

RESOLUCIÓN
(Expte. S/0500/13 AGEDI/AIE RADIO)

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 26 de noviembre de 2015

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ha dictado esta Resolución en el expediente S/0500/13 AGEDI/AIE RADIO, incoado por la Dirección de Competencia (DC) contra la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales y la Sociedad de Artistas Intérpretes o Ejecutantes de España, por supuesta infracción los artículos 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), consistente en un abuso de posición de dominio.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 4 de diciembre de 2013, tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de denuncia (folios 1 a 564) formulado por la Asociación Española de Radiodifusión Comercial (AERC) contra la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y la Sociedad de Artistas Intérpretes o Ejecutantes de España (AIE), por un posible abuso de posición de dominio por la realización de prácticas contrarias a los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE consistentes en:
 - a) Mantenimiento de una posición negociadora abusiva por parte de AGEDI/AIE en la negociación con la AERC de un nuevo Convenio

General para hacer efectivos los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales en España.

- b) El incremento abusivo, por desproporcionado e inequitativo, del precio exigido por AGEDI/AIE a los miembros de AERC en relación con los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales en España.
- c) El trato discriminatorio de las emisoras de radio comerciales de propiedad privada respecto de las emisoras de radio de titularidad pública (representadas por FORTA¹) en lo relativo a las condiciones tarifarias ofrecidas por AGEDI/AIE en sus negociaciones con los representantes de las emisoras de radio.

La denuncia indicaba que las conductas anteriores se habrían desarrollado en el marco de las negociaciones de un nuevo Convenio General entre AERC y AGEI/AIE tras la finalización del Convenio de 20 de septiembre de 2006 que regulaba las relaciones entre denunciante y denunciadas.

Asimismo se señalaba en la denuncia que, aunque las conversaciones de cara a alcanzar un nuevo marco convencional se venían desarrollando desde finales de 2009, el acuerdo entre las partes no había sido posible principalmente por la postura mantenida por AGEDI/AIE, que reflejaba el alto poder de negociación de que gozan al ser monopolistas de los derechos de propiedad intelectual necesarios para la radiodifusión de fonogramas.

Según la denuncia, dicho poder de negociación se habría empleado para intentar imponer, por parte de AGEDI y AIE, unas condiciones desventajosas para los miembros de AERC en relación a las que venían disfrutando hasta entonces.

2. Como consecuencia de esta denuncia, la Dirección de Competencia inició, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.2 de la LDC, una información reservada (número de referencia S/0500/13) con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador.
3. Con fecha 22 de enero de 2014, AERC aportó nuevos documentos de cara a actualizar el estado de las comunicaciones entre AGEDI/AIE y la citada entidad, que habían sido aportadas junto con el escrito de denuncia, en relación con el acuerdo para hacer efectivos los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales en España (folios 574 a 583).
4. Con fecha 6 de febrero de 2014, se realizó requerimiento de información a AERC para aclarar y completar determinados aspectos de la denuncia que ésta

¹ Federación de Organismos o Entidades de Radio y Televisión Autonómicas.

había presentado ante la CNMC (folios 584 a 586). La respuesta de AERC tuvo entrada en la CNMC con fecha 19 de febrero de 2014 (folios 616 a 656).

5. Igualmente, con fecha 10 de febrero de 2014, se formuló requerimiento de información a AGEDI y AIE con objeto de determinar la existencia de indicios de infracción, en el que se informaba de la existencia de la denuncia (folios 589 a 596). La respuesta al requerimiento tuvo entrada en la CNMC con fecha 27 de febrero de 2014 (folios 657 a 985).
6. Con fecha 20 de marzo de 2014, tuvo entrada en la CNMC escrito de AGEDI/AIE con información complementaria en relación con la negociación que ambas entidades estaban manteniendo con AERC (folios 986 a 993).
7. El día 11 de abril de 2014, la Dirección de Competencia formuló un nuevo requerimiento de información a AGEDI/AIE (folios 994 a 998) cuya respuesta se recibió el día 5 de mayo de 2014 (folios 1007 a 1689).
8. Con fecha 12 de mayo de 2014, la Dirección de Competencia acordó la incoación del expediente sancionador de referencia 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 AGEDI (folios 1690 y 1691).
9. El día 6 de junio de 2014 se formuló un nuevo requerimiento de información a AGEDI/AIE (folios 1930 y 1931), cuya respuesta tuvo entrada en la CNMC el 23 de junio de 2014 (folios 2015 a 2176).
10. En fecha 18 de julio de 2014, AGEDI/AIE aportó escrito de alegaciones en relación con los documentos obrantes en el expediente. Adicionalmente, como complemento al citado escrito, las citadas entidades denunciaron una posible vulneración de las normas de competencia por parte de AERC (folios 2178 a 2329).
11. El día 30 de julio de 2014, dada la denuncia formulada por AGEDI/AIE contra AERC, se acordó deducir testimonio de la información aportada por las entidades de gestión de cara a su investigación en pieza separada (folio 2330).
12. Con fecha 18 de septiembre de 2014, la Dirección de Competencia solicitó información a AGEDI/AIE (folios 2347 a 2351) y a AERC (folios 2355 a 2357), teniendo entrada en la CNMC las contestaciones a ambos requerimientos los días 30 de septiembre de 2014 (folios 2398 a 2926) y 25 de septiembre de 2014 (folios 2363 a 2394), respectivamente.

- 13.** Con fecha 9 de octubre de 2014, tuvo entrada en la CNMC escrito de AGEDI/AIE en el que las entidades de gestión manifiestan su opinión respecto a determinadas afirmaciones contenidas en el escrito de denuncia de AERC que dio origen al expediente sancionador, y en el que se adjuntan varios documentos en relación con las negociaciones mantenidas con AERC (folios 2935 a 2983).
- 14.** El 5 de noviembre de 2014 se formuló requerimiento de información a CADENA RADIO BLANCA, S.A., UNIPREX, S.A.U., PRISA RADIO, S.L, RADIO MARCA UNIDAD EDITORIAL, S.A. y RADIO POPULAR, S.A. (folios 2993 a 3006).
- 15.** El día 18 de noviembre de 2014 tuvo entrada en la CNMC la contestación de RADIO MARCA UNIDAD EDITORIAL, S.A. al requerimiento anterior (folios 3052 a 3057). Las contestaciones de CADENA RADIO BLANCA, S.A. y RADIO POPULAR, S.A. tuvieron entrada en la CNMC el día 21 de noviembre de 2014 (folios 3063 a 3065 y 3071 a 3073, respectivamente).
- 16.** En esa misma fecha, también tuvo entrada respuesta parcial de PRISA RADIO, S.L. a la solicitud de información efectuada (folios 3059 a 3062 y 3066 a 3070), completándose la información por parte de la entidad con fecha 1 de diciembre de 2014 (folios 3116 a 3120).
- 17.** El 24 de noviembre de 2014 tuvo entrada en la CNMC contestación al requerimiento por parte de UNIPREX, S.A.U. (folios 3101 a 3114).
- 18.** El día 9 de diciembre de 2014, se formuló un nuevo requerimiento de información a PRISA RADIO, S.L. (folios 3126 a 3128), del que se recibió contestación el día 15 de diciembre de 2014 (folios 3130 a 3136).
- 19.** Con fecha 18 de febrero de 2015, el Director de Competencia acordó la ampliación de la incoación del expediente de referencia (folios 3152 a 3154), 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. Este acuerdo fue notificado a los interesados en el expediente.
- 20.** Con fecha 9 de marzo de 2015, fue acordado el Pliego de Concreción de Hechos (PCH), que fue notificado el 10 de marzo de 2015 tanto a AERC como a AGEDI/AIE (folios 3226 a 3353).
- 21.** Con fecha 8 de abril de 2015, tuvieron entrada en la CNMC las alegaciones al PCH de AGEDI/AIE (folios 3384 a 3617).
Igualmente, con fecha 9 de abril de 2015, tuvieron entrada las alegaciones de AERC (folios 3619 a 3646).

Posteriormente, el 22 de abril de 2015, AERC aportó un nuevo escrito de manifestaciones (folios 3650 a 3685) en el cual se hace referencia a la situación en relación con las tarifas a comienzos de 2015.

22. Con fecha 3 de junio de 2015, el Director de Competencia adoptó la Propuesta de Resolución del procedimiento, que fue debidamente notificada a las partes.
23. Han presentado alegaciones a la Propuesta de Resolución la AGEDI y la AIE (folios 4029 a 4093) y la AERC (folios 4202 a 4219).
24. La propuesta de Resolución del Procedimiento fue elevada al Consejo con fecha 23 de junio de 2015 (folio 4220).
25. Con fecha 10 de septiembre de 2015, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la remisión de información a la Comisión Europea prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado. Asimismo, se acordó suspender el plazo para resolver el procedimiento sancionador con fecha de efectos el día 11 de septiembre de 2015, hasta que se diera respuesta por la Comisión Europea a la información remitida o transcurriera el término a que hace referencia el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003.

El plazo de suspensión fue levantado mediante acuerdo de fecha 13 de octubre de 2015, con fecha de efectos el mismo día.

26. Esta resolución ha sido objeto de deliberación y fallo por la sala de Competencia del Consejo en su sesión de 26 de noviembre de 2015.
27. Son partes interesadas en el procedimiento:
 - la ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI)
 - la entidad ARTISTAS, INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE) y
 - la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN COMERCIAL (AERC).

II. LAS PARTES

1. ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI)

AGEDI es una entidad autorizada por Orden del Ministerio de Cultura de 15 de febrero de 1989, para gestionar 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.

De acuerdo con sus estatutos sociales, constituye el objeto de su actividad "*la gestión colectiva de los derechos que corresponden a los productores de*

fonogramas por la comunicación pública de sus grabaciones sonoras y vídeos musicales, por su reproducción exclusivamente para, directa o indirectamente, proceder a su comunicación pública así como a la remuneración compensatoria regulada en el artículo 25 LP², en los términos establecidos en su contrato de gestión.

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.

Más 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 mundo².

2. ARTISTAS, INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE)

AIE es también 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*

² Fuente: Memoria de Actividades e Informe de Gestión 2013 de AGEDI (http://www.agedi.es/images/memorias/Memoria_e_Informe_de_Gestin_de_Agedi_2013.pdf).

mediante alquiler de fonogramas y originales o copias de grabaciones audiovisuales...”.

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).

El 14 de julio de 2004 AGEDI y AIE firmaron un acuerdo por el que se constituye una Comunidad de Bienes, denominada “AGEDI-AIE Órgano Conjunto de Recaudación de Artistas y Productores CB”, sin ánimo de lucro, cuyos comuneros son AGEDI y AIE, para la recaudación conjunta de determinados derechos de propiedad intelectual. En concreto, 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.

El contrato establece una duración máxima inicial de diez años, sin perjuicio de la prórroga de la duración que por sucesivos periodos máximos de diez años las entidades pactarán si transcurre el periodo máximo inicial o prorrogado y el citado Acuerdo General AGEDI/AIE no se haya extinguido por cualquier causa³.

3. ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN COMERCIAL (AERC)

AERC es una organización empresarial sin ánimo de lucro que se constituyó hace más de treinta años bajo la denominación de Asociación Española de Emisoras de Radiodifusión Privadas, con el fin de defender los intereses profesionales de las emisoras de radiodifusión comercial de propiedad privada en España (folio 4).

AERC representa en la actualidad 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 AERC representa más del 80% de la audiencia total de radio en nuestro país (folio 4).

AERC tiene encomendada la negociación en nombre de sus asociados (las empresas de radio comercial) de los convenios generales a suscribir con entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual por el uso de sus respectivos repertorios, y por ello AERC tiene un Convenio general en vigor con SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) y ha suscrito Convenios con AGEDI/AIE en el pasado.

³ Fuente: Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 14 de junio de 2012 (<http://www.cnmc.es/es-es/cnmc/ficha.aspx?Num=S%2f0297%2f10&ambito=Conductas>).

III. EL RÉGIMEN JURIDICO DE LA GESTIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL SOBRE FONOGRAMAS

Esta Resolución tiene por objeto analizar las condiciones bajo las que AGEDI y AIE, actuando conjuntamente, han gestionado en los últimos años los derechos de propiedad intelectual sobre fonogramas de los productores fonográficos, los artistas, los intérpretes y el ejecutante, frente a los operadores radiofónicos.

En particular, teniendo en cuenta el periodo en el que se ha llevado a cabo la conducta, los derechos de propiedad intelectual afectados en el presente expediente 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 (LPI), es decir, derechos patrimoniales que permiten a sus titulares obtener un rendimiento económico por la utilización de la obra por terceros⁴.

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. 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”*.

⁴ Capítulo III, Sección Segunda del Título II de la LPI.

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 2015⁵, 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 lo tanto, en el régimen jurídico bajo el que se han producido los hechos desarrollados en el presente expediente, 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 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”* (artículo 157.1c) LPI), aunque conviene tener en cuenta a la hora de valorar esta obligación que la propia norma establece que *“en tanto las partes no lleguen a un acuerdo, la autorización correspondiente se entenderá concedida si el solicitante*

⁵ 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.

hace efectiva bajo reserva o consigna judicialmente la cantidad exigida por la entidad de gestión de acuerdo con las tarifas generales” (artículo 157.2 de la LPI).

