícitamente en relación con los derechos de autor dimanantes de la comunicación pública de obras audiovisuales, que la remuneración equitativa no puede fijarse de manera incondicionada, cualesquiera que sean las circunstancias en que ha tenido lugar la negociación, de acuerdo con las tarifas generales fijadas unilateralmente por las sociedades de gestión. Aun cuando las mismas no hayan sido objetadas por parte de la Administración.”* Por tanto, tampoco la existencia de un proceso negociador previo justifica la equidad de las tarifas generales. Si fuera así, señala el Supremo, cuando sea imposible llegar a un acuerdo, automáticamente se aplicarían de modo unilateral las tarifas generales que podrían ser no equitativas y esto sería contrario a la ley. Además señala a este respecto que la no aceptación en la negociación de determinadas tarifas no puede convertirse en un criterio que justifique tarifas más gravosas.

También con respecto a la existencia de un proceso de negociación previo sentencia el Tribunal Supremo que *“la existencia de un proceso negociador previo no justifica que la aplicación de las tarifas generales se ajuste al requisito de equidad que se halla implícito en el propio concepto de remuneración equitativa configurado, en lo que aquí interesa, en el artículo 108.3 LPI, (hoy, artículo 108.5 LPI)”*. (Fundamento Décimo de la STS nº 228/2009 de 7 de abril de 2009, de recurso de casación de Sogecable contra la sentencia de 28 de octubre de 2003, en la cual se estimaba el recurso de apelación interpuesto por AIEGE y AIE).

La RCNC de 23 de febrero de 2011 añadía, sobre lo ya fundamentado en la anterior que: *“(v) En estas condiciones descritas de unilateralidad, falta de objetividad, transparencia y comparabilidad de la tarifa relativa a un bien necesario para el denunciante, la adopción misma de la tarifa general desvirtúa o condiciona la negociación exigida por el art. 108.6 del TRLPI de forma incompatible con el derecho*

de defensa de la competencia, como también resulta incompatible con esas reglas de la competencia la exigencia en los tribunales del pago íntegro de esas tarifas generales.

La aplicación o exigencia a las denunciadas del pago de unas tarifas que son inequitativas por las razones expresadas genera necesariamente efectos discriminatorios encuadrables en el supuesto de conducta abusiva (...)”.

Y también recordaba, “*en relación a los acuerdos alcanzados por AIE con determinados operadores de televisión competidores de los denunciadas*” que “*el Consejo considera oportuno recordar que en su Resolución de 9 de diciembre de 2008 (Expte.636/07, Fonogramas, confirmada por la SAN de 10 de marzo de 2010), como manifestación del deber de especial de transparencia que pesa sobre las entidades de gestión y con el objetivo de mitigar el riesgo de que se produzcan nuevos comportamientos discriminatorios, se intimó a AIE (y a AGEDI) a “que en todo proceso de negociación de las condiciones de acceso y remuneración de su repertorio de derechos informen al usuario de las bases económicas de los acuerdos previamente alcanzados con usuarios que desarrollen igual o similar actividad y realicen un uso equivalente del repertorio”.*

Respecto a las tarifas aplicadas a unos y otros competidores recordaba la Sentencia de la Sala 1ª de 7 de abril de 2009 y la más reciente (de la misma Sala en Pleno) de 13 de diciembre de 2010, ambas del Tribunal Supremo que resuelven los contenciosos iniciados por AIE (y AISGE) frente a Sogecable (Canal+ y Canal Satélite Digital, respectivamente) en reclamación de la remuneración de los artistas por los actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales del art. 108.5.2º del TRLPI conforme a las tarifas generales unilateralmente aprobadas por aquellas entidades de gestión. Son sentencias en las que, “*siguiendo a la de 18 de febrero de 2009, la Sala 1ª del Tribunal Supremo argumenta: (i) la existencia de un proceso negociador previo no justifica que la tarifa general se ajuste al requisito de equidad que se halla implícito en el propio concepto de remuneración equitativa del art. 108.5 del TRLPI; (ii) la fijación de la tarifa atendiendo exclusivamente a los rendimientos de explotación del usuario no puede ser aceptado; (iii) resulta más equitativo el criterio de efectividad del uso del repertorio, en la medida en que sea posible su aplicación, que el criterio de disponibilidad; (iv) el criterio de la comparación de la tarifa con los acuerdos a que haya llegado la entidad de gestión debe ser tenido en cuenta para valorar su equidad, pues ésta tiene una estrecha relación con la necesidad de que las tarifas sean comparativamente adecuadas entre unos y otros usuarios, lo cual no significa que tengan que ser idénticas, pero sí que debe proscribirse una excesiva desproporción que no aparezca justificada por razones de gestión o análogas; y (v) se debe tener en cuenta también el criterio de la amplitud del repertorio en correlación con la distribución del producto obtenido entre los titulares del derecho de propiedad intelectual (FD 10º).*”

