



Roj: **SAN 2417/2022 - ECLI:ES:AN:2022:2417**

Id Cendoj: **28079230062022100316**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **17/02/2022**

Nº de Recurso: **67/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000067 /2016

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 00494/2016

**Demandante:** ASOCIACION DE GESTION DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y de la SOCIEDAD DE ARTISTAS INTERPRETES O EJECUTANTES DE ESPAÑA (AIE)

**Procurador:** DÑA. SILVIA URDIALES GONZÁLEZ

**Demandado:** COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

**Codemandado:** ASOCIACION ESPAÑOLA DE RADIODIFUSION COMERCIAL (AERC)

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilma. Sra. Pre sidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecisiete de febrero de dos mil veintidós.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. 67/2016, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. Silvia Urdiales González, en nombre y en representación de la **ASOCIACION DE GESTION DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI)** y de la **SOCIEDAD DE ARTISTAS INTERPRETES O EJECUTANTES DE ESPAÑA (AIE)**, contra la Resolución dictada en fecha 26 de noviembre de 2015 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente sancionador NUM000 , mediante la cual se les impuso a cada una de las recurrentes una sanción de multa por importe de 1.211.400 euros y de 1.579.020 euros, respectivamente, por realizar conductas prohibidas en el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado. Y como entidad codemandada ha comparecido la ASOCIACION ESPAÑOLA DE RADIODIFUSION COMERCIAL (AERC) representada por el Procurador D. Victorio Venturini Medina.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando de esta Sala que:

*"...dicte sentencia por la que, estimando el presente recurso contencioso-administrativo:*

*(A) Declare la nulidad de pleno derecho o anule la citada Resolución.*

*(B) Con carácter subsidiario, declare nulo o anule el dispositivo Tercero de la Resolución Impugnada, en lo que impone una multa a AGEDI y AIE de 1.211.400 Euros y 1.579.020 Euros, respectivamente.*

*(C) Con carácter subsidiario, reduzca las sanciones impuestas a mis mandantes a un importe meramente simbólico o significativamente inferior, por haber sido ésta impuesta en infracción del principio de proporcionalidad y en contra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.*

*(D) En todo caso, y según lo expuesto en el Fundamento Jurídico-Procesal Quinto, se condene a la Administración demandada a correr con la totalidad de las costas, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 139.1 de la LJCA, al haber dictado la Resolución objeto del presente recurso con infracción manifiesta de las Leyes".*

**SEGUNDO.** Tanto el Abogado del Estado como la defensa de la entidad codemandada presentaron los correspondientes escritos de contestación a la demanda en los que suplicaban que se dicte sentencia por la que se confirme el acto recurrido en todos sus extremos.

**TERCERO.** Una vez practicadas las pruebas admitidas a trámite, las partes presentaron los correspondientes escritos de conclusiones quedando posteriormente el recurso pendiente para votación y fallo. Y se fijó para ello la audiencia del día 13 de octubre de 2021.

Siendo ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Berta Santillán Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** En el presente recurso contencioso administrativo las entidades recurrentes, ASOCIACION DE GESTION DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y la SOCIEDAD DE ARTISTAS INTERPRETES O EJECUTANTES de ESPAÑA (AIE), impugnan la resolución dictada en fecha 26 de noviembre de 2015 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente sancionador NUM000 que les sanciona por la realización de conductas prohibidas en el artículo 2 de la LDC y en el artículo 102 del TFUE. Preceptos que prohíben la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio mediante, entre otros supuestos, por (i) la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos y (ii) por la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

Concretamente, la parte dispositiva de la citada resolución sancionadora dispone:

*"PRIMERO. Declarar acreditada en el presente expediente la existencia de una conducta de abuso de posición dominante prohibida por el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistente en la fijación de tarifas inequitativas y en la aplicación de forma discriminatoria e injustificada a determinados operadores de unas condiciones más ventajosas que a otros.*

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

*TERCERO. Imponer las siguientes multas:*

*- A la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales le corresponde una multa de 1.211.400 euros.*

*- A la Asociación de Artistas, Intérpretes y Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España le corresponde una multa de 1.579.020 euros".*

**SEGUNDO.** La infracción imputada por la CNMC a AGEDI/AIE exige, en primer lugar, la existencia de una situación de posición de dominio de dichas entidades en el mercado en el que actúan; y, en segundo, lugar que en esa posición de dominio hayan adoptado decisiones que son inequitativas y discriminatorias en relación con el sistema remuneratorio por la gestión de los derechos de propiedad intelectual de los fonogramas.



En la citada resolución, la CNMC justifica que las entidades AGEDI y AIE disfrutaran de una posición de dominio absoluto en el mercado en España de la gestión colectiva de los derechos de autorización y remuneración que corresponden a los artistas, intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas por actos de comunicación pública radiofónica de los fonogramas, así como de los derechos de reproducción instrumental de los mismos para dicha comunicación pública, a través de las emisoras de radio.

En este sentido, AGEDI es una entidad autorizada por el Ministerio de Cultura para la gestión de los derechos de propiedad intelectual que corresponden a los productores fonográficos respecto de sus grabaciones sonoras y audiovisuales en los términos previstos en sus estatutos, constituyendo el objeto de su actividad, como reflejan éstos, *"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"*. Especifica también la resolución impugnada que 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. Concretamente, AGEDI gestiona de forma colectiva los derechos de comunicación pública y de reproducción para dicha comunicación pública que corresponden a los productores de fonogramas bien por mandato legal, para los derechos de gestión colectiva obligatoria, o bien en virtud de un contrato de gestión firmado por los asociados al incorporarse a la entidad en el caso de derechos exclusivos. Al finalizar el ejercicio 2013 AGEDI contaba con 452 asociados. Las compañías de discos asociadas a AGEDI representan a más de 3.000 sellos o marcas discográficas de todo el mundo.

Respecto de AIE la resolución impugnada indica que una entidad de gestión que fue autorizada como tal por Orden del Ministerio de Cultura de 29 de junio de 1989, para gestionar los derechos de propiedad intelectual de los artistas, intérpretes o ejecutantes y sus derechohabientes, en los términos previstos en sus normas estatutarias. Los Estatutos de AIE mencionan en su artículo 4, 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..."*.

Hasta el punto de que 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).

Además, el 14 de julio de 2004 AGEDI y AIE firmaron un acuerdo por el que se constituyó una Comunidad de Bienes, denominada " DIRECCION000 ", sin ánimo de lucro, cuyos comuneros eran AGEDI y AIE, para la recaudación conjunta de determinados derechos de propiedad intelectual. En concreto, gestionan el derecho de remuneración única por la comunicación pública de fonogramas, correspondiente de forma compartida a los artistas, intérpretes o ejecutantes y a productores de fonogramas, el derecho exclusivo del productor de fonogramas a autorizar la comunicación pública de éstos, y el 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.

Y en este sentido la resolución impugnada destaca que: *"La posición de AGEDI/AIE en el mercado de referencia se ve reforzada por el hecho de que el expediente que nos ocupa recae en parte sobre un derecho de gestión colectiva obligatoria como es el derecho de remuneración por los derechos de propiedad intelectual correspondientes a la comunicación pública de los fonogramas (tal y como se establece en los artículos 108.6 y 116.3 de la LPI ). La gestión colectiva obligatoria implica que el derecho administrado por estas entidades no puede ser gestionado directamente por los beneficiarios del mismo (en este caso, los artistas, intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas), de modo que necesariamente este derecho debe ser gestionado a través de estas entidades de gestión AGEDI/AIE"*.

Sigue diciendo la resolución sancionadora que: *"Por otra parte, los derechos a autorizar la reproducción y la comunicación pública de fonogramas, pese a no ser derechos de gestión colectiva obligatoria, pueden ser cedidos a las entidades de gestión ( artículos 107 y 115 de la LPI en relación con la reproducción y 108 y 116 LPI en relación con la comunicación pública). Esta cesión se ha producido por parte de la gran mayoría de*



productores de fonogramas, gestionando AGEDI los derechos correspondientes a 2.300 sellos discográficos. Además, tal y como indica AGEDI, las compañías multinacionales como EMI MUSIC, SONY MUSIC o UNIVERSAL MUSIC, cuyo repertorio alcanza el 95% del total del mercado, son compañías discográficas asociadas a AGEDI. Aparte de disfrutar de una posición de monopolio, el poder de mercado de AGEDI/AIE se ve reforzado toda vez que para los operadores radiofónicos que desean actuar de forma legal en España resulta imprescindible hacer uso de los fonogramas cuyos derechos de propiedad intelectual gestionan AGEDI/AIE. De esta manera, para estos demandantes no es una opción dejar de contratar los servicios de AGEDI/AIE, lo que afecta de forma directa a la capacidad negociadora de estos operadores. Asimismo, AGEDI/AIE cuentan con una independencia significativa a la hora de fijar y aplicar efectivamente las tarifas de los derechos de reproducción instrumental y de comunicación pública de fonogramas que gestionan, entre otros ámbitos, en el mercado radiofónico. De hecho, las propias conductas de AGEDI/AIE investigadas en el presente expediente evidencian esta significativa independencia de comportamiento a la hora de fijar y aplicar efectivamente estas tarifas".