Es decir, la LPI establece 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. Por lo tanto, los convenios generales no implican la concesión de autorización alguna para el uso de los derechos de propiedad intelectual relativos a fonogramas gestionados por AGEDI y AIE, sino que cada uno de los asociados deberá ratificar individualmente la aplicación de las condiciones contractuales recogidas en el convenio general. Estos contratos individuales, denominados contrato autorización, se suelen firmar de acuerdo con el modelo que aparece en los anexos de los distintos convenios.

Esta exigibilidad de las Tarifas Generales frente a las negociadas ha sido matizada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo⁶, que no considera que las Tarifas Generales sean de aplicación automática, sino que el propio órgano judicial se reserva la posibilidad de no aplicarlas en el cálculo de la indemnización en el caso que considere que no son equitativas.

Si bien lo establecido en los artículos 157.1c) y 157.2 de la LPI no ha sido objeto de modificación, debe tenerse en cuenta que la reforma de la norma operada por la Ley 12/2014, de 4 de noviembre, sí tiene una incidencia directa en lo relativo a la fijación de las Tarifas Generales por parte de las entidades de gestión, así como en la introducción de mecanismos de resolución de los conflictos que puedan surgir entre las entidades de gestión y los usuarios.

Tal y como se ha apuntado anteriormente, los hechos que se analizan en el presente expediente comenzaron con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma de la LPI operada por la Ley 12/2014, de 4 de noviembre. Sin embargo, deviene necesario introducir en este apartado el nuevo marco normativo en la medida en que las conductas que son objeto de análisis no han cesado necesariamente el 1 de enero de 2015.

El actual artículo 157.1 b) de la LPI mantiene la obligación de toda entidad de gestión autorizada de fijar unas Tarifas Generales, pero incluye determinados criterios que deben ser tenidos en cuenta por éstas para su fijación.

1. Las entidades de gestión están obligadas:

b) A establecer tarifas generales, simples y claras que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa. El importe de las tarifas se establecerá en condiciones razonables,

⁶ Sentencias de 18 de febrero de 2009, de 7 de abril de 2009 y de 15 de septiembre de 2010.

atendiendo al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad del usuario, y buscando el justo equilibrio entre ambas partes, para lo cual se tendrán en cuenta al menos los siguientes criterios:

- 1. ° El grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.*
- 2. ° La intensidad y relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.*
- 3. ° La amplitud del repertorio de la entidad de gestión. A estos efectos, se entenderá por repertorio las obras y prestaciones cuyos derechos gestionan una entidad de gestión colectiva.*
- 4. ° Los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio.*
- 5. ° El valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de tarifas.*
- 6. ° Las tarifas establecidas por la entidad de gestión con otros usuarios para la misma modalidad de utilización.*
- 7. ° Las tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros Estados miembros de la Unión Europea para la misma modalidad de uso, siempre que existan bases homogéneas de comparación.*

La metodología para la determinación de las tarifas generales se aprobará mediante orden del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, previo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.”

Además de fijar los criterios en los que debe basarse la determinación de las Tarifas Generales, la Ley 12/2014, de 4 de noviembre, ha introducido determinadas obligaciones de transparencia a las entidades de gestión en lo relativo a las tarifas aplicadas y del repertorio que gestionan (artículo 157.1d)) y la posibilidad de que la Administración supervise las obligaciones que las entidades de gestión tienen atribuidas en virtud de la LPI (artículo 157 bis de la LPI).

Como mecanismo de cierre para los casos de conflicto en lo relativo al cumplimiento de las obligaciones pecuniarias derivadas de la aplicación de la LPI, la nueva Ley refuerza las funciones de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual, órgano encargado de ejercer “las funciones de mediación, arbitraje, determinación de tarifas y control”.

IV. EL MERCADO AFECTADO

a) Mercado de producto

AGEDI y AIE, en su condición de entidades de gestión autorizadas, llevan a cabo la gestión de los derechos de propiedad intelectual por actos de comunicación pública radiofónica de los fonogramas gestionados por ambas entidades de gestión, así como por los actos de reproducción instrumental de dichos fonogramas gestionados por AGEDI.

Desde el punto de vista de la demanda, los demandantes de dichos derechos son los operadores radiofónicos. Éstos necesitan explotar lícitamente los fonogramas de cara a poder desarrollar su actividad en el mercado de radiodifusión, ya que los fonogramas suelen formar parte esencial de los contenidos que emiten.

Así, los operadores de radio utilizan en su actividad a modo de input un producto, los fonogramas, que lleva aparejado un derecho de remuneración equitativa tanto por su reproducción como por su comunicación pública.

Desde el punto de vista de la demanda no existiría, por tanto, ningún tipo de sustituibilidad con otros servicios, dado que ningún otro derecho puede suplir éste, siendo necesaria la autorización de AGEDI y de AIE para poder hacer uso del repertorio protegido. Esta insostituibilidad implica asimismo que el eventual comportamiento de AGEDI y AIE en el mercado de los derechos que gestionan sería susceptible de afectar las condiciones de competencia en el mercado radiofónico aguas abajo, en el que operan las emisoras de radio que demandan los servicios de AGEDI/AIE.

Desde el punto de vista de la oferta, AIE es la única entidad de gestión que administra los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes musicales de los fonogramas, y AGEDI es la única entidad que gestiona los derechos de los productores de fonogramas en el territorio español.

Por lo tanto, AGEDI y AIE se configuran como los únicos operadores en España que, por cuenta de los productores y de los artistas, intérpretes y ejecutantes, realizan los actos necesarios para que los operadores de radiodifusión puedan hacer efectivo el derecho de remuneración equitativa que corresponde a ambas entidades.

Por estos motivos, a los efectos del presente expediente, se considera que existe un mercado de producto relevante de 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 reproducción instrumental para dicha comunicación pública, a través de las emisoras de radio.

b) Mercado geográfico

AGEDI y AIE son las únicas entidades de gestión autorizadas en España para operar en el mercado de gestión colectiva de los derechos citados.

El sistema tarifario establecido por ambas entidades se desarrolla a nivel nacional, bien sea a través de la aplicación de las Tarifas Generales que, como se ha explicado anteriormente, tienen un ámbito de aplicación que comprende todo el territorio español, bien a través de contratos autorización firmados con las emisoras de radio.

Estos contratos autorización individuales se basan, a la luz de los datos obrantes en el expediente, en los Convenios generales firmados 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.

Por todo ello, a efectos del presente expediente, el ámbito geográfico relevante del mercado de producto anteriormente definido se considera nacional.

Por otro lado, como en otros expedientes previos relacionados con entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, las conductas de AGEDI/AIE investigadas en el presente expediente son susceptibles de afectar al comercio intracomunitario.

En primer lugar, porque la protección que la LPI otorga a los ciudadanos y empresas nacionales es extensiva de manera expresa a los ciudadanos y empresas de otros países comunitarios en virtud de los artículos 164 y 165 de la LPI.

Para hacer efectiva la gestión de derechos de productores o artistas no españoles, debe tenerse en cuenta que tanto AGEDI como AIE tienen firmados contratos de representación recíproca⁷ con entidades de gestión extranjeras (folios 245 y 246).

Asimismo, hay que tener presente que al ser los derechos de remuneración por la comunicación pública de fonogramas de gestión colectiva obligatoria, AGEDI y AIE tienen actualmente la exclusiva para gestionar estos derechos de todos los productores y artistas comunitarios, incluso en ausencia de una encomienda expresa por parte de los titulares de estos derechos.

En segundo lugar, las conductas de AGEDI/AIE investigadas en el presente expediente son susceptibles de afectar al comercio intracomunitario dado que cualquier empresa comunitaria radiofónica que opere en territorio español necesita una autorización por los derechos de reproducción y de comunicación

⁷ Según el informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual elaborado por la CNC en 2010, los acuerdos firmados por AGEDI "son en términos exclusivos, lo que significa que la entidad española es la única que puede recaudar en nombre de la extranjera en España" (página 54 del informe).

pública de fonogramas, gestionados por AGEDI y por AGEDI/AIE, respectivamente, en nombre de los productores y de los artistas, intérpretes o ejecutantes, por lo que debe negociar con estas entidades dado que son las únicas entidades de gestión habilitadas para ello.

A la vista de lo anterior, las conductas de AGEDI/AIE investigadas en el presente expediente afectan a todos los flujos intracomunitarios relacionados con los derechos de comunicación pública radiofónica y reproducción instrumental de fonogramas en España.

En definitiva, se cumplen los criterios de posible afectación al comercio entre Estados miembros desarrollados en la Comunicación de la Comisión Europea de directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio intracomunitario, lo que permite la aplicación del artículo 102 del TFUE a los efectos del presente expediente.

V. HECHOS PROBADOS

1. El sistema de tarifas aplicado por AGEDI/AIE a las emisoras de radio en España

En la actualidad, coexisten en España diversas tarifas para la remuneración por la comunicación pública de fonogramas y la reproducción instrumental de los mismos, que varían en función de la pertenencia o no a una determinada asociación. En particular, actualmente coexisten las Tarifas Generales, las tarifas negociadas con asociaciones representativas como son AERC y la FORTA, y las tarifas individuales negociadas con RTVE.

1.1. Tarifas Generales

El documento que contiene las Tarifas Generales elaboradas en el año 2012 por AGEDI y AIE⁸, objeto de análisis en este expediente, establece y define, con carácter previo a la determinación del sistema tarifario, las actividades que son objeto de autorización, así como aquellas expresamente excluidas de la misma (folios 976 y 979).

El importe de la tarifa se basa en la aplicación de un porcentaje⁹ sobre el total de los ingresos brutos de explotación (en adelante, IBE) de las emisoras de radio, definidos como *“la totalidad de los obtenidos por la emisora de radio, sin deducción alguna, incluidos, a título de ejemplo, los procedentes de las cuotas de asociados o abonados, las subvenciones recibidas para el ejercicio de la actividad*

⁸ Se configuran como las únicas que actualmente reúnen los requisitos establecidos por el artículo 157 de la LPI.

⁹ Según el epígrafe 3 de las Tarifas Generales, las tarifas en concepto de derechos de comunicación pública son el 2,35 por ciento (correspondiendo a AGEDI el 1,1985 por ciento y a AIE el 1,1515 por ciento) sobre el importe total de los ingresos brutos que obtenga mensualmente la emisora de radio, y el 5 por ciento (correspondiendo a AGEDI el 2,55 por ciento y a AIE el 2,45 por ciento) de los ingresos brutos que ésta haya obtenido por las emisiones de fonogramas en programas patrocinados por personas o entidades comerciales para la publicidad o promoción de sus negocios.

empresarial y los ingresos de publicidad (que incluirán todas sus formas, entre ellas publi-información, bartering, promoción, patrocinio y/o sponsorización de productos o servicios)” (folios 977 y 979).

En el texto de las propias Tarifas Generales consta una relación de lo que, en todo caso, se consideran ingresos.

Respecto a los ingresos publicitarios, se definen como “*el importe total de las cantidades que abonen o se obliguen a pagar los anunciantes, con o sin interposición de agencias. En el caso de publicidad que no se satisfaga mediante contraprestación dineraria, los ingresos correspondientes a estos espacios se calcularán aplicando a los mismos la tarifa más generalmente practicada por la emisora a los anunciantes o agencias por la emisión de espacios de características análogas*”.

En el epígrafe 5 del documento se fijan unos importes mensuales mínimos, actualizados anualmente conforme al IPC, a pagar por cada centro emisor si aplicando el porcentaje sobre los IBE no se alcanza tal mínimo (folios 978 y 980). En este caso el importe a pagar por las emisoras es proporcional al número de habitantes censados en la población en la que se ubican los centros de radiodifusión (cuanto mayor es la población, mayor es la cuantía que deben pagar).

A modo de resumen, las Tarifas Generales comunicadas por AGEDI y AIE al Ministerio de Cultura en 2012 serían las siguientes:

TARIFAS GENERALES	Derechos de Comunicación Pública	Derecho de Reproducción Instrumental
Importe de la tarifa	2,35 %¹⁰ IBE y el 5%¹¹ por fonogramas en programas patrocinados.	0,35% IBE
IMPORTES MENSUALES MÍNIMOS AÑO 2012 ¹²		
Categoría especial ¹³	359,85 €	53,59 €
Categoría primera ¹⁴	215,90 €	32,14 €
Categoría segunda ¹⁵	143,90 €	21,43 €
Categoría tercera ¹⁶	71,97€	10,71 €

¹⁰ Correspondiendo a AGEDI el 1,1985% y a AIE el 1,1515%.

¹¹ Correspondiendo a AGEDI el 2,55% y a AIE el 2,45%, por las emisiones de fonogramas en programas patrocinados por personas o entidades comerciales para la publicidad o promoción de sus negocios.

¹² Correspondiendo a AGEDI el 51% y a AIE el 49%.

¹³ Tendrán la consideración de CATEGORIA ESPECIAL los centros de radiodifusión radicados en entidades de población cuyo censo sea superior a 1.000.000 de habitantes.

¹⁴ Tendrán la consideración de CATEGORIA PRIMERA los centros de radiodifusión radicados en entidades de población cuyo censo esté comprendido entre 400.001 y 1.000.000 de habitantes.