Y respecto a la discriminación, una vez comparadas las cantidades exigidas al denunciante frente a las exigidas a otros competidores, argumenta: “*Estas diferencias en las retribuciones exigidas por AIE, tanto en los porcentajes exigidos como en la base de aplicación de los mismos (HP 5 y 9.1), pone en una situación de*

desventaja anticompetitiva a Sogecable frente a sus competidoras, al reclamarles, por la misma prestación unos precios muy superiores a los cobrados a estas últimas, cuando, precisamente, AIE como beneficiaria de un monopolio de hecho, no podía discriminarla tan desproporcionadamente ni siquiera como punto de partida de una negociación que, de permitirse, quedaría desvirtuada desde el principio. No justificándose, por tanto, la diferencia en factores objetivos, se está generando una diferencia artificial y discriminatoria entre operadores que actúan en un mismo mercado, que resulta contraria al derecho de defensa de la competencia.”

A la vista de los hechos acreditados en este expediente y de la abundante jurisprudencia en la materia, no puede por tanto este Consejo mas que valorar que la conducta desarrollada por AGEDI y AIE tanto a la hora de fijar sus tarifas generales como a la hora de aplicarlas y negociarlas con los usuarios debe ser declarada como una infracción del artículo 2 LDC y 102 TFUE, en tanto en cuanto se trata de una conducta que reúne elementos de naturaleza inequitativa que tienen efectos discriminatorios.

Tras este relato de los hechos y su fundamentación, considera el Consejo que la alegaciones finales de AGEDI y AIE no contestadas en el anterior fundamento de derecho, sobre la ausencia de intención real de ANTENA 3 de obtener tarifas por uso efectivo, sobre los cálculos realizados por la Dirección de Investigación sobre la discriminación de ANTENA 3, o la justificación de los descuentos por inicio de actividad a LA SEXTA y CUATRO, en nada desvirtúan lo argumentado en el presente fundamento de derecho.

SÉPTIMO.-La responsabilidad de la conducta

El Consejo comparte la valoración sobre responsabilidades que realiza la Dirección de Investigación en su Informe Propuesta cuando argumenta que: *“en la medida que AGEDI/AIE han actuado desde el 14 de julio de 2004 como una unidad económica en la gestión de los derechos sobre fonogramas afectados por el presente expediente, como consecuencia de la creación del órgano de recaudación conjunta, y puesto que el núcleo de las actuaciones contrarias a la LDC que se han constatado en el expediente se han producido con posterioridad a dicha fecha, esta Dirección de Investigación entiende que ambas entidades son responsables solidariamente de la infracción única y continuada de la LDC acreditada en el presente expediente.”*

OCTAVO.- Cálculo de la sanción.

La conducta analizada en el presente expediente ha sido calificada por este Consejo como un abuso de posición de dominio prohibido en el artículo 2 LDC y 102 TFUE, lo que según regula el artículo 62.4.b) es una conducta muy grave, ya que AGEDI y AIE incurren en los supuestos definidos en este artículo, al ser entidades que tienen una cuota de mercado de monopolio de derechos especiales que les otorga el TRLPI. En estas conductas, según el artículo 63.c), la CNC podrá imponer una multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

El cálculo de la sanción debe obtenerse aplicando los criterios que el legislador ha especificado en el artículo 64, en concreto a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables.

Con el objeto de contribuir a mejorar la transparencia y la objetividad en el cálculo de la sanción, potenciar su efecto disuasorio y favorecer la seguridad jurídica de los operadores económicos la CNC publicó en febrero de 2009 una metodología general para la cuantificación de las multas basada en los anteriores criterios y que se contiene en la denominada *“Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia 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*. Así, la sanción que se corresponde con la conducta ilícita en este expediente ha sido calculada aplicando la citada metodología.