Y las emisoras de radio, en la medida en que incluyen fonogramas en su programación, realizan actos de comunicación pública y, para la realización de estos actos de comunicación pública reproducen los fonogramas en sus equipos, lo que viene a denominarse una reproducción instrumental dado que es necesaria para dicha comunicación pública. Por tanto, las emisoras de radio que realicen actos de comunicación pública de fonogramas quedan obligadas a pagar la remuneración equitativa y única tanto a los productores como a los intérpretes de fonogramas.

**TERCERO.** La CNMC recoge también en la resolución impugnada porque AGEDI y AIE han abusado de esa posición dominante al indicar que: *"En el ámbito de la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual, el abuso se suele producir cuando una entidad de gestión establece una tarifa general y, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, negocia otras condiciones más ventajosas sin justificación objetiva con otras empresas competidoras de aquellas a las que se les aplica la tarifa general. Igualmente, cabe apreciar discriminación en el caso de diferencias entre tarifas negociadas"*.

Y concluye que: *"Pues bien, en el presente expediente, como veremos a continuación, ha quedado acreditado por la Dirección de Competencia que las entidades AGEDI/AIE han cometido una infracción del artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE, al haber aplicado desde el año 2006 a las emisoras de radio tarifas discriminatorias e inequitativas por la gestión de derechos de propiedad intelectual de fonogramas, sin que se haya acreditado por parte de las citadas entidades un motivo objetivo que justifique la aplicación de las mismas en los términos y condiciones puestos de manifiesto en los hechos acreditados de la presente resolución. Nos encontramos ante una infracción única y continuada cuya duración ha quedado acreditada desde el año 2006 y hasta el año 2014, que habría consistido en el diseño e implementación por parte de AGEDI/AIE de un sistema de remuneración por los derechos de uso de los fonogramas que trata de manera desigual a las emisoras de radio y que, además, aplica tarifas inequitativas. Son varios los elementos contenidos en el sistema de remuneración cuyo análisis global y conjunto permiten concluir, en los mismos términos que la Dirección de Competencia, la existencia del abuso de posición de dominio llevado a cabo por las entidades de gestión citadas y que ha afectado a la práctica totalidad de las emisoras de radio que operan en España, ya sea porque han quedado sometidas al sistema de pago de las Tarifas Generales o porque han pertenecido a las asociaciones más representativas del sector, como son AERC y FORTA"*.

Y, de forma más concreta, la CNMC ha entendido que las entidades recurrentes AGEDI y AIE abusaron de su posición de dominio desde el año 2006 hasta, al menos, el 31 de diciembre de 2014 al diseñar un sistema remuneratorio por los derechos de uso de los fonogramas que ha sido inequitativo y discriminatorio y que afectó (i) a la determinación de las Tarifas Generales; (ii) a la aplicación de facto de la Propuesta de Nuevas Tarifas Generales que se han determinado por AGEDI/AIE sobre la base del Informe elaborado por la consultora NERA el 17 de marzo de 2009 denominado "El valor de la música en la radio de España"; y (iii) a las Tarifas recogidas en los Convenios firmados con AERC y con la FORTA.

La CNMC entendió que eran inequitativas y discriminatorias cada una de ellas por las siguientes razones:

- (i) Fija una tarifa mínima incluida en las Tarifas Generales basada en criterios poblacionales en lugar del uso efectivo de fonogramas.
- (ii) Incremento injustificado de las Tarifas como consecuencia de aplicación de facto de la Propuesta de Nuevas Tarifas diseñadas sobre la base del Informe económico elaborado por la Consultora Nera.
- (iii) Proposición de condiciones económicas que son distintas según se esté ante Tarifas Generales o ante Tarifas negociadas por AGEDI/AIE que se han fijado en los convenios firmados con AERC y la FORTA. Y, además, se fijan también condiciones económicas que son inequitativas atendiendo a si se está ante el convenio firmado con AERC o ante el convenio firmado con la FORTA.



Y, a juicio de la CNMC, ello ha provocado situaciones de discriminación e inequidad entre las distintas emisoras de radio:

- a. Se ha actuado de forma discriminatoria entre emisoras de radio que pagan tarifas mínimas sobre la base de criterios poblacionales y las emisoras de radio que no pagan con arreglo a esos criterios porque por sus ingresos económicos alcanzan los mínimos de las tarifas fijadas. En el primer caso, AGEDI/AIE fijan unos importes mínimos mensuales que son proporcionales al número de habitantes censados en la población donde se encuentra el centro emisor. Lo que supone que, por un servicio equivalente, algunas emisoras pagan un porcentaje más alto de tarifa que el resto de emisoras que operan en España.
- b. Discriminación entre emisoras de radio comerciales no asociadas en AERC y las asociadas en AERC con beneficio para estas últimas por cuanto para las emisoras no asociadas se han fijado las tarifas sobre la base de los ingresos brutos de explotación (IBE) frente a los ingresos brutos de publicidad radiada para las emisoras de radio asociadas en AERC.
- c. Discriminación entre emisoras asociadas en AERC y las no asociadas, siendo también comerciales, por cuanto que a estas no se les aplica ninguna de las reducciones, bonificaciones y descuentos ni la cláusula de parte más favorecida que si se han aplicado a las emisoras que pertenecen a AERC.
- d. Discriminación entre emisoras de radio asociadas en FORTA y las asociadas en AERC en detrimento de estas últimas por cuanto a las incorporadas en FORTA se les reconoce una bonificación del 35% por los costes específicos al cumplimiento de las obligaciones de servicio público. Trato este más favorable que al resto de emisoras (excepto RTVE) no justificado de forma objetiva.
- e. Ha sido inequitativo el ofrecimiento y aplicación de la Propuesta de Nuevas Tarifas de Uso por cuanto que las nuevas tarifas se han incrementado de forma injustificada ya que suponen que se tenga que pagar el triple de lo pagado hasta ahora sin que las prestaciones ofrecidas por AGEDI/AIE se hayan modificado.

Por ello la CNMC ha concluido en la resolución sancionadora que: *"El conjunto de todos los elementos analizados contenidos en las distintas tarifas que ha venido aplicando AGEDI/AIE en los últimos años, permite considerar la existencia de un sistema remuneratorio inequitativo y discriminatorio en el mercado de gestión de los derechos de uso de los fonogramas por parte de las emisoras de radio desde el año 2006 y, al menos hasta el año 2014. En relación con la existencia de tarifas heterogéneas en el mercado, como ya hemos analizado, la conducta se habría llevado a cabo a través de la implementación de procedimientos del cálculo de las tarifas distintos para cada grupo de emisoras, en función de su pertenencia o no a una determinada asociación, debiendo distinguir entre emisoras individuales, emisoras pertenecientes a AERC y emisoras pertenecientes a FORTA.*

*Se ha demostrado que el sistema es inequitativo y discriminatorio por los siguientes motivos:*

- a) *Existe un trato discriminatorio e inequitativo contenido en todas las Tarifas, al fijarse unos importes mínimos exigibles a las emisoras en base a criterios poblacionales y no por uso efectivo de fonogramas.*
- b) *Las emisoras de radio que pagan conforme a Tarifas Generales han venido pagando por servicio equivalente un porcentaje más alto de tarifa que el resto de emisoras que operan en España, toda vez que han facturado en base a ingresos brutos de explotación, frente a los de publicidad de los miembros de AERC, y no les han sido aplicados las reducciones, descuentos y bonificaciones que han podido disfrutar el resto de emisoras de radio pertenecientes a las asociaciones.*
- c) *Las emisoras pertenecientes a FORTA han venido disfrutando de un sistema de deducciones por servicio público cuyo diseño y aplicación carece de objetividad dándoles una ventaja frente al resto de emisoras. Asimismo, su convenio contiene una cláusula de parte más favorecida que les ofrece un trato más favorable que al resto de emisoras (a excepción de RTVE).*
- d) *Las nuevas tarifas todavía no aprobadas, pero ya aplicadas de facto por AGEDI/AIE, han resultado ser desproporcionadas e inequitativas por haber experimentado un aumento injustificado, si se tiene en cuenta que no se ha producido un aumento del alcance de los derechos gestionados por las citadas entidades.*

*Sobre el carácter inequitativo y discriminatorio de este tipo de conductas, se ha pronunciado ya la CNC con ocasión de analizar también las Tarifas Generales de las entidades de gestión para la comunicación pública de grabaciones audiovisuales, con operadores de televisión. En estas Resoluciones, en relación con la exigencia de ingresos brutos de explotación para el cálculo de la base de la tarifa, decía la CNC que ello no resulta aceptable, sino 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, pero, también, que mida el valor que tiene ese uso. En este mismo sentido, el Tribunal Supremo también ha declarado que no puede ser aceptada la fijación de la tarifa atendiendo exclusivamente a los rendimientos de explotación del usuario y que 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.*

*En relación con la existencia de descuentos, bonificaciones o reducciones de la base a favor de las emisoras pertenecientes a las asociaciones, resulta evidente que se han aplicado condiciones distintas a prestaciones equivalentes, pues mientras que a los empresarios miembros de una asociación sectorial les aplicaba este tipo de descuentos vinculados al cumplimiento de determinados requisitos, los empresarios individuales no podían beneficiarse de dichas ventajas. Esta conducta, como ya ha tenido ocasión de señalar la CNC es discriminatoria, y distorsiona la competencia en el mercado afectado, en la medida en que unos empresarios se ven obligados a pagar por la utilización de obras musicales unas tarifas mucho menos ventajosas que otros, lo que encarece la prestación del servicio principal. Y por tanto la forma en que se aplican los descuentos hace que las tarifas finales resulten inequitativas puesto que si las tarifas deben tener una relación con el valor de la prestación que se pretende remunerar, es difícilmente comprensible que en unos casos se considere equitativo obtener unas tarifas más elevadas que en otros por cumplir exactamente las mismas condiciones.*

