

## **RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA**

### **EXPEDIENTE AGEDI/AIE RADIO**

**(VS/0500/13)**

#### **CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA**

##### **Presidenta**

D<sup>a</sup>. Cani Fernández Vicién

##### **Consejeros**

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

D<sup>a</sup> María Jesús Martín Martínez

D. Bernardo Lorenzo Almendros

##### **Vicesecretaria del Consejo**

D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 14 de junio de 2023

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente VS/0500/13 AGEDI/AIE RADIO cuyo objeto es la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de febrero de 2022 por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por la ASOCIACION DE GESTION DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y por la SOCIEDAD DE ARTISTAS INTERPRETES O EJECUTANTES DE ESPAÑA (AIE) contra la resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 26 de noviembre de 2015 (Expediente S/0500/13 AGEDI/AIE RADIO).

## 1. ANTECEDENTES

- (1) Por resolución de 26 de noviembre de 2015, el Consejo de la CNMC acordó en el expediente de referencia lo siguiente:

**“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.

**CUARTO.** - Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución. (...).”

- (2) Contra la citada resolución AGEDI y AIE interpusieron recurso contencioso-administrativo, que fue estimado parcialmente mediante sentencia dictada por la Audiencia Nacional el 17 de febrero de 2022 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª. Recurso 67/2016). Contra dicha sentencia, ambas asociaciones interpusieron recurso de casación que fue inadmitido mediante Auto del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2022.
- (3) En cuanto al pago de la multa, AGEDI y AIE solicitaron la suspensión del pago de la multa, que les fue concedida condicionada tras la aportación de aval.
- (4) La Sala de Competencia aprobó esta resolución en su sesión del día 14 de junio de 2023.

## 2. FUNDAMENTOS DE DERECHO

### 2.1. Competencia para resolver

- (5) Según establece el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Administración que hubiera realizado la actividad objeto del recurso deberá llevar a puro y debido efecto las sentencias firmes, practicando lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.
- (6) De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete “aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de “resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio” y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, “la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”.
- (7) En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

### 2.2. Sobre la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional

- (8) Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la resolución del Consejo de la CNMC de 26 de noviembre de 2015 consideró acreditada la existencia de una infracción única y continuada de abuso de posición de dominio por parte de AGEDI y AIE, 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.
- (9) Según la resolución de la CNMC, la infracción única y continuada de carácter complejo consistía en la fijación por parte de las sancionadas 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. Concluía la resolución que:
  - a) *Existe un trato discriminatorio e inequitativo contenido en todas las Tarifas, al fijarse unos importes mínimos exigibles a le 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.*

- (10) Contra la mencionada resolución, AGEDI y AIE interpusieron recurso contencioso-administrativo, que fue estimado parcialmente por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de febrero de 2022 (PO 67/2016). En su sentencia la Audiencia Nacional señala, en relación con la conducta relativa a la aplicación de nuevas tarifas, lo siguiente:

*“DUODÉCIMO. (...) 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 recalcule en la cuantía de la sanción de multa (...).”*

Y resuelve:

*“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 S/0500/13, AGEDI/AIE RADIO, 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”.*

## **2.3. Determinación de la sanción**

### **2.3.1. Hechos probados y determinación de la sanción en la resolución de 26 de noviembre de 2015**

- (11) Para la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional y la determinación de la nueva multa correspondiente a AGEDI y AIE es necesario partir de los hechos acreditados que se le imputan a esta entidad en la resolución de 26 de noviembre de 2015.
- (12) En este contexto, y sin perjuicio de hacer íntegra remisión a los hechos probados y fundamentación jurídica de la resolución sancionadora, cabe señalar que, como ya se ha mencionado, AGEDI y AIE incurrieron en una infracción muy grave prohibida en el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y en el artículo 102 del TFUE.
- (13) La resolución de 26 de noviembre de 2015 estableció que la infracción se calificaba por la LDC como muy grave, a la que se asocia una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total del infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es, 2014.
- (14) La resolución indicaba que la infracción fue llevada a cabo por una unidad económica formada por AGEDI y AIE, con posición de monopolio en el mercado de la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual (art. 64.1.a y b) que corresponden tanto a los productores fonográficos como a los artistas, intérpretes o ejecutantes, y esta posición otorgaba una especial responsabilidad para asegurarse de que el diseño de las tarifas que establecieran en su gestión de los derechos de propiedad intelectual citados fuera equitativo, transparente y no discriminatorio.
- (15) La resolución consideraba que la afectación al mercado fue evidente, ya que la discriminación e inequidad derivada del sistema tarifario establecido por AGEDI/AIE en estos años había provocado un perjuicio al sector de la radio en España. En efecto, estas entidades gestionaban derechos que eran esenciales para la subsistencia de las emisoras de radio, toda vez que el uso de fonogramas suponía un input para sus negocios.