¹⁵ Tendrán la consideración de CATEGORIA SEGUNDA los centros de radiodifusión radicados en entidades de población cuyo censo esté comprendido entre 200.001 y 400.000 habitantes.

¹⁶ Tendrán la consideración de CATEGORIA TERCERA los centros de radiodifusión radicados en entidades de población cuyo censo esté comprendido entre 100.001 y 200.000 habitantes.

Categoría cuarta ¹⁷	43,21€	6,43 €
--------------------------------	--------	--------

De acuerdo con los datos obrantes en el expediente, durante el periodo comprendido entre los años 2010 a 2014, 130 operadores de radio han facturado en base a las Tarifas Generales descritas, 26 de los cuales han causado baja en dicho periodo (folio 2619).

1.2. Convenio AGEDI/AIE con AERC firmado el 20 de septiembre de 2006 (en adelante, Convenio de 2006)

El Convenio de 2006 tiene por objeto la regulación de los principios generales, contenido y demás circunstancias que han de presidir el cumplimiento por parte de AGEDI y AIE y de las empresas explotadoras de emisoras de radio miembros de AERC, de las obligaciones legales derivadas de los derechos de propiedad intelectual por los actos de comunicación pública de fonogramas (folio 102).

En cuanto a la duración del Convenio, si bien el mismo se firmó el día 20 de septiembre de 2006, según señala la cláusula cuarta su entrada en vigor se retrotrae al día 1 de enero de 2005 y su finalización se fija para el día 31 de diciembre de 2009, sin perjuicio de las prórrogas anuales acordadas a tal efecto.

A diferencia de las Tarifas Generales, en el Convenio con AERC la base del canon son los Ingresos Brutos de Publicidad radiada (IBP) obtenidos mensualmente por los centros de radiodifusión explotados por las emisoras.

Se incluyen en el concepto de IBP toda la contraprestación que los anunciantes paguen o se obliguen a pagar a la emisora por la difusión de sus anuncios, las cantidades pagadas o adeudadas por terceros en concepto de alquiler de antena aun cuando estos sean los únicos perceptores de la contraprestación de los anunciantes, así como los IBP que correspondiendo a la gestión de la emisora figuren o se encuentren compensados en las cuentas de otras entidades y el descuento de agencia efectuado por las emisoras. Asimismo deben computarse como IBP las cantidades contratadas por las emisoras con los anunciantes por la producción y realización de espacios publicitarios que superen el 25% del conjunto de IBP. Para el caso de transmisiones por cable, se computan también los ingresos obtenidos de la explotación de programas por cable como las cuotas de los abonados.

Las emisoras, además, pueden deducir sus fallidos de publicidad (es decir, cantidades no satisfechas, sin incluir el IVA) de sus IBP siempre y cuando

¹⁷ Tendrán la consideración de CATEGORIA CUARTA los centros de radiodifusión radicados en entidades de población cuyo censo sea de hasta 100.000 habitantes.

Asimismo, cuando una emisora disponga de un solo centro emisor, con una potencia inferior a 500 Vatios, no difunda publicidad y sus gastos de explotación en ningún caso superen los 24.040,48 euros anuales, satisfará mensualmente las Tarifas previstas para la Categoría Cuarta, abstracción hecha de la categoría de población en que se halle radicada.

justifiquen haber realizado gestiones para su cobro. En caso de recuperarse posteriormente deberán incluirse en la base del canon.

También se permite excluir de la base los ingresos derivados de intercambios publicitarios (es decir, trueques de publicidad entre dos medios de comunicación).

Una vez obtenida la base del canon, ésta se corrige posteriormente en función de la categoría a la que pertenezca cada centro emisor. El Convenio de 2006 prevé la existencia de tres categorías de emisoras en función del porcentaje de tiempo total de emisión en que se utilizan los fonogramas (intensidad de uso de los fonogramas, en adelante “i”) y a cada una de ellas le asigna un coeficiente corrector en los siguientes términos:

CATEGORÍA	INTENSIDAD DE USO DE LA MÚSICA	COEFICIENTE CORRECTOR
CATEGORIA A	$i \leq 20\%$	0,40*
CATEGORÍA B	$20\% < i \leq 70\%$	0,80
CATEGORÍA C	$i > 70\%$	1,00

* El coeficiente del grupo A ha pasado al 0,43, tal y como estaba previsto en el Convenio de 2006 (ver, entre otros folios, 163 y 164).

Fuente: Elaboración propia DC a partir datos folios 646 y 647.

Finalmente, el Convenio de 2006 recoge distintas bonificaciones (minoraciones de la base del canon) a las que se pueden acoger los miembros de la AERC (folio 647):

- a. 20% por pertenencia a la AERC.
- b. 5% por preparación y envío de liquidaciones informatizadas y estandarizadas.
- c. 5% por presentación y envío de relación de fonogramas utilizados, informatizada y estandarizada.

Aplicadas estas bonificaciones, se obtiene la base efectiva del canon a la que se aplican los tipos porcentuales que configuran la cuantía que las emisoras de radio deberán abonar a AGEDI/AIE: como ya se ha mencionado anteriormente, 2,35%¹⁸ por comunicación pública y del 0,35% por reproducción para la comunicación pública.

En conclusión, la base efectiva del canon se obtiene a través de los siguientes pasos:

¹⁸ Correspondiendo a AGEDI el 1,1985% y a AIE el 1,1515%.

Base del canon= IBP - fallidos - intercambios publicitarios
Base corregida= Base del canon x coeficientes correctores
Base efectiva del canon= Base corregida - bonificaciones
Tarifa por comunicación pública= Base efectiva del canon x 2,35%
Tarifa por reproducción instrumental= Base efectiva del canon x 0,35%

El Anexo del Convenio de 2006, en el que figura el modelo de contrato autorización que deben suscribir los socios de AERC para beneficiarse de las condiciones pactadas entre su Asociación y AGEDI/AIE, también prevé, del mismo modo que lo hacen las Tarifas Generales, la existencia de unos mínimos mensuales a abonar por las emisoras en caso de no alcanzarse dichas cantidades aplicando la tarifa anterior (folios 647 a 649).

Los mínimos se fijan en función de la categoría de las emisoras de modo análogo al caso de las Tarifas Generales.

En resumen, las tarifas previstas en el convenio de 2006 son las siguientes:

TARIFAS CONVENIO '06	Derechos de Comunicación Pública	Derecho de Reproducción Instrumental
Importe de la tarifa	2,35% Base efectiva del canon	0,35% Base efectiva del canon
IMPORTES MENSUALES MÍNIMOS AÑO 2006¹⁹		
Categoría especial	300,80 €	44,80 €
Categoría primera	180,48 €	26,88 €
Categoría segunda	120,29 €	17,92 €
Categoría tercera	60,16€	8,96 €
Categoría cuarta	36,11€	5,38 €

Fuente: Elaboración por la DC en base a datos de folios 102 a 106 y 642 a 456

El modelo de contrato autorización recoge un elemento que no se introduce en el ámbito de las Tarifas Generales, que es la incorporación de una cláusula de "parte más favorecida" limitada a las condiciones que AGEDI/AIE pudieran pactar con otras emisoras de radio comercial (folio 645), y que permite *"reivindicar a la emisora, con efecto inmediato, el beneficio de cualquier contenida en los contratos o acuerdos que AGEDI-ATE concierte con otras entidades de radiodifusión comercial (excluida la televisión) para la utilización del repertorio en el campo de la comunicación pública y reproducción por dicho medio, si estima que tal condición es más ventajosa para ella que la condición correspondiente"*

¹⁹ La definición de las categorías coincide con las descritas en las tarifas generales.

establecida en este contrato, o si dicha condición constituye para las demás emisoras una ventaja no prevista en el presente contrato” (folio 645).

El 23 de junio de 2009 AERC comunicó a AGEDI/AIE su intención de no prorrogar la duración del convenio de 2006 (folio 107) y AGEDI/AIE dieron por denunciado el convenio el 25 de junio de 2009 (folio 108). La vigencia del convenio cesó el 31 de diciembre de 2009. Teóricamente a partir de dicha fecha debería haber entrado en vigor un nuevo convenio acordado por las partes. No obstante, las discrepancias entre AERC y AGEDI/AIE han impedido que éstas alcancen un acuerdo, por lo que, como se verá más adelante, se ha seguido aplicando de facto el esquema tarifario que ambas partes acordaron en el año 2006.

1.3. Convenio General de AGEDI/AIE con FORTA firmado el 23 de julio de 2012

Este Convenio regula las condiciones en que las emisoras de radio pertenecientes a FORTA procederán a la comunicación pública y a la reproducción para la comunicación pública de fonogramas (en adelante Convenio 2012 o Convenio FORTA) (folios 884 a 939).

El Convenio suscrito con fecha 23 de julio de 2012, se aplica retroactivamente desde el 1 de enero de 2009²⁰ y su vigencia está prevista hasta el 31 de diciembre de 2015, salvo las prórrogas que se puedan producir (folio 886).

La base del canon prevista en el Convenio son los Ingresos Brutos de la emisora, incluyéndose en la misma las subvenciones recibidas para el ejercicio de la actividad empresarial, los ingresos publicitarios en todas sus formas, y los ingresos procedentes de las cuotas de asociados o abonados. Se excluyen los ingresos financieros y los provenientes de venta o cesión de programas (folios 893 y 894).

Para clarificar los conceptos que deben incluirse en la base del canon, el propio contrato tipo establece que, en todo caso, se consideran ingresos (folio 894): (i) los que correspondiendo a la gestión de la emisora figuran o son compensados en las cuentas de otras entidades; (ii) en relación con las subvenciones, toda forma de financiación destinada a la prestación del servicio de radio que tenga el efecto de asegurar una rentabilidad mínima o compensar o paliar el déficit de explotación de la entidad (las subvenciones destinadas a cubrir el déficit de ejercicios anteriores se computan el año en que se produzca el ingreso); y (iii) los gastos que corresponden contablemente a la emisora de radio se asumen por otras entidades.

Sólo se establece una excepción en relación con las subvenciones que los miembros de FORTA pudieran percibir a efectos de calcular la base del canon, y

²⁰ El Convenio FORTA prevé la aplicación excepcional en el ejercicio 2009 a la Radiotelevisión Canaria de una condición del convenio inmediatamente anterior que permite que las subvenciones queden fuera de la base de cálculo para los dos primeros años de emisión, al ser 2009 su segundo año de inicio de emisiones (folio 885).

es que el contrato tipo determina que no se tomarán en consideración a efectos del cálculo las subvenciones recibidas por las emisoras de FORTA para otras actividades ajenas a la prestación del servicio de radio, siempre que el monto total de estas subvenciones no superen el límite del 35% sobre el total de las subvenciones percibidas por la emisora (folios 894 y 895).

De forma análoga a lo observado en los contratos tipo derivados del Convenio de 2006 firmado entre AGEDI/AIE y AERC, el contrato tipo que acompaña al Convenio FORTA establece la posibilidad de deducir de la base del canon los fallidos²¹ de los ingresos de publicidad (folio 894) y, además, aplicar dos tipos de deducciones adicionales:

- a. La denominada “*Compensación por servicio público*”. Es decir, una deducción de las partidas destinadas a cubrir el cumplimiento de la misión y obligaciones específicas de servicio público que el estatuto legal de la emisora le impone, con un límite del 35%²² del total de las subvenciones de las emisoras, “*sin perjuicio de su acreditación*” (folios 894 y 895).
- b. Y la denominada “*deducción publicitaria*” que consiste en la posibilidad de que la emisora se deduzca un máximo del 10% de los IBP por las comisiones satisfechas a agencias o intermediarios legalmente establecidos o por los gastos necesarios para la obtención de esos ingresos publicitarios, debiendo justificarse estos mediante facturas o documentos contables, y sin que sean deducibles otros tipos de descuento o bonificación que la emisora practique a sus anunciantes cualquiera que sea su naturaleza (folio 895).

Una vez que se obtienen la base del canon corregida, el Convenio FORTA establece que la cuota definitiva a abonar por la emisora se calculará aplicando una serie de tipos sobre la misma que dependerán de la opción tarifaria por la que opte la emisora de las dos que AGEDI/AIE ofrecen en el marco del Convenio FORTA, ambas en función del grado de uso del repertorio musical que realicen las emisoras.

²¹ Cantidades no satisfechas a la emisora previa justificación a AGEDI/AIE de haber realizado las gestiones para su cobro o la cantidad resultante consecuencia de aplicar la normativa fiscal vigente en cada ejercicio a los efectos del Impuesto de Sociedades.

²² El establecimiento del límite del 35% se debe, según lo manifestado por AGEDI/AIE en los folios 2163 y 2164, a razones de seguridad jurídica: “*en un sistema, como el previsto en el Convenio AGEDI-AIE/FORTA, en el que la acreditación de las obligaciones de servicio público se hace a posteriori, se hacía necesario establecer un límite máximo de posible deducción al objeto de impedir que uno de los elementos esenciales del Convenio (como es el importe definitivo de la contraprestación a abonar por los derechos de AGEDI-AIE) quedara totalmente indefinido*”.