*En definitiva, las Tarifas Generales debían haber reflejado, de algún modo, las características y los contenidos generales de las tarifas negociadas, de modo que haya siempre una proporcionalidad entre las Tarifas Generales y los precios negociados mediante acuerdos, tal como exige el propio Tribunal Supremo en la citada Sentencia, al señalar que a la hora de valorar si una tarifa es equitativa es necesario "la comparación con otros acuerdos a que haya llegado la sociedad de gestión con otras productoras, pues la equidad tiene una estrecha relación con la necesidad de que las tarifas sean comparativamente adecuadas entre unas y otras productoras, lo cual no significa que deban ser idénticas, pero sí que debe proscribirse una excesiva desproporción que no aparezca justificada por razones de gestión u otras análogas".(...)La gestión de AGEDI/AIE en lo que se refiere a las Tarifas Generales ha conllevado una desventaja competitiva para aquellas emisoras que no pertenecen a las asociaciones (en particular frente a AERC), y ello como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea evidencia una explotación abusiva de la posición de dominio. También se ha demostrado la existencia de un trato discriminatorio a favor de las emisoras de radio de carácter público, a través de la aplicación a éstas de un sistema de descuentos por servicio público carente de toda objetividad, si atendemos a su diseño e implementación, y de la incorporación de una cláusula de parte más favorecida que les ofrece un trato más favorable que al resto de emisoras. Esta ventaja injustificada ha perjudicado al resto de emisoras que operan en el sector. En relación con el trato desigual dado a entidades públicas y privadas, ha tenido la ocasión de manifestarse la jurisprudencia comunitaria. En definitiva, en las conductas analizadas, han concurrido los elementos que la jurisprudencia exige para apreciar la existencia de un trato discriminatorio e inequitativo, y que se resumen en los siguientes:(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; (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.*

*Esta Sala considera que las conductas analizadas en este apartado, permiten concluir la existencia de una infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE, consistente en abuso de posición de dominio por parte de las entidades AGEDI/AIE."*

**CUARTO.** La parte actora en su escrito de demanda solicita la nulidad de la resolución sancionadora y ello en virtud de las siguientes consideraciones.

1. Nulidad irregularidades en el procedimiento sancionador por cuanto se ha incumplido el artículo 35 del RDC al haberse tomado en consideración las alegaciones efectuadas por AERC al PCH a pesar de que se habían presentado fuera del plazo legalmente establecido. Y, a su juicio, esa irregularidad le ha ocasionado indefensión material determinante de nulidad de todo el procedimiento sancionador.
2. Niega que concurra el tipo infractor por cuanto en ningún caso ha impuesto la aplicación de las tarifas recogidas en la Propuesta efectuada de Nuevas Tarifas de Uso Generales ya que solo se ha aplicado a las emisoras asociadas en FORTA, así como a 93 operadores de radio no asociados que aceptaron su aplicación.
3. Niega que exista abuso de posición de dominio por cuanto la CNMC no ha acreditado que las tarifas aplicadas por AGEDI/AIE hayan producido distorsión en la competencia.



4. No existe situación de abuso de posición de dominio en relación con las condiciones recogidas en el Convenio suscrito con AERC en fecha 20 de septiembre de 2006 por cuanto su vigencia finalizaba en fecha 31 de diciembre de 2009 de tal manera que, cuando se acuerda la investigación por parte de la Dirección de Competencia ya había prescrito esa posible actuación abusiva derivada de la aplicación de ese convenio.
5. Sostiene que el sistema remuneratorio fijado por los derechos de uso de los fonogramas no es inequitativo ni discriminatorio destacando que la Propuesta de las Nuevas Tarifas se han fijado teniendo apoyo en el Informe económico elaborado por la Consultora Nera en fecha 17 de marzo de 2009 titulado "El valor de la música en la radio de España".
6. Niega que exista trato discriminatorio (i) ni entre usuarios que pagan mínimos sobre la base de criterios poblacionales y los que no; (ii) ni en el periodo 2006 a 2009 entre miembros de la AERC y los usuarios que pagan Tarifas Generales en detrimento de estos últimos; (iii) ni entre miembros de FORTA y miembros de AERC en detrimento de estos últimos por la aplicación de descuentos por costes específicos al cumplimiento de obligaciones de servicio público; (iv) tampoco existe trato discriminatorio basado en un distinto ámbito de aplicación de las cláusulas de parte más favorecida; y (v) no hay conducta abusiva por inequitativa consistente en el ofrecimiento y aplicación a diversos usuarios (FORTA y RNE) de las propuestas de Tarifas de Uso.
7. Niega que, en su caso, esas conductas hayan supuesto una distorsión de la competencia entre usuarios.
8. Subsidiariamente, invoca la vulneración del principio de proporcionalidad en la determinación del importe de la cuantía de multa.

**QUINTO.** Con carácter previo al análisis de la cuestión de fondo planteada debemos examinar la alegación de indefensión determinante de nulidad del procedimiento sancionador efectuada por la recurrente en su escrito de demanda apoyándose en que se han tenido en cuenta en la fase de tramitación las alegaciones efectuadas por AERC al Pliego de Concreción de Hechos y ello a pesar de que se habían presentado fuera del plazo legalmente establecido.

El artículo 35 del Real Decreto 261/2008 por el que se regula el Reglamento de la ley de Defensa de la Competencia dispone que: *"La Dirección de Investigación no tendrá en cuenta en su informe las alegaciones presentadas por los interesados fuera de los plazos concedidos en virtud de los apartados 1 y 3 del artículo 33 de este Reglamento para contestar al pliego de concreción de hechos o, en su caso, la notificación de la Dirección de Investigación manifestándoles que no ha quedado acreditada la existencia de prácticas prohibidas. Asimismo, la Dirección de Investigación denegará la práctica de pruebas adicionales transcurridos dichos plazos. En todo caso los escritos serán incorporados al expediente, indicándose expresamente que se han presentado fuera de plazo."*

No podemos aceptar la anterior consideración porque no se ha acreditado que dichas alegaciones se hubieran tenido efectivamente en cuenta por la Dirección de Competencia a pesar de que se habían presentado fuera de plazo. Al contrario, sobre este aspecto consta en la propia resolución sancionadora que: *"En primer lugar, huelga decir que el hecho de que la Dirección de Competencia haya puesto de manifiesto las alegaciones extemporáneas en su propuesta de resolución, no quiere decir que las haya tenido en cuenta para sus conclusiones finales en relación con la conducta sancionada. En este sentido, basta fijarse en el hecho de que las conclusiones alcanzadas por la Dirección de Competencia en la PCH no han variado en la Propuesta de Resolución tras las alegaciones presentadas por las partes, por lo que la incidencia de las mismas en relación con la valoración de las conductas es ciertamente limitada. (...) No concurren, por tanto, los vicios procedimentales aducidos por las partes en su escrito de alegaciones."*

Por otra parte, la nulidad de un procedimiento administrativo sancionador por existir irregularidades en su tramitación solo es posible cuando ello haya ocasionado una verdadera indefensión material a las recurrentes y no meramente formal. Y, en este caso, las entidades recurrentes nada indican sobre esa indefensión material ya que se han limitado a mencionar una irregularidad formal que, como ya hemos indicado, tampoco está acreditada.

**SEXTO.** Las entidades recurrentes destacan que, en todo caso, estarían prescritas las conductas imputadas como abusivas de su posición de dominio en relación con las cláusulas fijadas en el Convenio suscrito entre AGEDI/AIE y AERC en fecha 20 de septiembre de 2006.

No se discute que el artículo 68 de la LDC fija en cuatro años el plazo de prescripción para las infracciones muy graves, como la imputada. La discrepancia entre las partes afecta a la determinación del día inicial y final del cómputo de ese plazo. En este sentido, el artículo 68 citado dispone que ese plazo se computara desde el día en que se hubiera cometido la infracción o, en caso de infracciones continuadas, desde el día en que hubieran cesado. Plazo de prescripción que se interrumpe por cualquier acto de la Administración con conocimiento



formal del interesado tendente al cumplimiento de la Ley y por los actos realizados por los interesados al objeto de asegurar, cumplimentar o ejecutar las resoluciones correspondientes.

En primer lugar, las partes muestran discrepancia en relación con la determinación de cuál debe ser el día inicial en el cómputo del plazo de prescripción. Así, la entidad recurrente señala que la infracción derivada del Convenio suscrito con AERC esta prescrita fijando, en primer lugar, como día inicial la fecha en que se suscribió, 20 de septiembre de 2006. Esta Sala no admite esa fecha -20 de septiembre de 2006- como día inicial del cómputo del plazo de prescripción porque estamos ante una conducta que no cesa en ese momento, sino que, al contrario, a partir de esa fecha es cuando se produce su aplicación empezando y continuando así los efectos derivados de su vigencia.