- (16) En este sentido, las tarifas diseñadas por AGEDI y AIE (art. 64.1. e) habían distorsionado la competencia en los mercados aguas abajo en los que los operadores de radio actúan como oferentes, en la medida en que algunos sufrían una desventaja competitiva frente al resto en un contexto en que todos ellos competían por la audiencia y, en función de ella, muchos de estos operadores radiofónicos obtenían publicidad, principal fuente de financiación para los operadores radiofónicos comerciales y una de las fuentes de financiación de los operadores miembros de FORTA.
- (17) Además, ha quedado acreditado que la afectación se habría extendido a la práctica totalidad del sector, teniendo en cuenta que las conductas habían tenido incidencia particularmente en las emisoras de radio que facturan en base a Tarifas Generales y en las emisoras de radio que forman parte de la asociación AERC. De hecho, la AERC representaba durante la infracción a casi la totalidad de las 1.150 emisoras de radiodifusión privadas en España. En su conjunto, la audiencia total de las emisoras de radiodifusión asociadas a la AERC suponía más del 80% de la audiencia total de la radio en nuestro país.
- (18) La resolución también tuvo en cuenta que con posterioridad a la firma del Convenio FORTA, AGEDI y AIE exigían, para los periodos de facturación que comenzaran a partir de octubre de 2013, la acreditación efectiva de los conceptos de cara a la aplicación de las deducciones de las subvenciones percibidas por servicio público. Esta actuación de las entidades desvela un esfuerzo para corregir la conducta y mitigar sus efectos en el sector (artículo 64.3.a)
- (19) En lo que se refiere a la duración de la infracción (art. 64.1.d), ésta se habría extendido al menos desde el 20 de septiembre de 2006, hasta, al menos, el 31 de diciembre de 2014, por lo que estamos ante una conducta continuada que ha durado más de 8 años.
- (20) Por otro lado, la resolución indicaba que concurrieron las circunstancias previstas en el artículo 64.2.a) de la LDC, es decir, la circunstancia agravante consistente en la comisión repetida de infracciones tipificadas en la citada Ley. En este caso, ambas entidades ya habían sido sancionadas por haber incurrido en abusos de posición de dominio al establecer condiciones de remuneración de los derechos que gestionan frente a diversos usuarios.
- (21) De conformidad con todas las consideraciones anteriores, la resolución impuso a la entidad AGEDI una sanción por importe de 1.211.400 euros, que suponía un 6% de la recaudación total correspondiente al año 2014 llevada a cabo por la citada entidad, y a la entidad AIE una sanción por importe de 1.579.020 euros, que también suponía un 6% de la recaudación total correspondiente al año 2014 llevada a cabo por la citada entidad.

### 2.3.2. Criterios y determinación de la nueva sanción

- (22) Tras la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, a la hora de ejecutar dicha sentencia y determinar la nueva multa que correspondería imponer a AGEDI y AIE, es necesario partir de los hechos acreditados en la resolución de 26 de noviembre de 2015, salvo lo modificado por la sentencia.
- (23) La resolución de 26 de noviembre de 2015 consideró la existencia de 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.
- (24) Tal y como señala la sentencia de la Audiencia Nacional *“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 efectuó un recálculo en la cuantía de la sanción de multa.”*
- (25) Teniendo en cuenta que la sentencia de la Audiencia Nacional que se ejecuta en esta resolución anula uno de los cuatro elementos del sistema de remuneración que conforman la infracción única y continuada y, por tanto, el alcance de la infracción se ve minorado, existiendo una menor densidad infractora, se considera adecuado reducir las sanciones e imponer a AGEDI una sanción de 908.550 euros, y a AIE una sanción de 1.184.265 euros.

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

## 3. RESUELVE

**Único.** – Imponer, en ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de febrero de 2022 y en sustitución de la inicialmente impuesta por la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 26 de noviembre de 2015 (Expte. S/0500/13 AGEDI/AIE RADIO), las siguientes multas:

- A la ASOCIACION DE GESTION DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) una multa por importe de 908.550 euros
- A la SOCIEDAD DE ARTISTAS INTERPRETES O EJECUTANTES DE ESPAÑA (AIE) una multa por importe de 1.184.265 euros

Comuníquese esta resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a la parte interesada haciéndole saber que la misma ha sido dictada en ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y que contra ella pueden interponer recurso contencioso administrativo ordinario, en el plazo de dos meses desde el día siguiente al de notificación de la resolución.