“*La razón por la cual el límite se fijó en el 35% consistió en que era un porcentaje razonablemente suficiente para que las emisoras de la FORTA pudieran acreditar efectivamente los costes afectos exclusivamente a obligaciones específicas de servicio público. En efecto, fijándose un porcentaje de un 35% se permitía cubrir los supuestos en los que determinados usuarios pudieran, excepcionalmente, tener mayores costes afectos a obligaciones específicas de servicio público como, por ejemplo, podría (eventualmente) ser el caso de las cadenas autonómicas de radio establecidas en Comunidades Autónomas bilingües, que se encuentran sometidas a mayores costes afectos a obligaciones de servicio público específicas al objeto de garantizar una programación en las correspondientes lenguas oficiales*”.

La primera fórmula tarifaria fija los niveles de tarifa aplicables por intervalos de uso, estableciendo cinco categorías²³ de clasificación de emisoras en función del uso del repertorio musical en sus respectivas emisiones (es decir, su intensidad de uso de la música “i”) y para cada uno de ellos se establece un nivel de tarifa tanto para comunicación pública como para reproducción instrumental del modo siguiente:

CATEGORÍA	INTENSIDAD DE USO DE LA MÚSICA	TARIFA COMUNICACIÓN PÚBLICA	TARIFA REPRODUCCIÓN	%TOTAL A PAGAR
CATEGORIA A	$i \leq 20\%$	1,25%	0,19%	1,44%
CATEGORÍA B	$20\% < i \leq 40\%$	2,33%	0,35%	2,68%
CATEGORÍA C	$40\% < i \leq 60\%$	3,36%	0,50%	3,86%
CATEGORÍA D	$60\% < i \leq 80\%$	4,35%	0,64%	4,99%
CATEGORÍA E	$i > 80\%$	5,28%	0,79%	6,07%

Fuente: Elaboración por la DC en base a datos folios 895 y 896.

La segunda opción tarifaria a la que pueden acogerse las emisoras de radio de FORTA es la denominada tarifa continua (folio 896), calculada en función de la intensidad “i” de uso de los fonogramas expresada en términos porcentuales y que se obtiene de la siguiente manera²⁴:

<p>Comunicación pública: $T(i) = (0,732\% + 6,093\% * i) * (94\% - 10\% * i)$ Reproducción: $T(i) = (0,109\% + 0,908\% * i) * (94\% - 10\% * i)$</p>

La nueva tarifa que se pactó con FORTA en el año 2012 se aplicó, como ya se ha mencionado anteriormente, con efectos retroactivos desde el año 2009. Ahora bien, la aplicación tarifaria no lo fue en su integridad, sino que, tal y como recoge el modelo de contrato tipo en su cláusula 3.3.1, la implantación de las nuevas tarifas acordadas se haría progresivamente y sólo en el año 2015 se debería abonar por parte de las emisoras firmantes el 100% de la tarifa acordada entre FORTA y AGEDI/AIE (folio 896).

²³ Cada emisora declara bajo su responsabilidad la clasificación a la que corresponden los centros emisores de su titularidad, la comprobación de dicha clasificación por AGEDI/AIE y los cambios de categoría se rigen por lo estipulado en el Anexo 2 del contrato (folios 907 a 909).

²⁴ Al igual que en el caso anterior cada emisora declara la intensidad de uso de la música de sus centros emisores.

Para una mayor claridad en cuanto a la incidencia de esta cláusula, la aplicación efectiva de las tarifas resultantes del Convenio FORTA se resume en el cuadro siguiente:

CATEGORÍA	INTENSIDAD DE USO DE LA MÚSICA	Hasta 2013 80%	2014 90%	2015 100%
CATEGORIA A	$i \leq 20\%$	1,15%	1,30%	1,44%
CATEGORÍA B	$20\% < i \leq 40\%$	2,14%	2,41%	2,68%
CATEGORÍA C	$40\% < i \leq 60\%$	3,09%	3,48%	3,86%
CATEGORÍA D	$60\% < i \leq 80\%$	4,00%	4,50%	4,99%
CATEGORÍA E	$i > 80\%$	4,85%	5,46%	6,07%

Fuente: Elaboración por la DC a partir de cuotas comunicadas por AGEDI/AIE a AERC, recogidas en folio 429

Sobre la cuota resultante de aplicar los tipos o fórmulas anteriores a la base, se practican tres clases de bonificaciones (folio 897):

- a. Bonificación por colaboración del 4% (2% por presentación y envío de liquidaciones informatizadas en formato estándar²⁵ y 2% por presentación y envío de relación informatizada de fonogramas utilizados²⁶).
- b. Bonificación del 13% por negociación conjunta con radios asociadas a FORTA, correspondiente al ahorro de gastos de negociación y minimización de futuros conflictos respecto al cumplimiento del contrato.
- c. Bonificación del 4% por gestión a través de un solo representante de grupo empresarial.

En definitiva, a modo de resumen, el procedimiento para la fijación de la tarifa a aplicar como consecuencia del Convenio FORTA 2012 sería el siguiente:

²⁵ Adjunto al contrato en Anexos 3 y 3 bis (folios 910 y 911).

²⁶ También en formato estandarizado en Anexo 4 del contrato (folio 912).

Base del canon = IBE (incluyendo compensación de cuentas + subvenciones) + Intercambios publicitarios (valorados a tarifa general) – fallidos.

Base del canon final = Base del canon – deducción por compensación de servicio público – deducción por comisiones de agencia.

Cuota = Base del canon final x tipos (dos modelos).

Tarifa a pagar = Cuota – bonificaciones.

Como en los casos anteriores, el Convenio FORTA prevé la existencia de unos mínimos mensuales a abonar por las emisoras en caso de no alcanzarse dichas cantidades aplicando la tarifa anterior.

Los mínimos se fijan en función de la categoría de las emisoras de modo análogo al caso de las Tarifas Generales y al Convenio de 2006. De hecho coinciden con los mínimos fijados en las Tarifas Generales vigentes. Estos mínimos se actualizan anualmente conforme al IPC.

CONVENIO FORTA - IMPORTES MENSUALES MÍNIMOS AÑO 2012 ²⁷		
Categoría especial	359,85 €	53,59 €
Categoría primera	215,90 €	32,14 €
Categoría segunda	143,90 €	21,43 €
Categoría tercera	71,97€	10,71 €
Categoría cuarta	43,21€	6,43 €

Fuente: Folios 897 y 898

Al igual que ocurría en el caso del modelo de contrato autorización establecido para las emisoras pertenecientes a la AERC, AGEDI/AIE establecen que el pago de la tarifa o canon correspondiente se realizará mediante autoliquidaciones que podrán ser comprobadas e inspeccionadas por parte de las entidades de gestión (folios 899 y 900).

Finalmente, el Convenio FORTA establece una cláusula de parte más favorecida a favor de las emisoras firmantes por la que si AGEDI/AIE pactan condiciones más beneficiosas con cualquier operador de radio y la emisora considera que son más favorables que las derivadas del Convenio de 2012, podrá acogerse a ellas (folio 904).

²⁷ La definición de las categorías coincide con las descritas en las Tarifas Generales.

1.4. Contrato firmado entre AGEDI/AIE y RTVE el 27 de marzo de 2014

Este contrato por la comunicación pública de fonogramas y/o reproducciones de los mismos que lleva a cabo Radio Nacional de España (RNE), aplica con carácter retroactivo desde el 1 de enero de 2012 y su finalización está prevista para el 31 de diciembre de 2015, si bien se establece la posibilidad de prórroga anual por acuerdo expreso de ambas partes con una antelación mínima de 6 meses al vencimiento del contrato (folios 1033 y 1034).

La base de la contraprestación la constituyen el importe total de los ingresos brutos que la Corporación RTVE asigne a RNE para cubrir la actividad radiofónica de cada una de las cadenas²⁸ detalladas en la cláusula 3.2 del contrato, incluidos los ingresos destinados a sus servicios interactivos (folio 1024). A estos efectos se utilizan como referencia las cuentas anuales de la Corporación RTVE del ejercicio 2012, aprobadas en junio de 2013.

De dichos ingresos se deduce un 25%²⁹ durante toda la vigencia del contrato teniendo en cuenta las obligaciones específicas de servicio público de la Corporación RTVE³⁰ contenidas en la Ley 17/2006, la Ley 8/2009 y el Mandato marco, algunas de las cuales son actividades de RTVE que no están relacionadas con la actividad radiodifusora (folio 1024). Según AGEDI/AIE, el fundamento de esta deducción reside en el hecho de que RTVE se encuentra obligada, por el marco jurídico que regula su actividad, a cumplir determinadas obligaciones específicas de servicio público que le exigen incurrir en determinados costes (folio 2018).

La cuota se obtendría de la aplicación a la base desarrollada en el punto anterior de los porcentajes o tipos que correspondan a cada una de las cadenas de RTVE, de acuerdo con la *"tarifa denominada "INTERVALOS DE USO", elegida por la Corporación RTVE de entre las ofertadas por AGEDI-AIE"* (folio 1025)³¹. Para hacer efectiva esta previsión, los intervalos de uso establecidos en el contrato AGEDI/AIE con RTVE coinciden, tanto en la definición de las categorías como en la tarifa aplicada, con los descritos para el Convenio FORTA, tal y como se determina a continuación:

²⁸ Dichas cadenas son: RADIO 1, RADIO 3, RADIO 4, RADIO 5, RADIO CLÁSICA y REE (Folio 1026).

²⁹ La determinación del 25% como porcentaje objeto de deducción se realizó identificando en primer lugar todos aquellos costes que entraban dentro del concepto de servicio público y calculando el porcentaje que estos suponían respecto a los ingresos que constituyen la base de la tarifa. Al tratarse de un ejercicio complejo y costoso, se redondeó dicho porcentaje de cara a la obtención del 25% que consta en el contrato y que es el que se aplicará a ejercicios sucesivos (folios 2019 a 2026). El método de cálculo que se siguió de cara a la determinación de dicho porcentaje se desarrolla más pormenorizadamente en los folios 2156 a 2163.

³⁰ Entre ellas, a modo de ejemplo: orquesta y coro de RTVE, digitalización de fondos documentales, canal internacional, archivo sonoro, coste programas religiosos o publicidad institucional (Folio 1025).

³¹ El cambio de tarifa es posible mediante preaviso y la firma de un nuevo contrato.

CATEGORÍA	INTENSIDAD DE USO DE LA MÚSICA	TARIFA COMUNICACIÓN PÚBLICA	TARIFA REPRODUCCIÓN	%TOTAL A PAGAR
CATEGORÍA A	$i \leq 20\%$	1,25%	0,19%	1,44%
CATEGORÍA B	$20\% < i \leq 40\%$	2,33%	0,35%	2,68%
CATEGORÍA C	$40\% < i \leq 60\%$	3,36%	0,50%	3,86%
CATEGORÍA D	$60\% < i \leq 80\%$	4,35%	0,64%	4,99%
CATEGORÍA E	$i > 80\%$	5,28%	0,79%	6,07%

Donde i = intensidad de uso de los fonogramas. Fuente: elaboración propia en base al folio 1026.

De las seis cadenas titularidad de RTVE dos son de categoría A, dos de categoría B, una de categoría D y otra de categoría E (folio 1026).

Esta clasificación realizada por RTVE puede ser variada previa notificación a AGEDI/AIE, reservándose estas últimas facultades de comprobación y estableciéndose un mecanismo de determinación objetivo por un Instituto de Opinión de reconocido prestigio en caso de existir discrepancias (folio 1027).

El acuerdo señala que la tarifa resultante se aplicará gradualmente, de modo que en 2012 y 2013 se devengará el 80% y en 2014 y 2015 el 90%, aplicándose el 100% en caso de prórroga del contrato.

Existen asimismo una serie de bonificaciones sobre la cuota (folio 1028):

- a. Bonificación por colaboración de un 4% (2% por presentación y envío de liquidaciones informatizadas conforme a formato fijado en contrato³² y 2% por envío de relación informatizada de fonogramas según estipulaciones de la cláusula VI³³ formato estándar de Anexo 3³⁴ del contrato)
- b. Bonificación del 13% por negociación conjunta con alguna asociación o por pronto pago.
- c. Bonificación del 4% en concepto de gestión por un solo representante de grupo empresarial, siempre que todas las emisoras del grupo opten por la misma opción de tarifa en el ejercicio.

De este modo, el procedimiento de aplicación de la tarifa a RTVE se resumiría del modo siguiente:

³² Folio 1028.

³³ Folios 1032 y 1033.

³⁴ Folio 1044.

<p>Base = Ingresos Brutos de RNE para actividad radiofónica Base corregida = Base – deducción por obligaciones de servicio público (25%) Cuota = Base corregida x tipo de categoría de la emisora Remuneración = Cuota – bonificaciones</p>

El contrato recoge los importes resultantes de la aplicación de los ingresos de la Corporación RTVE conforme a las cuentas anuales aprobadas en 2012, correspondientes a los cuatro años de aplicación del contrato (folio 1029), aunque los importes correspondientes a los años 2013 a 2015 se revisarán teniendo en consideración los ingresos definitivos de RTVE aplicados a RNE que resulten de las cuentas anuales formuladas y aplicadas para cada uno de esos ejercicios.