En segundo lugar, y forma subsidiaria, la entidad recurrente fija el día inicial del cómputo del plazo de prescripción en la fecha del 31 de diciembre de 2009 en que finalizaba la vigencia del citado Convenio. Tampoco esta Sala acepta esa fecha ya que el contenido del Convenio suscrito con AERC se aplicó de facto con posterioridad a esa fecha, al menos hasta el 31 de diciembre de 2010 por cuanto que AERC continuó hasta esa fecha abonando las tarifas según lo previsto en el Convenio suscrito entre AGEDI/AIE y AERC en el año 2006 que incluso, posteriormente, se consideraron como pagos definitivos en la negociación entre AGEDI/AIE y AERC.

Por tanto, atendiendo a la fecha del 31 de diciembre de 2010 como día inicial en el cómputo del plazo de prescripción, la consecuencia es que no ha transcurrido el plazo de cuatro años de prescripción y, por tanto, no han prescrito las conductas relacionadas con el Convenio suscrito por AGEDI/AIE con AERC ya que no habían transcurrido cuatro años cuando la CNMC acordó la incoación del expediente sancionador en fecha 12 de mayo de 2014.

Sin embargo, la recurrente niega que, en su caso, sea aplicable como fecha final en el cómputo analizado la del acuerdo de incoación ya que, a su juicio, debería tenerse en cuenta la fecha de 18 de febrero de 2015 en la que se acuerda la ampliación de la incoación del expediente sancionador respecto de las conductas relacionadas con el Convenio suscrito con AERC.

Esta Sala rechaza también la anterior afirmación efectuada por la recurrente. Analizando el contenido del acuerdo de incoación del expediente sancionador adoptado por la Dirección de Competencia en fecha 12 de mayo de 2014 no apreciamos que en ese momento inicial quedaran excluidas las posibles conductas abusivas derivadas de la aplicación del Convenio suscrito con AERC al indicarse expresamente en el mismo que *"al existir indicios racionales de la comisión, por parte de AGEDI/AIE, de una infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE, consistente en un abuso de posición de dominio por la fijación de tarifas inequitativas y excesivas, y por el trato discriminatorio de las emisoras de radio comerciales de propiedad privada respecto de las emisoras de radio de titularidad pública, en su gestión conjunta de los derechos de remuneración por la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales y en la gestión del derecho de reproducción instrumental o técnica de dichos fonogramas, previo a su comunicación pública, que ostenta"*. Por ello entendemos que la ampliación acordada en fecha 18 de febrero de 2015, no supuso la incorporación de conductas que no se hubieran recogido ya en el acuerdo de incoación en el que se indica que afecta a las posibles conductas discriminatorias entre emisoras de radio atendiendo a su titularidad. De tal manera que, el Director de Competencia cuando acuerda en fecha 18 de febrero de 2015 la ampliación de la incoación del expediente sancionador lo realiza para corregir un error material en relación con la incoación por infracción del artículo 102 del TFUE, y para incluir en el ámbito de la incoación la posible existencia de un trato discriminatorio injustificado por AGEDI/AIE entre operadores radiofónicos, con independencia de la titularidad pública o privada de las emisoras que éstos operan, en relación con los derechos de propiedad intelectual objeto de investigación en el presente expediente.

En definitiva, la posible conducta abusiva por parte de AGEDI/AIE en su trato discriminatorio entre distintos operadores de radio, atendiendo a su titularidad, ya se recogía en el acuerdo inicial de incoación de 12 de mayo de 2014. De tal manera que, en esa fecha no había transcurrido el plazo de cuatro de años de prescripción analizada.

**SÉPTIMO.** Corresponde ahora examinar si AGEDI y AIE, actuando conjuntamente, han abusado de su posición de dominio en la gestión de los derechos de propiedad intelectual sobre fonogramas de los productores fonográficos, los artistas, los intérpretes y el ejecutante, frente a los operadores radiofónicos.

En primer lugar, entendemos conveniente destacar cual es la regulación normativa sobre esta materia y, especialmente, en relación con el sistema remuneratorio por los derechos de uso de los fonogramas. Así los derechos de propiedad intelectual que analizamos se engloban en los denominados derechos de explotación regulados en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, que los considera derechos patrimoniales que permiten a sus titulares



obtener un rendimiento económico por la utilización de la obra por terceros. Y, en este caso, el objeto de estos derechos serían los fonogramas, cuya definición se recoge en el artículo 114.1 de la LPI como *"toda fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos"*, siendo los titulares de los mismos, los productores de fonogramas y los artistas, intérpretes y ejecutantes, en base a lo estipulado en la LPI en los Títulos I y II del Libro II. Los derechos de propiedad intelectual que corresponden a estos colectivos por la comunicación pública de los fonogramas están previstos en los artículos 108.4 y 116.2 de la LPI de una forma similar. Dichos preceptos establecen 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.

La comunicación pública es uno de los actos de explotación en materia de propiedad intelectual y está definida en el artículo 20 de la LPI, cuyo 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"*. Asimismo, los productores de fonogramas ostentan el derecho exclusivo de autorizar su reproducción. Este derecho puede transferirse, cederse o ser objeto de concesión de licencias contractuales en base al artículo 115 de la LPI. La reproducción consiste, de acuerdo con el artículo 18 de la LPI en: *"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"*.

Las emisoras de radio, en la medida en que incluyen fonogramas en su programación, realizan actos de comunicación pública y, para la realización de estos actos de comunicación pública reproducen los fonogramas en sus equipos, lo que viene a denominarse una reproducción instrumental dado que es necesaria para dicha comunicación pública. Por tanto, las emisoras de radio que realicen actos de comunicación pública de fonogramas quedan obligadas a pagar la remuneración equitativa y única tanto a los productores como a los intérpretes de fonogramas.

Debe tenerse en cuenta que el derecho de remuneración equitativa y única, que corresponde a los productores de fonogramas y a los intérpretes por los actos de explotación de los fonogramas previstos legalmente, es un derecho de gestión colectiva obligatoria. Esto implica que AGEDI y AIE, únicas entidades reconocidas para la gestión de estos derechos de propiedad intelectual, los gestionan en nombre de todos los productores de fonogramas y en nombre de todos los intérpretes, artistas y ejecutantes, con independencia de qué productores o intérpretes pertenezcan o no a las entidades AGEDI y AIE.

Además de reconocer a las entidades de gestión el derecho a percibir remuneración en nombre de sus beneficiarios, la LPI establece las bases para que las propias entidades de gestión fijen directamente la remuneración. El mecanismo previsto en la LPI para el establecimiento de la remuneración son las Tarifas Generales. El establecimiento de las Tarifas Generales es para toda entidad de gestión una obligación impuesta legalmente. Hasta el 1 de enero de 2015, el artículo 157.1 de la LPI en la letra b) señalaba que las entidades de gestión están obligadas 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."*

Por tanto, la fijación de las Tarifas Generales era un acto unilateral de la propia entidad de gestión. Una vez aprobadas, las tarifas se depositaban en el Ministerio de Cultura ( artículo 159.3 de la LPI), sin que existieran mecanismos de aprobación o autorización de las mismas.

Junto con la existencia de la obligación de fijación de unas Tarifas Generales, la LPI establecía también en el artículo 157.1.c) la obligación de las entidades de gestión de *"celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente"*.

El artículo 157 de la LPI fue objeto de reforma mediante la Ley 12/2014, de 4 de noviembre, por la que se modificó la LPI y cuya entrada en vigor se produjo el 1 de enero de 2015 y, aunque es posterior a los hechos analizados, ello no impide que podamos valorar la intención del legislador al concretar los elementos sobre los cuales debería articularse la fijación de Tarifas Generales por parte de las entidades de gestión que disponen de una posición de dominio en algún mercado relevante, y que pueden resumirse en los siguientes:

El grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.

La intensidad y relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.

La amplitud del repertorio de la entidad de gestión.

Los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio

El valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de tarifas

Las tarifas establecidas por la entidad de gestión con otros usuarios para la misma modalidad de utilización

Las tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros estados miembros de la Unión Europea para la misma modalidad de uso.

La LPI establece así un doble sistema tarifario basado en Tarifas generales y tarifas negociadas en convenios con asociaciones representativas de los usuarios. El objeto de dichos convenios es, en todos los casos, establecer los principios y las bases que regirán la concesión de autorizaciones por parte de AGEDI/AIE a los miembros de dichas asociaciones. En este caso, los Convenios generales se han firmado entre las citadas entidades de gestión con las asociaciones más representativas de la totalidad de emisoras:

AERC, para la radio comercial, y FORTA para las radios públicas autonómicas, siendo el único contrato individual con un operador el firmado por AGEDI y AIE con RTVE.

**OCTAVO.** Como venimos diciendo, la CNMC ha imputado a AGEDI/AIE la comisión de la infracción prevista en el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia que señala:

*"1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.*

*2. El abuso podrá consistir, en particular en:*

*a) La imposición de forma directa o indirecta de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.*

*(...)*

*d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*

*(...)"*

En definitiva, de acuerdo con dicho precepto, existe un abuso de posición de dominio de tipo discriminatorio desde el momento en que el operador dominante aplica, sin justificación objetiva, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que ocasionan desventajas competitivas. Y, por otro lado, el abuso de posición de dominio en su modalidad de inequitativo existe desde el momento en que el operador en posición de dominio aplica unos precios que no guardan relación con el valor económico del producto o servicio suministrado, salvo que puedan estar objetivamente justificados. En este sentido, el TJUE en el asunto 27/76, *United Brands c. Comisión*, señala: *"un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 86.a) puede consistir en la práctica de un precio excesivo sin relación razonable con el valor económico de la prestación proporcionada"*.