Para el cálculo del importe básico de la sanción debe tenerse en cuenta el *volumen de ventas afectado por la infracción* que será la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor en los mercados de producto o servicio y geográficos donde la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos, durante el tiempo que la infracción haya tenido lugar y antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados.

La Dirección de Investigación, en su Informe Propuesta argumenta que la conducta de AGEDI y AIE *“(...) habría causado un perjuicio a los operadores de televisión, que han visto reducido su margen de negociación frente a AGEDI/AIE, lo que les podría haber llevado a aceptar peores condiciones de las que podrían haber sido de aplicación, y habría perjudicado especialmente a ANTENA 3, que no ha sido capaz de alcanzar un acuerdo con AGEDI/AIE y se ha visto enfrentado a una reclamación judicial para el periodo junio 2003-diciembre 2009.”* El Consejo valora que, en efecto, la existencia de unas tarifas generales inequitativas que son las que realmente sirven de base para las negociaciones de AGEDI y AIE con cada uno de los operadores de televisión, y que en ausencia de acuerdo son las que estas entidades han venido reclamando ante los tribunales civiles, tiene indudablemente la capacidad de situar el nivel final de las tarifas efectivamente aplicadas por encima del nivel que se acordaría en un contexto en el que las dos partes de la negociación pudieran debatir sobre los criterios en los que fijar estas tarifas. Si además el proceso de fijación de estas tarifas adolece de opacidad, y las condiciones pactadas con unos operadores no son puestas en conocimiento del resto, aumentará el potencial efecto inequitativo y discriminatorio entre los distintos operadores de televisión, como está acreditado que ha sucedido en este caso. En este contexto no cabe sino concluir 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. A estos efectos la Dirección de Investigación requirió a las partes los ingresos obtenidos por la recaudación efectuada desde 2003 hasta 2010 (momento de emisión de su propuesta de resolución) en concepto de remuneración por la comunicación pública y la reproducción de fonogramas por parte de las televisiones. La aplicación de los coeficientes anuales que establece la comunicación sobre estas cantidades supone un valor final para AGEDI y AIE de 12.962.000 € y 9.027.000 € respectivamente.

El tipo a aplicar sobre el volumen antes calculado deberá ser fijado atendiendo a factores que permitan establecer la gravedad de la conducta, la existencia de dolo en la misma, o su alcance. En el caso que nos ocupa concurren factores como el de ser una infracción muy grave; que su duración es muy extensa; que la jurisprudencia tanto europea como nacional ha venido dictando en los últimos años los criterios a tener en cuenta con el fin de no incurrir en tarifas inequitativas y discriminatorias, que las imputadas han hecho caso omiso de dichos criterios; que el uso de las demandas judiciales basadas en estas tarifas para hacer efectiva la remuneración a estos derechos ha sido valorada negativamente por la jurisprudencia; que a pesar de ello AGEDI y AIE han vuelto a actuar en la misma línea; que estas conductas han sido repetidamente reprochadas por las autoridades de competencia en el pasado y estos reproches confirmados por la Audiencia Nacional; que en dichas resoluciones se ha instado a las partes a abstenerse de mantener esa conducta; y que la magnitud de la inequidad y discriminación de estas tarifas generales en algunos casos ha resultado ser muy elevada, como es el caso de los más de 16 millones de euros que ANTENA 3 hizo efectivos a AGEDI y AIE por las tarifas exigidas entre 1990 y 2003 y que finalmente han sido fijadas por la jurisdicción civil en poco más de 7 millones. La conjunción de todos estos elementos acredita la existencia de una tenaz voluntad por parte de AGEDI y AIE de mantener un sistema ampliamente sancionado, tanto desde el orden administrativo como del civil, lo que difícilmente puede ser interpretado como una conducta negligente. Por todo ello, el Consejo considera que una sanción calculada como el 15% de los volúmenes de facturación previamente estimados resulta proporcionada a las características específicas de esta conducta.

De la aplicación de dicho tipo resultan sanciones de 1.944.000 euros para AGEDI y de 1.354.000 euros para AIE.

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

HA RESUELTO

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 responsables 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 MILLON NOVECIENTAS CUARENTA Y CUATRO MIL EUROS) a Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales y de 1.354.000 (UN MILLON 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.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.