Además, se establece un calendario de pagos prorrateando el pago de los importes anteriores para los años 2014 y 2015, así como los plazos de pago de los años 2012 y 2013 (folios 1029 y 1030)

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el contrato firmado con RTVE incluye una cláusula de parte más favorecida por la que AGEDI/AIE comunicarán a RTVE los contratos firmados con otras emisoras de radio y, si ésta considera que contienen cláusulas más beneficiosas podrá solicitar a las entidades de gestión su aplicación en vez de las vigentes (folio 1036).

2. Propuesta de revisión tarifaria elaborada por AGEDI/AIE

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”* (folio 660).

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 (folios 665 a 744) y sobre el que se han ido introduciendo diversas modificaciones a lo largo del tiempo (folios 1940 a 2004; 810 a 841; 844 a 864; 865 a 883; 2293 a 2392).

El principio sobre el que se sustenta la revisión del actual sistema de Tarifas Generales se basa en la determinación del valor que la música tiene para las radios comerciales de cara a fijar un precio equitativo para los derechos de comunicación pública de fonogramas por parte de AGEDI/AIE, es decir, un precio que guarde relación con el valor económico de dichos derechos.

Para ello, el informe de marzo de 2009 toma en consideración dos aproximaciones y las combina.

En primer lugar, el informe realiza una comparativa internacional³⁵ de las tarifas de AGEDI/AIE con las tarifas cobradas por entidades de gestión análogas en quince países que, según el informe, son similares a España³⁶.

Tras analizar la muestra, en la que se combina tanto la intensidad de uso de la música (10%, 45% y 85%) , como el nivel de ingresos de las emisoras de radio (600.000 euros de ingresos, 6.000.000 de euros y 60.000.000 de euros) el informe concluye que España es del tercer a quinto país más barato de la muestra, con diferencias que oscilan entre 1 y 3 puntos porcentuales, según los parámetros (intensidad de uso/nivel de ingresos) combinados, estando la mayor diferencia en aquellos supuestos en los que se combina una mayor intensidad de uso de la música con un nivel de ingresos mayor (folio 712).

Por lo tanto, la propuesta de modificación de Tarifas Generales debería ir encaminada a un sistema tarifario progresivo basado en la intensidad de uso combinada con el nivel de ingresos de cada emisora que permita que se cobre más a aquellas emisoras con una intensidad de uso de la música mayor³⁷.

³⁵ Folios 672 y 673 y 682 a 712.

³⁶ Reino Unido, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, Bélgica, Finlandia, Grecia, Irlanda, Dinamarca, Portugal, Austria, Suecia, Canadá y Australia.

³⁷ Ya que, tal y como se expone en el folio 2301, la diferencia entre la tarifa en España y el resto de países analizados es *«especialmente significativa en el caso de las radios musicales»*.

En segundo lugar realiza una aproximación teórica mediante el desarrollo de un modelo económico³⁸ de valoración de la música.

El modelo se basa en el principio “*willing buyer - willing seller*” en un mercado competitivo. Por ello el precio de la música se define a partir de la maximización de beneficios por las emisoras de radio (beneficio = ingresos de publicidad – costes de programación). Dicha maximización daría el nivel de intensidad de uso de la música (i) óptimo para cada emisora, que vendría determinado por el ingreso esperado: $i = f(\text{Ingreso esperado})$.

En base a i se determinaría la tarifa equitativa, según AGEDI/AIE ya que:

$$i = \frac{\text{Coste música}}{\text{Coste Total de la Programación}} = \frac{\text{Ingreso de la música}}{\text{Ingresos Totales}}$$

Tras hallar esta relación, se pone en práctica el modelo económico con una simulación de lo que serían dos radios españolas tipo, no identificadas, una de carácter generalista y otra temática musical y se compara la tarifa actual (teniendo en cuenta descuentos y bonificaciones) que AGEDI/AIE venían aplicando con la que las entidades de gestión consideran que es la tarifa equitativa y se concluye que³⁹:

- a. Para una radio generalista con una intensidad de uso de la música, $i = 10,84\%$, de la que los ingresos provenientes de la música suponen el $8,64\%$ de los Ingresos totales, la tarifa debería subir un $0,04\%$ para considerarse equitativa.
- b. Para una radio temática con una intensidad de uso de la música $i = 76,10\%$, en la que los ingresos provenientes del uso del repertorio musical suponen el $74,81\%$ del total de ingresos, la tarifa debería aumentar un $5,99\%$ y situarse en un $7,93\%$ para considerarse equitativa.

Lo anterior lleva a la conclusión de que ambas metodologías apuntan⁴⁰ a la necesidad de un incremento de las tarifas que las emisoras de radio en España abonan a AGEDI/AIE, especialmente para radios con mayor intensidad de uso de la música.

El incremento sería mayor conforme al modelo económico que en función de la comparativa internacional realizada. No obstante, esto se achaca a que en la

³⁸ Folios 673 y 674 y 713 a 720. Modelo aplicado en Canadá para la revisión de tarifas por los derechos de comunicación pública y reproducción de fonogramas en la radio analógica (folio 2301).

³⁹ Folios 721 y 729 a 731.

⁴⁰ Folios 731 a 733.

muestra se incluyen países que en el propio informe se considera que “*pagan menos de lo que deberían por la música*”.

Por todo ello, en el informe modificado de octubre de 2009 (folios 1940 a 2004) se propone un aumento de tarifas y una implementación de las mismas, bien mediante una tarifa por tramos en función de la intensidad de uso de la música, similar a la existente en la actualidad en España pero aumentando el número de tramos de tres a cinco por motivos de equidad y eficiencia, o bien mediante una tarifa continua (folio 1947).

Asimismo, se indica que la base para la aplicación de las tarifas serán los IBE, ya que, según los autores, sería el criterio aceptado en casi todos los países de la UE (folio 827).

Además, la propuesta tarifaria recoge tres tipos de descuentos sobre la base de los principios de eficiencia en la gestión y ahorro de costes (folios 1948 y 1949) que posteriormente, en diciembre de 2009⁴¹, fueron ampliados a cinco (folios 832 a 841):

- a. Descuento por negociación conjunta con alguna sociedad o por pronto pago⁴² del 13,35% sobre la remuneración, sin que estos descuentos sean acumulables. En diciembre de 2009 se identifica con la pertenencia a Asociación y se redondea al 13%.
- b. Descuento por colaboración del 3,8% sobre la remuneración, del que 1,9% correspondería a la presentación de autoliquidaciones y 1,9% a la colaboración por suministro de información en lo relativo al listado de fonogramas utilizado en la programación. En diciembre de 2009 se redondea el porcentaje correspondiente a cada uno de estos conceptos al 2%, fijándose el descuento por colaboración en el 4%.
- c. Por intermediación de un solo representante para radios de un mismo grupo, 4,05% de descuento sobre la remuneración. En diciembre de 2009 se denomina descuento por volumen de gestión (gestión conjunta de contratos por una asociación o por pertenencia a un mismo grupo empresarial) y se redondea al 4%.
- d. Descuento para empresas de servicio público dada su distinta misión y modo de financiación (30% en función del porcentaje que representen las subvenciones en su financiación) introducido en diciembre de 2009. Descuento de hasta un 25% para entidades culturales sin ánimo de lucro en virtud de lo dispuesto en el artículo 157.1b) de la LPI introducido en diciembre de 2009.

⁴¹ Folios 810 a 841.

⁴² El informe identifica el descuento de pertenencia a Asociación con un descuento por pronto pago, calcula el importe que debería tener este último y lo aplica a la pertenencia a Asociación.

En definitiva, la tarifa en función de la intensidad del uso de la música para radios comerciales quedaría de la siguiente forma⁴³:

Intensidad de la música (i)	Tarifa (% sobre los ingresos brutos)	Tras descuentos
(0% - 20%]	1,54%	1,23%
(20%- 40%]	2,94%	2,35%
(40%- 60%]	4,34%	3,47%
(60%- 80%]	5,74%	4,59%
(80%-100%]	7,14%	5,71%

Fuente: folio 1948

Mientras que la tarifa continua (folio 1947) quedaría reducida a aplicar la fórmula $T = 0,841\% + 7,001\% * i$ y, sobre el resultado, aplicar los descuentos que, en su caso, correspondiesen.

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*” (folios 865 a 883), concluyéndose que los resultados alcanzados en el año 2009 mantenían su validez tras actualizar la información sobre las tarifas aplicadas en la comparación internacional y calibrar el modelo económico con datos actualizados de las dos radios comerciales utilizadas en el informe anterior (cuya identidad se desconoce por esta Dirección de Competencia).

Debe tenerse en cuenta que la firma de un nuevo convenio con FORTA en julio de 2012 implicó la reducción de las tarifas propuestas por AGEDI/AIE y que se estaban ofreciendo a las emisoras de radio y a AERC. Así lo reconocen las propias entidades de gestión cuando establecen que “*En base a la negociación mantenida con FORTA, se llega al acuerdo de revisar los tipos a partir de los tipos iniciales aplicando una reducción sobre los mismos del 7%, 9%, 11%, 13% y 15% respectivamente en los tramos de uso que también se traslada a la tarifa continua*” (folios 36 y 443).

Las tarifas propuestas tras dicha revisión habrían quedado del modo siguiente⁴⁴:

⁴³ Téngase en cuenta que la radio pública sufre una minoración sobre el total del concepto ingresos brutos, aunque los tramos serían los mismos según la propuesta tarifaria de octubre de 2009.

Tramos de uso	Tipos plataforma inicial	Tipos acuerdo FORTA
Tramo 1(0-20%]	1,54%	1,44%
Tramo 2 (20-40%]	2,94%	2,68%
Tramo 3 (40-60%]	4,34%	3,86%
Tramo 4 (60-80%]	5,74%	4,99%
Tramo 5 (80-100%]	7,14%	6,07%

$$T(i) = (0,841\% + 7,001\% \times i) \times (94\% - 10\% \times i)$$

Fuente: Elaboración propia por la DC a partir folios 222, 223, 240⁴⁵ 443 y 444

A la hora de formular su propuesta como ha podido verse, no se distingue el porcentaje que corresponde a la comunicación pública de fonogramas y a la reproducción instrumental de los mismos de cara a su comunicación pública.

En el ámbito de las negociaciones para un nuevo convenio de las emisoras de radio comercial pertenecientes a AERC, la Asociación solicitó un desglose de los mismos a AGEDI/AIE.

El desglose suministrado por las entidades de gestión (folio 444) muestra cómo la remuneración por el derecho por la reproducción instrumental de los fonogramas pasa a aumentar progresivamente en función del tramo y en función de los años considerados, pasando en 2017 (año en que se pagaría la tarifa completa) a situarse en una horquilla que va desde el 0,18% para el tramo 1 ó categoría A (i =(0-20%]) al 0,79% para el tramo 5 ó categoría E (i =(80-100%]), y situándose por encima del 0,35% para los tres últimos tramos de intensidad de uso de los fonogramas.

Este desglose por tipo de derecho, coincidente con el establecido en el contrato firmado por AGEDI/AIE con RTVE el 27 de marzo de 2014, no aparece, sin embargo, en ninguno de los documentos que AGEDI/AIE han utilizado como base para la modificación de su tarifa general.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la propuesta de revisión tarifaria afectaría también a los importes mínimos a pagar por estos derechos de propiedad intelectual.

⁴⁴ La tarifa continua en este caso incluye tanto la comunicación pública como la reproducción de los fonogramas, lo que explica su diferencia con la expuesta en el apartado en que se describe el Convenio firmado con la FORTA.

⁴⁵ Documento fechado el 26 de julio de 2013.

Estos importes mínimos, recogidos en los modelos de autoliquidación enviados por AGEDI/AIE a AERC en febrero de 2013 (folios 224 a 229), que se actualizan anualmente conforme al IPC, son independientes del nivel de uso de los fonogramas ya que son exactamente los mismos en los cinco modelos de autoliquidación previstos para las cinco categorías de intensidad de uso de los fonogramas (A, B, C, D, E) y dependen del número de habitantes en que radica la entidad de radiodifusión correspondiente:

PROPUESTA - IMPORTES MENSUALES MÍNIMOS AÑO 2013⁴⁶		
Categorías⁴⁷	Comunicación pública	Reproducción
Categoría especial	370,29 €	55,14 €
Categoría primera	222,16 €	33,07 €
Categoría segunda	148,07 €	22,05 €
Categoría tercera	74,06€	11,02 €
Categoría cuarta	44,46€	6,62 €

Fuente: Folios 224 a 229

Como puede observarse los importes mínimos recogidos en los modelos de autoliquidación que AGEDI/AIE enviaron a AERC son los mismos que se han ofertado a los operadores que facturaban en base a Tarifas Generales tras la firma del Convenio FORTA y, por ende, los contenidos en éste⁴⁸ (folios 2406 a 2516).

La falta de acuerdo entre AERC y AGEDI/AIE ha desembocado en nuevos procesos negociadores.

Así, en el expediente constan diversas propuestas presentadas por AGEDI/AIE a la AERC, como la de abril de 2013 (folio 234), modificada en mayo de ese mismo año (folio 235) y que se mantiene en julio de 2013 (folio 243 y 446). En ella se contempla un marco de aumento progresivo de la tarifa entre 2013 y 2017 (dando por definitiva la facturación realizada en 2011 y 2012 por las emisoras pertenecientes a AERC en base al Convenio de 2006).