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado que *"una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual puede explotar de forma abusiva su posición dominante a efectos de dicho artículo cuando aplica a estas sociedades condiciones desiguales para prestaciones equivalentes y les ocasiona, por este motivo, una desventaja competitiva, salvo que tal práctica pueda estar objetivamente justificada"* ( Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2008, *Kanal 5 / STIM*, asunto C-52/07, apdo. 48).

De tal manera que, una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual puede explotar de forma abusiva su posición de dominio en el mercado cuando aplica condiciones desiguales para prestaciones equivalentes y les ocasiona por este motivo una desventaja competitiva, salvo que tal práctica pueda estar objetivamente justificada. Y también es contrario a las normas de competencia la aplicación por parte de las entidades de precios y condiciones inequitativas.

**NOVENO.** Corresponde ahora a esta Sala analizar si las tarifas fijadas por AGEDI/AIE suponen, como así ha entendido la CNMC, una explotación abusiva de su posición de dominio en el mercado analizado.

Esta Sala por la trascendencia que ello va a tener en el resultado de este asunto resalta que el concepto de grabación audiovisual, desde el punto de vista de la protección de la propiedad intelectual, y la valoración económica que haya de merecer el derecho de su titular, están desconectados de la condición del destinatario o de su situación económica, de tal manera que, en un principio, se estará ante una explotación abusiva por parte de AGEDI/AIE de carácter discriminatorio al fijar diferentes tarifas entre las emisoras de radio cuando para todas ellas las prestaciones por parte de AGEDI/AIE son equivalentes y no existe una justificación objetiva para esa diferencia de trato. Y esa explotación abusiva de carácter discriminatorios se aprecia, como luego concretaremos, al establecer distintas tarifas dependiendo de si se está ante emisoras de radio asociadas o no asociadas; o dependiendo de si se está ante emisoras de radio comerciales privadas o ante emisoras de radio de titularidad pública. Asimismo, existe explotación abusiva de AGEDI/AIE al fijar tarifas que son inequitativas como así se aprecia al hacer depender el importe de la tarifa mínima atendiendo a criterios de población en



cuanto que están desconectados del uso efectivo de los fonogramas que es la remuneración que debe exigirse a las emisoras de radio. En definitiva, esta Sala, al igual que la CNMC, considera que AGEDI/AIE ha fijado tarifas inequitativas y discriminatorias por cuanto que ha desconocido que el valor del derecho en sí no puede depender del escaso rendimiento que, eventualmente, pueda obtener la emisora de radio, ni de su ubicación atendiendo al número de población censada en el lugar donde se ubique dicha emisora, ni tampoco atendiendo a su actividad comercial o a su titularidad pública. El uso de los fonogramas es igual en todos los casos, así como el servicio que presta AGEDI/AIE que es independiente de la clase de emisora de radio de que se trate.

**DÉCIMO.** Concretamos ahora los supuestos en los que esta Sala aprecia la existencia de esa explotación abusiva por parte de AGEDI/AIE.

Así, en primer lugar, nos referimos a la fijación por parte de AGEDI/AIE de las tarifas mínimas atendiendo, en algunos casos, a criterios de población del lugar donde se ubica la emisora de radio cuando sus ingresos económicos no alcanzan el mínimo establecido, en lugar de atender al uso efectivo de los fonogramas. Las entidades de gestión han implementado en sus Tarifas Generales un sistema de tarifas mínimas obligatorias que pagan las emisoras de radio cuando no alcanzan el mínimo establecido pero, en estos casos, las tarifas mínimas se fijan en base a criterios de población de tal modo que el importe que pagan es proporcional al número de habitantes censados en la población donde se encuentra el centro emisor y ello con independencia del uso efectivo de obras musicales protegidas por los derechos de autor y de la intensidad con la que utilizan el contenido musical gestionado por AGEDI/AIE.

Y el uso efectivo del repertorio como criterio para determinar de forma equitativa las tarifas por las entidades de gestión se ha reconocido por el Tribunal Supremo, Sala Tercera, en la sentencia dictada en fecha 19 de marzo de 2013 (recurso de casación núm. 2125/2009) en la que se rechazaba la determinación de las tarifas generales en atención, en ese caso, a los rendimientos económicos y consideró que debían fijarse por razón del "uso efectivo del repertorio". En esta misma línea, el Tribunal Supremo, Sala Civil, en la sentencia de 23 de marzo de 2011 señaló que para determinar el importe de la remuneración no cabía acudir a las tarifas generales si éstas no tienen un "carácter equitativo", y no lo tienen cuando adoptan como base exclusiva de cálculo los rendimientos obtenidos por el operador - en ese caso era televisivo- y prescinden del uso efectivo del repertorio. Y añadía que dicha remuneración debía atender *"a los acuerdos a que hubiera llegado la entidad de gestión con otras personas o entidades para autorizar el uso de su repertorio, dada la estrecha relación de la equidad con la inexistencia de desproporción injustificada en supuestos semejantes"*.

Las entidades AGEDI/AIE justifican esa fijación refiriendo que, en algunos casos, es imposible la determinación del uso efectivo del repertorio y por ese exclusivo motivo han fijado esas tarifas mínimas atendiendo a criterios de población. En este sentido, indican que en la práctica es inviable y, además, implica un importante desembolso económico efectuar un seguimiento del uso efectivo de la programación de música que realizan algunas emisoras de radio con pequeños ingresos económicos. Esta Sala no admite como justificación objetiva las razones invocadas por la recurrente ya que, aunque pudiera resultar antieconómico constatar esa utilización efectiva, ello no convalida el empleo de un parámetro que, desde luego, es inequitativo, como es determinar las tarifas mínimas de las Tarifas Generales de aquellas emisoras de radio no asociadas con pequeños ingresos económicos acudiendo al parámetro del número de población que existe en el lugar en el que se encuentra la emisora de radio. Si la equidad exige ajustar el importe percibido por AGEDI/AIE a la difusión efectiva de los contenidos musicales protegidos, está claro que la determinación de la tarifa en atención a la población no sirve a esa finalidad. Por otra parte, en otros supuestos, como son las tarifas negociadas con AERC y con FORTA, las entidades AGEDI/AIE no han apreciado dificultades técnicas ni económicas para determinar el uso efectivo del repertorio musical -sin atender en esos casos a los escasos ingresos económicos de las emisoras- en cuanto que han reconocido la aplicación de bonificaciones a favor de aquellas emisoras que envían un listado informatizado relativo a los fonogramas utilizados.

En definitiva, esta Sala entiende que el sistema remuneratorio, basado en criterios poblacionales, es inequitativo puesto que no tiene relación con el objeto del sistema remuneratorio que es la reproducción y la comunicación pública de los fonogramas por los operadores radiofónicos en la medida en que se ven obligados a pagar por los derechos gestionados por AGEDI/AIE en función del núcleo de población en que emiten y no en base a la utilización efectiva del repertorio gestionado por esas entidades. Y es también discriminatorio en cuanto que en dichos núcleos de población operan también otros operadores radiofónicos asociadas en AERC o en FORTA a quienes sí se les ofrece la posibilidad de acogerse a una tarifa ligada al uso efectivo del repertorio. Por tanto, las razones invocadas por AGEDI/AIE de simplicidad o de dificultad para comprobar cuál es el uso efectivo y la disponibilidad de esos usuarios con bajo nivel de facturación y de actividad no puede justificar que se les aplique unos importes mínimos atendiendo a criterios de población sin, en su caso, buscar otro sistema remuneratorio más equitativo e igualitario.



En segundo lugar, esta Sala entiende que existe explotación abusiva por parte de AGEDI/AIE cuando determina las tarifas de forma diferente según se esté ante una emisora de radio asociada o no asociada. Así, para las emisoras de radio no asociadas, la tarifa se fija atendiendo a los ingresos brutos de la actividad frente a las emisoras de radio asociadas en AERC que se fijan atendiendo a los ingresos brutos de publicidad radiada en beneficio de estas últimas, sin que exista una razón objetiva que lo justifique porque, insistimos, en ambos casos las prestaciones de AGEDI/AIE son idénticas. Idéntica discriminación apreciamos cuando para la fijación de las tarifas de las emisoras de radio no asociadas no se les permite aplicar descuentos, bonificaciones o deducciones ni se les ha reconocido cláusulas de parte más favorecida que si se admiten en los Convenios suscritos con AERC de fecha 20 de septiembre de 2006 o con FORTA suscrito en fecha 23 de julio de 2012, con efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2009, beneficiando así a las emisoras de radio asociadas cuando la mera pertenencia a una asociación no puede considerarse sin más una condición objetiva susceptible de bonificaciones y de descuentos.

Asimismo, en cuanto al reconocimiento de la cláusula de parte más favorecida se produce una clara distinción entre el convenio suscrito con FORTA y el convenio suscrito con AERC que favorece al primero. Así, en el Convenio con AERC se recoge una cláusula de cierre en la que se establece que los miembros de AERC podrán acogerse a una mejora de las condiciones contractuales siempre que AGEDI/AIE las hayan pactado con una "emisora comercial" y, sin embargo, cuando se está ante el convenio suscrito con FORTA esta cláusula de parte más favorecida se hace extensiva a cualquier mejora que pudiera derivar de los procesos negociadores que AGEDI/AIE mantengan con los "usuarios" lo que implica una mejora sustancial y más beneficiosa para las emisoras radiofónicas de titularidad pública que para las comerciales, sin justificación alguna, lo que genera nuevos elementos de inequidad en el diseño del sistema tarifario establecido por las entidades de gestión en relación con los derechos de comunicación pública de fonogramas y la reproducción instrumental para dicha comunicación pública a través de las emisoras de radio.

En tercer lugar, apreciamos explotación abusiva por parte de AGEDI/AIE en cuanto que establece criterios discriminatorios sin una justificación objetiva según se esté ante emisoras de radio asociadas en AERC o en FORTA, beneficiando a estas últimas por cuanto que a estas se les aplica una bonificación del 35% por los costes específicos que conlleva el cumplimiento de las obligaciones de servicio público lo cual, a los efectos que estamos analizando, tampoco apreciamos la existencia de una justificación objetiva para ello ya que el uso de los fonogramas y de su repertorio no se ve modificado por el carácter público o comercial de la emisora de radio. Respecto de esta bonificación, AGEDI/AIE niegan el carácter inequitativo de esa deducción a favor de las emisoras asociadas en FORTA ya que sostienen que está justificada en atención a los costes específicos acreditados que las emisoras de radio asociadas en FORTA tienen en cumplimiento de la obligación de servicio público a la que tienen que hacer frente. No obstante, esta Sala tampoco acepta esa afirmación como justificación objetiva ya que no se ha constatado por AGEDI/AIE en qué medida el cumplimiento de la obligación de servicio público puede afectar al uso y a la disponibilidad de los fonogramas para que ello pueda justificar la rebaja de sus tarifas mediante la aplicación de una deducción del 35% de la base del cálculo de la tarifa.

En definitiva, esta Sala, coincide con la CNMC en cuanto al carácter discriminatorio e inequitativo de tales ventajas, advirtiendo la especial responsabilidad que recae sobre AGEDI/AIE, en razón a su posición dominante, en orden a justificar cumplidamente cualquier trato distinto ante prestaciones que son equivalentes toda vez que las diferencias aplicadas no guardan relación ni con la naturaleza ni con el valor económico de la prestación de los servicios de comunicación pública de fonogramas ni con la utilización efectiva de los referidos derechos.

**UNDÉCIMO.** Llegados a este punto, la parte actora añade en su defensa como motivo de nulidad de la resolución sancionadora que, en todo caso, la actuación de AGEDI/AIE antes analizada fijando las tarifas no puede sancionarse porque, a su juicio, ello no ha ocasionado una situación de desventaja competitiva entre las distintas emisoras de radio afectadas.

La CNMC recoge en la resolución sancionadora las razones que le llevan a concluir, en contra del criterio de la parte actora, que la actuación de AGEDI/AIE si ha producido una situación de desventaja competitiva entre las emisoras de radio competidoras. Así, en la resolución impugnada indica que: *"Como resultado del diseño tarifario realizado por AGEDI y AIE se producen asimetrías injustificadas en cuanto a los costes que deben soportar los distintos operadores radiofónicos, lo que incide en la estructura competitiva del mercado al condicionar las posibles inversiones que deban afrontar las emisoras de cara a mantener o mejorar su posición en el mercado, en términos de audiencia, respecto al resto de emisoras. En este sentido, el sistema diseñado perjudica a los operadores radiofónicos privados frente a los operadores públicos, y dentro de los primeros los más perjudicados son aquellos que no cuentan con el respaldo de AERC, es decir, aquellos que facturan conforme a las Tarifas Generales y tienen un poder de negociación menor".* Añade que: *"En definitiva, esta discriminación entre los distintos operadores ha llevado a que los importes efectivamente pagados en el periodo 2006 a 2013 por las emisoras sometidas a las Tarifas Generales fueran muy superiores a los pagados por los miembros de la*



AERC. Así, mientras que los importes pagados por las primeras (Tarifas Generales) fueron del 2,97% al 6,94% de los IBP, el de las emisoras de la AERC fueron del 1,19% al 1,34% de los IBP. La diferencia sustancial entre ambos importes, teniendo en cuenta que, en ambos casos, se trata de operadores de radio comercial que se financian en base a la publicidad radiada, muestra la discriminación de las Tarifas Generales efectivamente aplicadas por AGEDI/AIE durante el periodo temporal considerado con respecto a las negociadas". Sigue diciendo la CNMC, en relación con la aplicación por parte de AGEDI/AIE de la bonificación del 35% a las emisoras de radio incluidas en FORTA, que: "les permitiría reducir la base de la tarifa en un 35% y que en términos efectivos se traduciría en que a pesar de aplicar los nuevos tipos propuestos por AGEDI/AIE entre 2009 y 2013 FORTA haya pagado efectivamente entre un 0,69% y un 0,76% de sus IBE mientras que AERC habría pagado entre un 1,21% y un 1,34% (a pesar de aplicar el resto de condiciones más ventajosas del Convenio de 2006 y no las del Convenio FORTA). (...) En este sentido, lo que resulta acreditado es que los miembros de FORTA, a través de un sistema carente de objetividad, gozan de una reducción de la base de la tarifa por su condición de entidades públicas, y ello es un elemento discriminador frente a sus competidores privados. En definitiva, esta Sala considera que las deducciones previstas en el Convenio FORTA, y en particular su configuración y procedimiento de aplicación, a favor de las emisoras públicas, suponen un trato discriminatorio frente al resto de emisoras que operan en el mismo mercado, que no pueden beneficiarse de deducciones análogas, ni de un sistema de aplicación de las deducciones tan laxo como el previsto en el citado Convenio".

La parte actora no comparte esa conclusión y aporta en este sentido un informe pericial emitido por Dña. Marcelina en fecha 25 de noviembre de 2016 titulado "Sobre el impacto de remuneración compensatoria recaudada por derechos relativos a la comunicación pública de los fonogramas sobre los costes propios de determinadas emisoras de radio". En dicho informe pericial se analiza en qué medida esos costes han supuesto un porcentaje representativo respecto de sus gastos totales y si, además, tales costes son significativos en el contexto de sus estados financieros. Y analiza las cuentas anuales auditadas del año 2009, para algunas emisoras de radio, y las del año 2010, para otras, y se concluye en dicho informe pericial que **NO** son significativos y, por tanto, no se ha producido una desventaja competitiva porque no se ha generado ningún impacto negativo sobre la capacidad competitiva de los usuarios, en este caso, emisoras de radio.

La recurrente, además, tiene en cuenta la interpretación dada por la sentencia del TJUE dictada en fecha 19 de abril de 2018, Asunto C-525-16, en relación con el concepto de desventaja competitiva.

La citada sentencia del TJUE resuelve una cuestión prejudicial planteada por los órganos judiciales de Portugal y concluye:

*"En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:*

*El concepto de «desventaja competitiva», a efectos del artículo 102 TFUE , párrafo segundo, letra c), debe interpretarse en el sentido de que se refiere, en un supuesto en el que una empresa dominante aplique precios discriminatorios a socios comerciales en el mercado descendente, a aquella situación en la que dicho comportamiento pueda tener como consecuencia una distorsión de la competencia entre esos socios comerciales. La comprobación de esa «desventaja competitiva» no requiere que se demuestre que se ha producido un deterioro efectivo y cuantificable de la posición competitiva, sino que debe basarse en un análisis de todas las circunstancias pertinentes del caso concreto que permita concluir que dicho comportamiento influye en los costes, los beneficios u otro interés pertinente de uno o varios de dichos socios, de modo que ese comportamiento pueda afectar a la referida posición."*

Esta Sala, al igual que la CNMC, concluye que AGEDI/AIE en la fijación de las Tarifas Generales y en la fijación de las tarifas negociadas con AERC o FORTA anteriormente calificadas como discriminatorias e inequitativas si han implicado una desventaja económica entre los competidores al colocar a unos competidores, en este caso emisoras de radio, en distinta posición competitiva en la medida en que algunas se ven obligadas a pagar unos importes superiores de tarifas sin que se haya demostrado por la recurrente que, en su caso, esas diferencias hayan supuesto una mayor eficiencia económica.

En esta misma línea se ha pronunciado el Tribunal Supremo destacando la sentencia dictada en fecha 24 de noviembre de 2014 (recurso casación nº 4816/2011) en la que se dice: "Siendo todo ello así, es difícil que pudiera prosperar un argumento que se basa sólo en la "ausencia de desventaja competitiva". Al margen de que constituye una mera cuestión de hecho la de apreciar si en un periodo determinado unas determinadas conductas de explotación abusiva de la posición de dominio han colocado a un usuario (en este caso "Gestevisión Telecinco") en una situación de desventaja frente a otros, en el caso de autos de la premisa antes fijada se deduce la razonabilidad de la consecuencia sobre el hecho probado. Pues es lógico que, si a un operador se le exigen, por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales, unas tarifas abusivas que no se exigen a otros, sin que haya razones objetivas para ello, aquél queda en una situación de desventaja competitiva para actuar en el mismo mercado de difusión de las citadas grabaciones".