⁴⁶ La definición de las categorías coincide con las descritas en las Tarifas Generales.

⁴⁷ Coincidentes con las descritas en el apartado de Tarifas Generales.

⁴⁸ Las diferencias derivan, tras los cálculos realizados por la Dirección de Competencia, en los incrementos del IPC.

La propuesta recoge, con pequeñas modificaciones⁴⁹, las mismas condiciones en cuanto a descuentos y bonificaciones que AGEDI/AIE habían ofertado a FORTA en el Convenio de 2012, acordando, además, mejoras en cuanto a la aplicación de los mínimos (posibilidad de agrupar emisoras que emiten la misma programación y que carecen de ingresos brutos propios como una misma población de cara a la facturación por mínimos), y contemplando una reducción del 10% a las emisoras de categoría D en el caso de que el diferencial global en el sector publicitario español entre el año 2016 respecto al 2014, o entre el año 2017 respecto al 2014, fuera negativo⁵⁰.

En definitiva, tal y como se ha puesto de manifiesto, la propuesta actual de reforma de Tarifas Generales viene condicionada por las negociaciones que siguen manteniéndose con AERC sobre la base de las tarifas que AGEDI/AIE acordaron con FORTA el 23 de julio de 2012 y que, asimismo, son las que han sido ofertadas por las entidades a aquellos usuarios que venían facturando en base a las Tarifas Generales en los términos explicados anteriormente.

3. La tarifa efectiva a pagar por los usuarios

Como resultado de lo expuesto anteriormente, en la actualidad coexisten diversas tarifas para la remuneración por la comunicación pública de fonogramas y la reproducción instrumental de los mismos.

Debe señalarse asimismo que, aparte de las tarifas a las que se hace referencia en el presente expediente, existen también casos en que el importe de la facturación se fija en base a lo acordado en transacciones extrajudiciales o en sentencias judiciales (folio 662).

Los datos correspondientes a dichas emisoras no han sido incluidos en la elaboración de los cálculos a los que se hará referencia en este apartado, ni tampoco los relativos a los ingresos de emisoras que facturan en función de la tarifa a tanto alzado (los importes mínimos) que, debido a la falta de datos, impide calcular el impacto que el nuevo sistema tarifario puede tener sobre estos supuestos.

3.1 Pago de la tarifa con base en las Tarifas Generales

Tal y como se ha visto previamente con la descripción de las Tarifas Generales, las emisoras que facturan conforme a dichas tarifas pagan en general un 2,35% de sus Ingresos Brutos de Explotación (y el 5% por los fonogramas en los programas patrocinados) como remuneración por la comunicación pública de

⁴⁹ Debe señalarse que a finales de junio de 2013 AGEDI/AIE profundizaron en la definición de su oferta de descuentos y bonificaciones (folio 238), especificando que de cara a poder beneficiarse del descuento por volumen de gestión (4% por gestión a través de un sólo representante del grupo empresarial) era necesario que todo el grupo representado optase por un mismo modelo tarifario (intervalos o intensidad de uso), condición que no se recoge en el Convenio FORTA.

⁵⁰ Para lo cual se tomaría como referencia el informe de cierre de 2014, 2016 y 2017 que publique la empresa INFOADEX.

fonogramas y un 0,35% por la reproducción instrumental de los mismos sin que se prevea la existencia de ningún tipo de descuento o bonificación.

De cara a proceder al cálculo de lo efectivamente pagado por los usuarios que facturan conforme a estas tarifas debe tenerse en cuenta que, como se ha indicado, estos cálculos no incluyen los ingresos de emisoras que facturan en función de la tarifa a tanto alzado (los importes mínimos), dado que no se dispone del porcentaje que el importe facturado en cada periodo representa respecto a los IBP y los IBE.

Según la información disponible en el expediente (folios 968 a 975) las emisoras que facturan en base a las Tarifas Generales han pagado lo siguiente:

TARIFAS GENERALES		2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
IBP ⁵¹	CPF ⁵²	2,45%	2,28%	2,31%	2,50%	3,25%	3,63%	4,82%	5,14%
	RIF ⁵³	0,78%	0,69%	0,70%	0,82%	1,05%	1,25%	1,69%	1,80%
	TOTAL	3,23%	2,97%	3,01%	3,32%	4,30%	4,88%	6,51%	6,94%
IBE ⁵⁴	CPF	2,12%	2,15%	2,20%	2,27%	2,68%	2,11%	2,00%	2,00%
	RIF	0,67%	0,65%	0,67%	0,74%	0,86%	0,73%	0,70%	0,70%
	TOTAL	2,79%	2,8%	2,87%	3,01%	3,54%	2,84%	2,70%	2,70%

Fuente: Elaboración por la DC con datos folios 968 a 975.

Como puede observarse, si se toma como referencia los IBE, los importes efectivamente satisfechos en el periodo analizado no coinciden con la cifra del 2,70%, que correspondería a la suma de la remuneración por los derechos de comunicación pública y los derechos de reproducción instrumental de los fonogramas. Tampoco se corresponden con los teóricos porcentajes de 2,35% para la comunicación pública de los fonogramas y 0,35% para su reproducción instrumental previstos en las Tarifas Generales.

Se desconoce la causa de la variabilidad de los datos en términos porcentuales, dado que la variación que pudiera corresponder al 5% de los ingresos por los fonogramas emitidos en programas patrocinados afectaría únicamente a la

⁵¹ Ingresos Brutos de Publicidad.

⁵² Comunicación Pública de Fonogramas.

⁵³ Reproducción Instrumental de Fonogramas.

⁵⁴ Ingresos Brutos de Explotación.

remuneración por la comunicación pública de los fonogramas pero no a la remuneración por la reproducción instrumental de estos.

Además, puede observarse que los importes satisfechos presentan una evolución creciente a lo largo del periodo analizado tomando en cuenta los IBP, habiéndose más que duplicado los importes satisfechos entre 2006 y 2013, mientras que habría permanecido más estable en relación con los IBE (base sobre la que se factura en relación con las Tarifas Generales).

De los datos también se extrae que para todos los periodos el importe efectivamente facturado es superior en términos porcentuales tomando como referencia los IBP que tomando como referencia los IBE de las emisoras, lo que puede deberse, al menos en parte, a la disminución de los ingresos publicitarios frente a otras fuentes de ingresos.

3.2 Pago de la tarifa por los miembros AERC

Teniendo en cuenta la dificultad que entraña la comparación tarifaria en este caso, al existir variaciones en la base y en los tipos, y al ser diferentes los modos en que se calcula la tarifa efectiva a pagar (por ejemplo, por ser diferente el momento en que se producen las deducciones y bonificaciones, aparte de ser distintos los importes de estas) resulta interesante analizar las cantidades efectivamente pagadas por los miembros de AERC en base a las tarifas del Convenio de 2006.

Las emisoras pertenecientes a AERC pagaron las siguientes tarifas en el periodo 2006 a 2013 (folios 955 a 962):

CONVENIO DE 2006		CAT. ⁵⁵	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
% IBP ⁵⁶ e IBE ⁵⁷	CPF ⁵⁸	A	0,72%	0,72%	0,72%	0,71%	0,76%	0,77%	0,78%	0,80%
		B	1,44%	1,41%	1,46%	1,49%	1,51%	1,53%	1,57%	1,63%
		C	1,73%	1,72%	1,73%	1,75%	1,76%	1,78%	1,82%	1,87%
		Total CPF	1,04%	1,05%	1,05%	1,05%	1,09%	1,10%	1,13%	1,17%
	RIF ⁵⁹	A	0,11%	0,11%	0,11%	0,11%	0,11%	0,11%	0,12%	0,12%

⁵⁵ Categorías A, B, C conforme a Convenio 2006.

⁵⁶ Ingresos Brutos de Publicidad

⁵⁷ Ingresos Brutos de Explotación

⁵⁸ Comunicación Pública de Fonogramas

⁵⁹ Reproducción Instrumental de Fonogramas

	B	0,21%	0,20%	0,21%	0,22%	0,22%	0,23%	0,23%	0,24%
	C	0,26%	0,25%	0,26%	0,26%	0,26%	0,26%	0,27%	0,28%
	Total RIF	0,15%	0,16%	0,16%	0,16%	0,16%	0,16%	0,17%	0,17%
TOTAL	CPF+RIF	1,19%	1,21%	1,21%	1,21%	1,25%	1,26%	1,30%	1,34%

Fuente: Elaboración por la DC con datos folios 955 a 962.

Al igual que sucedía en el caso de las Tarifas Generales, los importes efectivamente satisfechos presentan una evolución creciente a lo largo del periodo analizado.

La variación de las tarifas efectivas en dicho periodo fue de:

CATEGORÍA	VARIACIÓN TARIFA EFECTIVA CPF	VARIACIÓN TARIFA EFECTIVA RIF
A	11,00%	9,00%
B	13,19%	14,28%
C	8,09%	7,69%

Fuente: Elaboración por la DC en base a datos de tabla anterior.

Asumiendo la dificultad de calcular prospectivamente cuál sería la efectiva incidencia que las nuevas Tarifas Generales propuestas por AGEDI y AIE tendrían en relación con lo que venían pagando las emisoras de radio comercial asociadas a AERC, resulta necesario reproducir las previsiones que realizan tanto la Asociación como las entidades de gestión.

VALORACIÓN AERC DE LA INCIDENCIA DE LAS TARIFAS GENERALES SOBRE LAS TARIFAS DEL CONVENIO 2006			
CATEGORÍA	CONVENIO 2006*	PROPUESTA A FORTA	TASA DE VARIACIÓN
A ($i \leq 20\%$)	1,08%	1,36% (1,44%)**	25,9% (33%)
B ($20\% < i \leq 40\%$)	2,16%	2,68%	24,1%
C ($40\% < i \leq 60\%$)	2,16%	3,86%	78,7%
D ($60\% < i \leq 70\%$)	2,16%	4,75% (4,99%)**	119,9% (131%)

Dbis (70% < i ≤ 80%)	2,70%	4,75% (4,99%)**	75,9% (84,81%)
E (i >80%)	2,70%	6,07%	124,8%

Fuente: Elaboración por la DC en base a cuadro de folio 35 aportado por AERC. Para la comparativa se han tenido en cuenta los intervalos previstos por el Convenio FORTA pero en el caso de la categoría D se ha subdividido ya que con el Convenio 2006 la mitad del intervalo encajaba en la categoría B y la otra mitad en la categoría C de dicho convenio.

* Los datos de esta columna se corresponderían con los tipos a aplicar en caso de que las bonificaciones fuesen cero. Al existir bonificaciones a descontar, previamente a la aplicación del tipo del 2,70% previsto en el convenio 2006, lo previsible es que los tipos efectivos fuesen inferiores ya que, a diferencia del convenio FORTA, en el convenio 2006 las bonificaciones se restan antes del cálculo de la cuota, lo que dificulta la comparación de los datos.

** Los datos entre paréntesis son los porcentajes que aparecen realmente en Convenio FORTA, desconociéndose el motivo de haber aplicado unos tipos menores en sus estimaciones por AERC. Asimismo se ha calculado el porcentaje de variación correlativo

ESTIMACIÓN AGEDI/AIE DEL PAGO EFECTIVO DE LAS TARIFAS DEL CONVENIO 2006	
CATEGORÍA	TASA EFECTIVA
A (i ≤ 20%)	0,78%
B(20% < i ≤ 70%)	1,56%
C (i >70%)	1,94%

Fuente: folios 672 y 1985

Las tarifas efectivas (netas de descuentos) conforme a la propuesta tarifaria que AGEDI y AIE formularon a la AERC serían (folio 862):

CATEGORÍA	TASA EFECTIVA PROPUESTA
A	1,23%
B	2,35%
C	3,47%
D	4,59%
E	5,71%

Fuente: folio 862

Por tanto, el porcentaje de variación entre ambas tasas sería:

CATEGORÍA	TASA DE VARIACIÓN
A ($i \leq 20\%$)	57,69%
B ($20\% < i \leq 40\%$)	50,64%
C ($40\% < i \leq 60\%$)	122,43%
D ($60\% < i \leq 70\%$)	194,23%
D bis ($70\% < i \leq 80\%$)	136,59%
E ($i > 80\%$)	194,32%

Fuente: Elaboración por la DC en base a los dos cuadros anteriores.

Para calcular el porcentaje de variación se ha procedido como en el cuadro elaborado antes, dividiendo la categoría D en dos subgrupos de cara a aproximar el cambio producido con el cambio en el número de intervalos

Comparados con las estimaciones anteriormente vistas que supondría la aplicación de los nuevos tipos previstos en la propuesta de revisión de AGEDI/AIE, puede verse que los incrementos propuestos suponen una variación de las tarifas que superan con creces aquellos que han experimentado éstas a lo largo de los últimos años.

A diferencia de lo que sucedía con las Tarifas Generales, los datos aportados por AGEDI/AIE coinciden tanto para IBP como para IBE (a excepción de dos datos de toda la tabla que varían en un 0,01%) por lo que la variación de la base entre la aplicada en el Convenio 2006 (IBP) y la propuesta por AGEDI/AIE (IBE) supuestamente no afectaría a la facturación final por los derechos de comunicación pública y de reproducción instrumental de fonogramas de los miembros de AERC.