En igual sentido, se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 11 de diciembre de 2008 (C-52/07), que ha afirmado que *"el artículo 82 CE debe interpretarse en el sentido de que, al calcular las tarifas percibidas en concepto de retribución debida por la difusión por televisión de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual de modo diferente según se trate de sociedades de televisión privadas o de sociedades de servicio público, una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual puede explotar de forma abusiva su posición dominante a efectos de dicho artículo cuando aplica a estas sociedades condiciones desiguales para prestaciones equivalentes y les ocasiona por este motivo una desventaja competitiva, salvo que tal práctica pueda estar objetivamente justificada"*.

Por todo lo expuesto, esta Sala comparte los criterios recogidos por la CNMC en la resolución impugnada y concluye que las entidades recurrentes, AGEDI/AIE, a la hora de determinar el sistema remuneratorio por los derechos de uso de los fonogramas por parte de las emisoras de radio han abusado de su posición de dominio al imponer tarifas inequitativas y discriminatorias sin que hubiera una justificación objetiva para ello provocando con ello ventajas económicas a unos competidores frente a otros. Ventajas económicas recogidas en la resolución sancionadora a las que se llega por la CNMC después de analizar diversos parámetros, como así exige la sentencia dictada por el TJUE en fecha 19 de abril de 2018, frente al informe pericial aportado por la actora en el que no se ha efectuado un examen de todas las circunstancias que deberían haberse tenido en cuenta para poder así dar validez a la conclusión efectuada de que no se había producido desventaja competitiva y ello porque habiéndose imputado una infracción única y continuada por la realización de conductas que han supuesto una explotación abusiva de la posición de dominio de AGEDI/AIE desde el año 2006 hasta el 31 de diciembre de 2014, sin embargo, en el citado informe pericial, únicamente se ha analizado un año concreto - 2009 en unos casos y en otros 2010- lo que implica un análisis incompleto de todas las circunstancias económicas que deberían haberse analizado y, por tanto, en cuanto que su estudio económico ha sido incompleto, no podemos dar validez a la conclusión a la que llega de que no se había producido desventaja competitiva.

Por todo ello, esta Sala concluye que AGEDI/AIE han abusado de su posición de dominio prohibido por el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en cuanto que las entidades gestoras de los derechos de propiedad intelectual objeto de protección han impuesto tarifas a los usuarios por la prestación de servicios de comunicación pública de obras o grabaciones audiovisuales cuya determinación se ha efectuado mediante el establecimiento de condiciones económicas desiguales para prestaciones que son equivalentes y que, además, carecen de justificación objetiva en cuanto que no guardan relación con el valor económico de los derechos que se retribuyen.

**DUODÉCIMO.** Mención aparte merece el análisis de la consideración abusiva efectuada por la CNMC respecto de la Propuesta de Nuevas Tarifas de Uso efectuada por AGEDI/AIE que la CNMC ha calificado como inequitativas en cuanto que implican un incremento injustificado de las tarifas que se estaban aplicando. Incremento que la recurrente justifica en el Informe Económico efectuado por la consultora NERA.

La CNMC en la resolución impugnada señala en este sentido que: *"AGEDI/AIE se encuentran en pleno proceso de revisión de las Tarifas Generales en concepto de remuneración por la comunicación pública de fonogramas y de reproducción instrumental de los mismos que fueron comunicadas al Ministerio de Cultura. Dicha revisión está encaminada, según las entidades de gestión, a sustituir la actual tarifa general, basada en el criterio de disponibilidad, por una tarifa general basada en el uso del repertorio. Esta nueva tarifa general por uso se articularía en base a una de dos modalidades a elegir por el usuario, bien una tarifa continua o bien una tarifa por tramos, de modo análogo al aplicado a los miembros de la FORTA y a RTVE. Ahora bien, las propias AGEDI y AIE reconocen que "Tanto la Tarifa Continua como la Tarifa por Tramos, se encuentran pendientes de incorporarse a la Tarifa General publicada por AGEDI-AIE, en tanto están abiertas las negociaciones, tanto con la AERC, como con otros operadores no pertenecientes a la AERC. Así, en las comunicaciones de la Tarifa General efectuadas al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de los ejercicios 2010 a 2013 (que se adjunta como Anexo nº 8) se ha informado a dicho Ministerio de la situación de negociación de esta Tarifa, y de que tan pronto se alcance el acuerdo con los operadores de radiodifusión afectados, se incorporará como Tarifa General aquella que resultara de los acuerdos alcanzados". La falta de acuerdo con AERC sobre las nuevas tarifas, ha supuesto que éstas no se hayan incorporado todavía a las Tarifas Generales. Sin embargo, y pese a que no están formalizadas, AGEDI/AIE ya han ofrecido dichas tarifas a los usuarios que pagan en base a Tarifas Generales, que han pasado a facturar sobre la base de las nuevas tarifas. La propuesta de revisión tarifaria elaborada por AGEDI/AIE se fundamenta en el informe, elaborado por una consultora económica a solicitud de AGEDI/AIE, titulado "El valor de la música en la radio en España", fechado el 17 de marzo de 2009...". La CNMC añade que: "Tras el fracaso de las negociaciones mantenidas con AERC y el cierre de un nuevo convenio general con FORTA, en diciembre de 2013 se produjo una nueva revisión de la propuesta de Tarifas Generales a través del documento "Actualización del informe - El valor de la música y la radio en España" ...". Y termina diciendo: "La propuesta de Tarifas Generales todavía*



*no aprobadas en el periodo temporal de análisis de este expediente, pero ofrecidas y aplicadas de facto por AGEDI/AIE a los distintos operadores de radio, si bien recogen en mayor medida los principios defendidos por la autoridad de competencia española, la jurisprudencia y la reciente LPI, suponen un aumento de las tarifas que no se encuentra justificado en un aumento del alcance de los derechos gestionados por estas entidades, que de hecho se habría reducido según señala AERC como consecuencia de la derogación del derecho exclusivo de comunicación pública por la Ley 23/2006, de 7 de julio, ni en otros elementos objetivos".*

En el análisis de si esa Propuesta de Nuevas Tarifas de Uso son tarifas inequitativas por cuanto, como dice la CNMC, han supuesto un incremento injustificado cuando, además, no se han modificado las prestaciones de AGEDI/AE no podemos obviar dos cuestiones: (i) ciertamente es muy discutible que pueda analizarse el carácter abusivo de unas nuevas tarifas que son una mera propuesta; (ii) pero es también cierto que se han aplicado de facto respecto de aquellas emisoras de radio que así lo habían solicitado.

La CNMC respecto de esas nuevas tarifas, insistimos que son una mera propuesta, ha entendido que son abusivas en cuanto que son inequitativas al incrementar de forma injustificada el importe de las tarifas sin que exista, a su juicio, una justificación objetiva para ello.

La parte actora sostiene que en la medida en que la propuesta de tarifas de uso no se ha impuesto en ningún caso por AGEDI/AIE sino que se ha aplicado únicamente a aquellas emisoras de radio que lo habían solicitado, ello determina, a su juicio, la no concurrencia del tipo infractor del abuso de posición de dominio al especificar el artículo 2.2 de la LDC que *"El abuso podrá consistir, en particular en: a) La imposición de forma directa o indirecta de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos"*.

En la medida en que son una mera propuesta de nuevas tarifas, esta Sala entiende que no concurre el tipo infractor imputado previsto en el artículo 2 de la LDC en cuanto que implica *"la imposición directa o indirecta de precios..."*. El término "imposición" del tipo infractor supone que las emisoras de radio se ven obligadas a abonar las tarifas fijadas por AGEDI/AIE porque para ellas es imprescindible el uso de los fonogramas cuyos derechos de propiedad intelectual gestionan AGEDI/AIE de manera que, no tienen ninguna otra opción. Situación esta que no concurre cuando las emisoras de radio pudiendo escoger entre la aplicación de las tarifas ya aprobadas o entre la mera propuesta de nuevas tarifas deciden escoger estas últimas a pesar de tener otras opciones de tal manera que, en este caso, no concurre uno de los elementos del tipo infractor al no existir imposición de precios que, insistimos, concurre cuando AGEDI/AIE fijan los precios y tarifas sin que exista para los usuarios otras opciones.

Por ello, esta Sala concluye que no concurre la "imposición" de precios cuando, como es el caso, se está ante una mera propuesta de nuevas tarifas que aún no se han aprobado por AGEDI/AIE y, por tanto, pueden ser objeto de modificación y de revisión e incluso de reducción, como así ha sucedido en los casos en los que se ha aplicado de facto a las emisoras de radio que así lo han solicitado.

En definitiva, aunque es cierto que esas nuevas tarifas aun no aprobadas se han aplicado de facto por AGEDI/AIE ello, no obstante, no puede implicar explotación abusiva de su posición de dominio por cuanto que, al ser una mera propuesta no podía "imponer" y se han aplicado a aquellas emisoras de radio que han solicitado su aplicación. Y, además, en estos casos la CNMC no ha demostrado que concurrieran las características propias de la "imposición de precios" que es el tipo infractor imputado.

En consecuencia, esta Sala acuerda la estimación parcial del presente recurso contencioso administrativo en cuanto que la CNMC no puede incluir como conducta abusiva en la infracción única y continuada de carácter complejo imputada las relativas a la Propuesta de Nuevas Tarifas de uso y ello afectará a la gravedad de la conducta imputada que, en su caso, deberá implicar que la CNMC efectúe un recalcu en la cuantía de la sanción de multa.

**DECIMOTERCERO.** Finalmente, la recurrente critica uno de los criterios que ha tenido en cuenta la CNMC para cuantificar el importe de la multa y es que la CNMC ha tenido en cuenta el volumen de negocios de las entidades AGEDI y AIE obtenido en el ejercicio 2014 frente a la postura de las recurrentes que indicaban que solo debería ser el volumen de negocios obtenido, en su caso, en el mercado del producto afectado en este expediente sancionador.

Sobre este aspecto ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 11 de abril de 2019 (recurso de casación nº 2454/2018) en sentido contrario a las pretensiones de las recurrentes al decir:

*"La Sala considera que los argumentos de la parte recurrente, respecto de cual deba ser el volumen de negocios de una entidad de gestión de derechos de autor a los efectos de aplicación del artículo 63 LDC, no son conformes con los criterios del TJUE expresados en la sentencia del asunto AKKA/LAA, ni con la jurisprudencia de esta Sala.*



La sentencia del TJUE del asunto AKKA/LAA razona ( apartado 64) que el interés de la aplicación uniforme del artículo 102 del TFUE en la Unión, para lograr una aplicación efectiva de dicho precepto, posibilita que las autoridades nacionales de competencia adopten un enfoque coherente con la interpretación del concepto de volumen de negocios que figura en el artículo 23 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo , aplicable a las multas impuestas por la Comisión Europea en caso de infracciones de los artículos 101 y 102 TFUE y, de conformidad con reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el referido concepto se refiere al valor de las ventas de bienes o servicios realizadas por la empresa de que se trate, "reflejando de este modo su situación económica real" (apartado 65 de la sentencia del TJUE citada).

El mismo concepto de volumen de negocios del artículo 23 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo , también matizado con el adjetivo de "total", aparece en el artículo 63 de la LDC , y esta Sala ha señalado, en su sentencia de 29 de enero de 2015 (recurso 2872/2013 ) que se trata de "un dato o indicador contable que revela la capacidad y situación económica del sujeto infractor y, en esa misma medida, permite calcular a priori la máxima incidencia concreta que una sanción pecuniaria puede suponer para él" .

Los argumentos de la parte recurrente, relativos a la titularidad ajena de los derechos de autor que gestiona y a su tratamiento fiscal, no encuentran respaldo en el artículo 63 de la LDC , que no considera un requisito del concepto de volumen de negocios, a los efectos de sancionar las conductas contrarias a la competencia, que la titularidad de los ingresos considerados como referencia corresponda al infractor, como resulta de la previsión que contempla dicho precepto de que el volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas se determine tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros, sin que pueda desconocerse que la de asociación es precisamente la forma jurídica a la que se acoge la SGAE, que figura inscrita en el registro de asociaciones del Ministerio del Interior y se rige, en lo no previsto por sus Estatutos, por la Ley 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación (artículos 1 y 3 de sus Estatutos).

Para la sentencia del TJUE del caso AKKA/LAA, por el contrario, lo determinante para resolver la cuestión de la inclusión de las remuneraciones de los autores en el volumen de negocios de la entidad de gestión, no es la titularidad de las remuneraciones, sino el hecho de que las indicadas remuneraciones formen parte del valor de las prestaciones efectuadas por la sociedad.

Dice sobre este requisito la sentencia del TJUE que citamos (apartados 66 y 67):

"66. En el caso de autos, como se ha explicado en el apartado 33 de la presente sentencia, las prestaciones realizadas por AKKA/LAA consisten en recaudar los cánones a partir de los cuales se remunera a los autores de obras musicales. Incumbe al Tribunal remitente examinar, a la luz de todas las circunstancias pertinentes en el litigio principal, si la parte de estos cánones que representan las remuneraciones abonadas a los autores está incluida en el valor de las prestaciones de servicios realizadas por la AKKA/LAA.

67. Sobre este particular, el tribunal remitente podría tener en cuenta, concretamente, los vínculos jurídicos y económicos existentes en virtud del Derecho nacional entre la AKKA/LAA, como intermediaria, y los titulares de los derechos, para determinar si constituye una unidad económica. De ser ello así, la parte que representan las remuneraciones destinadas a los titulares podría considerarse parte del valor del servicio prestado por la AKKA/LAA."

De acuerdo con la sentencia del TJUE de constante cita (apartado 33), la sociedad letona de gestión colectiva AKKA/LAA presta el servicio consistente en la actividad de recaudar los cánones a partir de los cuales se remunera a los autores de obras musicales, y tal prestación de servicios es también la que lleva a cabo la recurrente SGAE en relación con los promotores de conciertos en el ámbito territorial a que se refiere este recurso, como resulta de la resolución de la CNMC impugnada ante la Audiencia Nacional (...)

Por tanto, en el caso que examinamos la entidad de gestión recurrente actúa como una unidad económica con los titulares de los derechos de autor, en cuyo favor efectúa una prestación de servicios que comprende, entre otras actividades, la de negociación de las tarifas y la de recaudación de las remuneraciones de aquellos, interviniendo en la práctica en el mercado, frente a los promotores musicales que organizan los conciertos, como el único operador oferente de las licencias que les permiten la comunicación pública de las obras musicales.

También estimamos cumplido en este caso el requisito de que la inclusión de las remuneraciones de los autores en el volumen de negocios de la entidad de gestión, a los efectos de determinar la multa por una conducta anticompetitiva, sea necesaria para garantizar el carácter efectivo, proporcionado y disuasorio de la sanción impuesta.

La sentencia de instancia apreció la concurrencia de este requisito, indicado:

"...esta Sala, en atención a lo que venimos razonando sobre el alcance de la infracción y la inequidad, por excesivas, de las tarifas aplicadas, entiende necesario para asegurar que la multa resulte disuasoria el que se



computen en el volumen de negocio de la SGAE las cantidades destinadas a remunerar a los titulares de los derechos propiedad intelectual, sin que con ello se produzca la desproporción que denuncia la recurrente."

La Sala comparte el anterior criterio, pues de acuerdo con la resolución sancionadora de la CNMC (FD 7º), el volumen de negocios total calculado en la forma procedente, de acuerdo con lo indicado en esta sentencia, es decir, los ingresos totales de la entidad recurrente ascendieron en el año 2013, que es el anterior al de imposición de la sanción, a la cantidad de 259.771.723 €, y estimamos que frente a dicho volumen de negocios, tendría un efecto escasamente disuasorio una sanción con el límite máximo de 160.789,23 euros, que es la que resultaría procedente si se determinara el importe de la multa como propone la parte recurrente, en atención únicamente a los gastos de administración descontados por SGAE de las remuneraciones recaudadas por derechos de autor (apartado 182 del escrito de demanda), o de 288.000 euros, según determinó el testigo-perito representante de Ernst & Young empleando el mismo criterio de cálculo (apartado 49 del escrito de conclusiones).

A mayor abundamiento, la ausencia de carácter disuasorio del importe de la sanción resultante de la fórmula de cálculo que propone la parte recurrente se pone de manifiesto igualmente si relacionamos dicho importe, que se ha detallado en el párrafo precedente, con los ingresos que puede reportar para dicha parte una conducta abusiva de posición de dominio por la aplicación de remuneraciones no equitativas y excesivas en el mercado afectado por la infracción, pues según los datos de la resolución sancionadora de la CNMC, que no han sido cuestionados (hecho probado primero), los promotores musicales agrupados en la APM "son responsables de unos 4.800 conciertos al año, con una audiencia global de 7,5 millones de espectadores y un volumen de negocios que llega a los 262 millones de euros de facturación".

Por tanto, estimamos que también concurre en este caso el segundo requisito exigido por la sentencia del TJUE citada, ya que de acuerdo con la anterior ponderación, la fórmula de cálculo que defiende la parte recurrente no puede considerarse útil para garantizar el carácter efectivo, proporcionado y disuasorio de la sanción, sino que para lograr tales objetivos es necesaria la inclusión de las remuneraciones destinadas a los titulares de los derechos de autor en el volumen de negocios de la sociedad de gestión recurrente, a los efectos de determinar el importe de la multa".

**DECIMOCUARTO.** Toda vez que se ha estimado parcialmente el presente recurso contencioso administrativo ello implica que no pueda efectuarse un pronunciamiento especial sobre las costas procesales causadas en esta instancia, tal como dispone el artículo 139.1 de la LJCA en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

## FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo nº 67/2016, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. Silvia Urdiales Gonzalez, en nombre y en representación de la **ASOCIACION DE GESTION DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI)** y de la **SOCIEDAD DE ARTISTAS INTERPRETES O EJECUTANTES DE ESPAÑA (AIE)**, contra la Resolución dictada en fecha 26 de noviembre de 2015 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente sancionador NUM000 , mediante la cual se les impuso a cada una de las recurrentes una sanción de multa por importe de 1.211.400 euros y de 1.579.020 euros, respectivamente, por realizar conductas prohibidas en el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia. Y, en consecuencia, dicha resolución se anula exclusivamente en cuanto que no pueden integrarse en la infracción única y continuada de carácter complejo imputada las conductas relativas a la Propuesta de Nuevas Tarifas de Uso y ello determina la nulidad de la sanción ahora impuesta que deberá recalcularse de nuevo por la CNMC atendiendo a un parámetro distinto de gravedad de la conducta imputada.

No se efectúa un pronunciamiento especial sobre las costas procesales causadas en esta instancia.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así, lo mandamos, pronunciamos y firmamos.