La misma conclusión se extraería del análisis de los datos de las tablas aportadas por AGEDI/AIE en relación con los cuatro grupos principales, miembros de AERC, (COPE S.A, PRISA RADIO S.L, UNIPREX S.A.U y CADENA RADIO BLANCA S.A) que en 2013 supusieron el 89,6% del monto total de los derechos facturados por estas entidades (2005 a 2012 y 2167 a 2174).

No obstante, la existencia de otros ingresos⁶⁰, al margen de los derivados de la inversión publicitaria en antena, sugiere que, lógicamente, los IBE de las emisoras puedan ser superiores a los IBP, lo que variaría las estimaciones anteriores en relación con los IBE aunque no se disponga de datos al respecto. En esta línea se encontrarían los datos aportados por AGEDI/AIE en relación tanto con las Tarifas

⁶⁰ Como son, entre otros, los ingresos por *fee* de gestión o los derivados de la obtención de dividendos para aquellas sociedades que no tengan como objeto social únicamente el propio de la radiodifusión.

Generales como con las tarifas aplicadas en base al Convenio FORTA que se verán posteriormente.

Por otra parte, las tarifas medias por los derechos de comunicación pública de los fonogramas pagadas en el periodo 2006-2013 por las emisoras de AERC fueron de 0,74% para la categoría A, 1,50% para la categoría B y 1,77% para la categoría C. Estas tarifas son inferiores a las estimadas por la consultora económica que elaboró los informes a solicitud de AGEDI/AIE, pero serían superiores (excepto en la categoría C) si se añadiesen los derechos por la reproducción instrumental de los fonogramas (en ese caso las tarifas medias serían aproximadamente de 0,85% para la categoría A, 1,72% para la categoría B y 1,93% para la categoría C).

En lo que se refiere al posible efecto que pueda tener el cambio en el número de categorías previstas en la tarifa sobre la cuantía a pagar finalmente, no es posible valorar el efecto del mero cambio de número de categorías dado que, por un lado, AGEDI/AIE no ha podido aportar los datos anteriores desglosados en base a las cinco categorías propuestas al no disponer de información sobre el uso de fonogramas desglosado en función de las mismas (folio 661) y, por otro, la información aportada por los miembros de AERC antes citada sí que indica la recalificación de las emisoras en las distintas categorías, pero no se disponen de estimaciones homogéneas y completas que permitan calcular el efecto de dicha recalificación en relación a una variación en la facturación por los derechos gestionados por AGEDI/AIE.

La recalificación proporcionada supone que, a excepción de las emisoras pertenecientes a la categoría A que se mantendrían en dicha categoría, el resto de emisoras de AERC pasaría a categorías D y E en su mayoría. Así, para el conjunto de los miembros de AERC, en 2013 habría 353 emisoras de categoría A en conjunto, y de las 11 de categoría B y 426 de categoría C, según el Convenio de 2006, y se pasaría a 2 de categoría C, 336 de categoría D y 99 de categoría E. En términos porcentuales eso significa que el 44,68% de las emisoras son categoría A, el 0,25 % categoría C, el 42,53% categoría D y el 12,53% categoría E⁶¹.

Es decir, para más de la mitad de las emisoras de AERC la recalificación por categorías sumada a la revisión de tipos propuesta por AGEDI/AIE supone pagar el triple de lo pagado hasta ahora por los derechos gestionados por estas entidades de gestión, y para cerca del 45% supone una subida de dos terceras partes respecto a la tarifa anterior, teniendo en cuenta el efecto combinado del aumento de categorías previstas en la tarifa y la reclasificación de las emisoras, así como los incrementos propuestos para cada una de esas categorías.

⁶¹ Datos obtenidos de folios 3065, 3100, 3114, 3143 y 3145.

Por último, queda señalar que combinando el número de emisoras pertenecientes a cada categoría en 2013 con la información del cuadro del folio 962, se obtienen los ingresos medios anuales de las emisoras pertenecientes a cada categoría:

CATEGORIA	INGRESOS MEDIOS POR EMISORA (€)
A	618.932,38
B	637.460,13
C	262.982,95

Fuente: Elaboración por la DC en base a datos expuestos y folio 962.

Como puede observarse, los datos no muestran la existencia de correlación entre la intensidad de uso de los fonogramas por parte de las emisoras y sus ingresos, ya que las emisoras con mayor intensidad de uso de los fonogramas fueron las que tuvieron menores ingresos medios en el año considerado.

3.3 Pago de la tarifa por los miembros de FORTA

En el caso de FORTA, en el periodo 2009-2013 sus miembros han pagado en términos efectivos, en relación con los IBP e IBE, lo siguiente⁶²:

CONVENIO FORTA		CAT. ⁶³	2009	2010	2011	2012	2013
% IBP ⁶⁴	CPF ⁶⁵	A	2,42	2,73	3,11	3,45	3,54
		B	17,40	15,35	24,23	32,15	18,60
		C	26,73	17,39	26,44	32,45	61,13
		D	6,92	11,91	7,61	12,19	9,45
		E	29,03	24,50	37,56	28,73	40,28
		Total CPF	3,98	4,18	4,94	5,00	5,04

⁶² En este caso no se tiene en cuenta el periodo 2006-2009 al no disponer de la información. AGEDI/AIE afirmaron que: "el Convenio con FORTA de 2012 se aplicó con carácter retroactivo a partir del 1 de enero de 2009 por tanto no se dispone de esa información respecto al periodo anterior" (folio 661)

⁶³ Categorías A, B, C, D y E conforme a Convenio FORTA.

⁶⁴ Ingresos Brutos de Publicidad

⁶⁵ Comunicación Pública de Fonogramas

	RIF⁶⁶	A	0,36	0,41	0,49	0,52	0,53
		B	2,59	2,29	3,61	4,81	2,78
		C	3,98	2,59	3,93	4,83	9,11
		D	1,02	1,77	1,13	1,79	1,39
		E	4,35	3,67	5,63	4,58	6,98
		Total RIF	0,59	0,62	0,76	0,76	0,77
		TOTAL	CPF+RIF	4,57	4,8	5,7	5,76
% IBE⁶⁷	CPF	A	0,44	0,44	0,45	0,48	0,44
		B	0,82	0,90	0,89	0,97	0,97
		C	1,38	1,40	1,39	1,40	1,39
		D	1,98	1,84	1,96	1,92	1,98
		E	2,25	2,26	2,23	2,45	2,31
		Total CPF	0,66	0,63	0,66	0,66	0,60
	RIF	A	0,07	0,07	0,07	0,07	0,07
		B	0,12	0,13	0,13	0,15	0,15
		C	0,21	0,21	0,21	0,21	0,21
		D	0,29	0,27	0,29	0,28	0,29
		E	0,34	0,34	0,33	0,39	0,40
		Total RIF	0,10	0,09	0,10	0,10	0,09
	TOTAL	CPF+RIF	0,76	0,72	0,76	0,76	0,69

Todos los datos de la tabla están en términos porcentuales.

Fuente: Elaboración por la DC en base a los datos de los folios 963 a 967

⁶⁶ Reproducción Instrumental de Fonogramas

⁶⁷ Ingresos Brutos de Explotación

Como puede verse los importes satisfechos por la comunicación pública de fonogramas y por su reproducción instrumental han aumentado a lo largo del periodo considerado en relación con los IBP.

La variación de las tarifas efectivas en relación con los IBP en dicho periodo fue de:

CATEGORÍA	VARIACIÓN TARIFA EFECTIVA CPF	VARIACIÓN TARIFA EFECTIVA RIF
A	46%	47,2%
B	106%	7,3%
C	128,6%	128%
D	36,5%	36,27%
E	38%	38,75%

Fuente: Elaboración por la DC en base a datos de tabla anterior

En términos de IBE sin embargo, se observa una cierta estabilidad en los valores, independientemente de la categoría de que se trate y de si se trata de derechos de comunicación pública de los fonogramas o derechos de reproducción instrumental de estos.

Al igual que sucedía en las Tarifas Generales, de los datos analizados también se extrae que para todos los periodos el importe efectivamente facturado es superior en términos porcentuales tomando como referencia los IBP que tomando como referencia los IBE de las emisoras.

Esto puede deberse también, en parte, a la disminución de los ingresos publicitarios frente a otras fuentes de ingresos, y también a la existencia de la deducción por compensación de servicio público que supone una reducción de la base del canon del 35%.

La cuantificación del 35% no se explica en ninguno de los documentos aportados, y la única aproximación explicativa al importe decidido se encuentra en el folio 784 en que se señala que el 30% que venía aplicando AGEDI/AIE está *“en línea con los de otros países próximos a España, como Francia, que ofrece un descuento aproximado del 15% e Italia, con un 25%”*.

El límite del 35% para dicha deducción previsto en el Convenio FORTA no ha actuado como tal sino como una deducción del 35% de aplicación directa, ya que si bien el convenio prevé la acreditación del carácter de servicio público de las partidas de las subvenciones que dieron lugar a las deducciones por servicio público de los miembros de la FORTA (folios 2400 y 2401), AGEDI/AIE ha emitido

diversas comunicaciones⁶⁸ a los mismos de cara a que, cumpliendo con lo previsto en los contratos firmados, procedan a la acreditación de cara a poder beneficiarse de la compensación por servicio público. En dichas comunicaciones se deja patente que la acreditación no ha tenido lugar hasta la fecha, y en mayo de 2014 se indica a los miembros de la FORTA que al no haberse producido la acreditación la deducción dejará de aplicarse a partir de las liquidaciones que se realicen desde el cuarto trimestre de 2013.

En consecuencia, AGEDI/AIE han dejado de aplicar automáticamente la deducción por servicio público a partir de mayo de 2014, fecha en que se emitieron las facturas correspondientes al último trimestre de 2013 (folio 2401).

La respuesta por parte de las emisoras miembros de la FORTA ha sido proceder a la devolución de las facturas emitidas por AGEDI/AIE quienes, según carta de 19 de mayo de 2014 firmada por el Secretario General de la FORTA (folios 2869 y 2870) afirman que durante la negociación del Convenio con la FORTA se acordó que *“toda la actividad de las Radios Autonómicas Públicas era servicio público y, precisamente para preservar hipotéticas contingencias en materia de competencia, se optó por establecer una deducción prudencial del 35%, admitiendo que la publicidad no fuera el único concepto computable en la base”*. Algo en lo que se insiste en la carta de 24 de junio de 2014 (folio 2910).

La existencia de dicha deducción habría servido para que los miembros de FORTA admitiesen que la publicidad no fuera el único concepto computable en la base (lo que refuerza la tesis de que el cambio de base de IBP a IBE que se propone a los miembros de AERC supone un aumento de la misma con relevancia a efectos prácticos).

Por otra parte conviene señalar que en 2013 los miembros de FORTA tenían 9 emisoras de categoría A, 2 de categoría B, 1 de categoría C, 2 de categoría D y 4 de categoría E (folio 2012), es decir, de sus emisoras el 50% son de categoría A, el 11% de categoría B, el 5% de categoría C, el 11% de categoría D y el 22% son de categoría E.

Si se combina este dato con los datos de la tabla del folio 967 en que se recogen los IBP y los IBE declarados por las emisoras en función de su categoría, se obtiene que los ingresos medios de una emisora fueron, en 2013, en función de su categoría:

CATEGORIA	IBP MEDIOS POR EMISORA	IBE MEDIOS POR EMISORA
A	782.507,06 €	6.242.698,92 €
B	45.558,46 €	869.070,96 €

⁶⁸ Comunicaciones recogidas en los folios 2620 a 2863

C	59.920,00 €	2.642.920 €
D	175.000,00 €	835.487,5 €
E	31.168,46 €	544.117,175 €

Fuente: Elaboración propia con datos de folios 2012 y 967

De estos datos se desprende que no existe una correlación entre la intensidad de uso de los fonogramas por parte de las emisoras y sus ingresos (bien sean IBP o IBE), ya que las emisoras con menor intensidad de uso de los fonogramas fueron las que tuvieron mayores ingresos en el año considerado.

3.4 Pago de la tarifa por RTVE

Las condiciones acordadas con RTVE son prácticamente idénticas a las de la FORTA salvo en lo que se refiere a la:

- Deducción por comisiones de agencia, dada la diferencia en cuanto al modo de financiación de la Corporación RTVE.
- Deducción por obligaciones de servicio público: que en el caso de RTVE ha sido objeto de una metodología que la sitúa en un 25% para los próximos ejercicios, mientras que en el caso de FORTA se encuentra teóricamente limitada a un 35% de las subvenciones recibidas, previa acreditación de que estén destinadas a cubrir el cumplimiento de la misión y obligaciones específicas de servicio público.

En 2012 y 2013 RTVE tenía 2 emisoras de categoría A, 2 de categoría B, y una de categoría D y E, que, en base al contrato firmado en 2014, habrían pagado a AGEDI/AIE un 1,20% de sus IBE en ambos años por los derechos de comunicación pública y de reproducción instrumental de los fonogramas (folios 1016 y 1017).

El reparto en función de la categoría de las emisoras sería el siguiente:

CATEGORÍA	% IBE
A	0,68
B	1,27
D	2,37
E	2,88
TOTAL	1,20

Fuente: Elaboración por la DC con información de folios 1016 y 1017.

Puesto que el método de financiación de RTVE difiere del resto de operadores radiofónicos analizados en este apartado, al no recurrir a la publicidad en ninguna medida, no procede analizar en mayor medida la tarifa efectivamente pagada por este operador por no ser comparable con las situaciones antes descritas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

Según la disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”* y *“Las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia se entenderán realizadas a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 20.2 de la misma ley, se 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”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

El Consejo en este expediente debe resolver, sobre la base de la instrucción realizada por la Dirección de Competencia que se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución, si las prácticas investigadas constituyen una infracción única y continuada contraria al derecho de la competencia, prohibida por el artículo 2 de la LDC y el artículo 102 del TFUE, consistente en un abuso de posición de dominio por parte de AGEDI/AIE en la gestión de los derechos de remuneración de la comunicación pública de fonogramas pagados por las emisoras de radio en España.

Por lo que respecta a la normativa nacional aplicable, se trata en el presente expediente de prácticas realizadas durante la vigencia de la Ley 16/1989 y de la LDC, y ambas leyes prohíben la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

Como se ha señalado en ocasiones anteriores, resultaría indiferente aplicar uno u otro precepto legal debiendo optarse por una de las dos leyes si bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, deberá ser aquélla que sea más beneficiosa para el infractor en el caso concreto, conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable.

Sin perjuicio de que la conducta regulada por el artículo 2 de las citadas Leyes sea idéntica, de acuerdo con los precedentes de la extinta CNC y de la CNMC, también en este caso el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007 es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores que el contemplado por la Ley 16/1989.

Esta aplicación más favorable de la Ley 15/2007 ha sido reconocida en anteriores ocasiones por el Consejo de la CNC⁶⁹ y de la CNMC⁷⁰ y por la Audiencia Nacional⁷¹.

En atención a ello, la Ley 15/2007 es la norma aplicable al presente procedimiento sancionador.

Por otro lado, como se ha indicado en la definición del mercado contenida en esta resolución, esta Sala se muestra favorable a la aplicación también del artículo 102 del TFUE.

TERCERO. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

Una vez instruido el procedimiento sancionador, la Dirección de Competencia ha concluido que las conductas realizadas por AGEDI y AIE, en su gestión de los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y de los artistas intérpretes y ejecutantes en relación con los operadores radiofónicos, consistentes en la fijación de tarifas inequitativas y en la aplicación de forma discriminatoria e injustificada a determinados operadores radiofónicos de unas condiciones más ventajosas que a otros, constituyen conjuntamente un abuso de posición de dominio, lo que da lugar a una infracción única y continuada tipificada en el artículo 2 de la LDC así como el artículo 102 del TFUE.

⁶⁹ Resoluciones del Consejo de la CNC de 12 de noviembre de 2009, Expte. S/0037/08, Compañías de Seguro Decenal; de 21 de enero de 2010, Expte. S/0085/08, Fabricantes de Gel; de 12 de abril de 2010, Expte. S/0059/08 ANAGRUAL; de 17 de mayo de 2010, Expte. S/0106/08 Almacenes de Hierro; de 28 de julio de 2010, Expte. S/0091/08, Vinos Finos de Jerez; de 31 de julio de 2010, Expte. S/0120/08, Transitarios; de 2 de marzo de 2011, Expte. S/0086/08, Peluquería Profesional; de 24 de junio de 2011, Expte. S/0185/09, Bombas de Fluidos; de 26 de octubre de 2011, Expte. S/0192/09 Asfaltos; de 10 de noviembre de 2011, Expte. S/024/10 Navieras Ceuta-2; de 23 de febrero de 2012, Expte. S/0244/10, NAVIERAS BALEARES y de 15 de octubre de 2012, Expte. S/0318/10, Exportación de sobres.

⁷⁰ Resoluciones de la CNMC de 12 de junio de 2014 (Expte. S/0444/12 Gea) y de 22 de septiembre de 2014 (Expte. S/0428/12 Palés).

⁷¹ Entre otras, Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de abril de 2014 (recurso 194/2011, de L'OREAL ESPAÑA S.A. Y L'OREAL S.A.) y Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de abril de 2014 (recurso 572/2010, de RHENUS IHG IBERICA, S.A.).

Según la Dirección de Competencia, la conducta se habría implementado a través de diferentes vías, entre las que cabe destacar:

- a) La tarifa general aplicada en gran parte del periodo considerado no reflejaría el acuerdo alcanzado por AGEDI/AIE con AERC en 2006, lo que sería inequitativo y discriminatorio para los operadores que se acogen a Tarifas Generales. Entre otros factores, estas Tarifas Generales no tendrían en cuenta la intensidad del uso de los fonogramas, excluirían injustificadamente la aplicación de determinados descuentos y bonificaciones y, en última instancia, dan lugar a una tarifa media efectiva pagada muy superior a la que pagan los miembros de AERC.
- b) Las nuevas tarifas reflejadas en el Convenio FORTA de 2012 suponen la introducción de incrementos considerables en la tarifa media efectiva a pagar por la mayoría de los operadores radiofónicos, especialmente los operadores de radio privada comercial, sin que las modificaciones en el cálculo de las bases, tipos y descuentos y bonificaciones de esta nueva tarifa respondan a justificaciones objetivas admisibles.
- c) La aplicación automática de la reducción en la base tarifaria del 35% de las subvenciones públicas totales percibidas por los miembros de FORTA, al menos en el periodo 1 de enero 2009 a 30 septiembre de 2013, da un trato de favor injustificado y discriminatorio a las radios pertenecientes a FORTA, y reduce artificialmente la tarifa media efectiva pagada por estos operadores.

Según la Dirección de Competencia, esta conducta de AGEDI y AIE se habría producido a lo largo del tiempo en relación con un mismo marco tarifario, desde al menos el 20 de septiembre de 2006 (fecha en que se firma el Convenio entre AGEDI/AIE y AERC), hasta al menos el 31 de diciembre de 2014.

Finalmente, la Dirección de Competencia considera responsables de dicha infracción a AGEDI y AIE, correspondiéndoles una sanción por infracción muy grave conforme a lo previsto en el artículo 62.4.b) de la LDC.

CUARTO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

4.1.- Sobre la antijuridicidad de la conducta

El artículo 2 de la LDC establece que: “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. b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores. c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios. d) 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. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de tales contratos. [...]’.

El artículo 102 del TFUE tiene un contenido similar, cuando señala que: “*Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos*”.

En relación con esta cuestión, la jurisprudencia⁷² ha señalado que para que quede acreditada la existencia de un abuso de posición de dominio, deben concurrir los siguientes elementos: i) existencia de una posición de dominio que permite a una empresa poder actuar al margen de sus competidores; ii) Una conducta abusiva, que puede incluirse entre las que prevé el art. 2 de la LDC, y por tanto previsible, la cual se entiende de forma objetiva, sin que dependa de la intencionalidad del actor; iii) una falta de justificación de dicha conducta.

a) LA POSICIÓN DE DOMINIO

La práctica de las autoridades de competencia y la jurisprudencia ha delimitado la posición de dominio como una posición de poder económico en un mercado que permite al que la ostenta comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, consumidores⁷³.

En el caso aquí analizado, AGEDI/AIE actúan como una unidad económica y disfrutan 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

⁷² STS 8.5.2003, recurso 4495/1998; 13.12.2004, recurso 915/2002, 4.4.2006, recurso 4699/2003, 22.3.2006, recurso 5468/2003, e igualmente las SAN 26.9.2005, recurso 471/2003 y 111/2004, 15.1.2010, recurso 26/08, o de 30.6.2015, recurso 114/2014.

⁷³ TJCE de 14 de febrero de 1978 (Asunto 27/76, United Brands c. Comisión).

como de reproducción instrumental de los mismos para dicha comunicación pública, a través de las emisoras de radio⁷⁴.

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.

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 (folio 254) (cuyo listado se adjunta en folios 255 a 342).

Además, tal y como indica AGEDI (folio 254), 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 (folio 254).

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.

⁷⁴ Esta posición de dominancia ya ha sido analizada anteriormente por la Autoridad de Competencia. Véase, por ejemplo, la Resolución de fecha 14 de junio de 2012 (S/297/10 AGEDI/AIE).

b) EL ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO

Según el artículo 2 de la LDC se considera una explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio, entre otros:

- la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos (letra a), y
- 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 (letra d).

El artículo 102 TFUE contiene una prohibición equivalente en sus letras a) y c).

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. Este tipo de prácticas discriminatorias han sido declaradas prohibidas en numerosas ocasiones por el Tribunal de Defensa de la Competencia y por la Comisión Nacional de Competencia⁷⁵, y posteriormente confirmadas por los órganos jurisdiccionales.

De la doctrina que subyace de la práctica administrativa y judicial al respecto, cabe concluir que las entidades de gestión no pueden favorecer, mediante condiciones más ventajosas injustificadas, a un usuario que compita con otro en el mismo mercado, ya que de lo contrario se produce una desventaja competitiva a unas empresas que operan en el mismo mercado y sobre las que se prestan idénticos servicios, en este caso relativos a la gestión de derechos de propiedad intelectual de autores.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que⁷⁶:

“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”.

En parecidos términos, la Audiencia Nacional⁷⁷, en alusión a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha señalado que *“es lógico que si a un operador se le exigen,*

⁷⁵ Entre otros, Expediente 511/01, Vale Music/SGAE (confirmada por la SAN de 25 de febrero de 2004, recurso 201/2002); Expediente 593/05, Televisión (confirmada por la SAN de 5 de febrero de 2009, recurso 378/2006); Expediente 636/07, Fonogramas (confirmada por la SAN de fecha 10 de marzo de 2010, recurso 75/2009); Expediente 651/08, AIE/T5 (confirmada parcialmente por la SAN de 13 de junio de 2011, recurso 646/2009); Expediente 2785/07, Artistas, intérpretes o ejecutantes, sociedad de gestión, AIE; Expte. S/0220/10, SGAE; Expte. S/0297/10, AGEDI/AIE.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2008 *Kanal 5/ STIM* (Asunto C-52/07 Rec, 2008, p. I-9275), apartado 48 de la Sentencia.

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".

Por tanto, la aplicación sin justificación objetiva de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen desventajas competitivas, choca frontalmente con las normas de competencia y debe ser castigada.

Tampoco es conforme con las normas de competencia la aplicación por parte de las entidades de precios y condiciones inequitativas.

El TJUE⁷⁸ ha declarado reiteradamente que el artículo 102 a) del Tratado exige a las empresas en posición dominante que los precios que apliquen guarden relación con el valor económico del producto o servicio suministrado.

La imposición por parte de las entidades de gestión de tarifas desproporcionadas, o la aplicación de tarifas sin relación con el uso efectivo realizado por las emisoras, ha dado lugar a una serie de pronunciamientos administrativos y judiciales en los que, como veremos, se considera la conducta igualmente abusiva.

Existe, por tanto, abundante doctrina y jurisprudencia que permite considerar con cierta facilidad la existencia de prácticas llevadas a cabo por las entidades de gestión que pueden tener carácter abusivo, máxime aquellas que suelen repetirse continuamente y que sistemáticamente son sancionadas por las autoridades de competencia, por ser discriminatorias e inequitativas.

Precisamente esta práctica doctrinal y jurisprudencial acaecida en estos años ha quedado puesta de manifiesto en la modificación de la LPI, dando un nuevo redactado al artículo 157.1) que recoge los elementos sobre los cuales debe 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

⁷⁷ Sentencia de 10 de abril de 2015 (recurso 346/2012).

⁷⁸ Asuntos 26/75 General Motors c. Comisión, y 27/76 United Brands c. Comisión.

- Las tarifas establecidas por la entidad de gestión con otros usuarios para la misma modalidad de utilización y
- Las tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros estados miembros de la Unión Europea para la misma modalidad de uso.

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.

Analizamos a continuación, a partir de la instrucción llevada a cabo por la Dirección de Competencia, los distintos elementos que componen el diseño e implementación del sistema remuneratorio, y que como ya hemos señalado ha resultado ser discriminatorio e inequitativo en su conjunto.

a) La exigencia de tarifas mínimas obligatorias basadas en criterios poblacionales

Los hechos acreditados muestran que las entidades de gestión han implementado en sus tarifas el sistema de tarifas mínimas obligatorias que deben pagar las emisoras de radio en base a criterios de población y con independencia del uso que hagan de los fonogramas. Ello resulta discriminatorio e inequitativo.

Este criterio aplicable a todas las tarifas analizadas, a diferencia de lo que señalan AGEDI/AIE, no resulta objetivo, toda vez que aquellas emisoras que no alcanzan un determinado nivel de ingresos y, por ende, de tarifa, que efectúan su actividad en centros donde la población es alta, se vean obligadas a pagar un mínimo mucho más alto que aquellas cuyos centros emisores se encuentran en

poblaciones más pequeñas, por el mero hecho de la situación geográfica de sus centros emisores, esto es, independientemente de la intensidad con la que utilizan el contenido musical gestionado por AGEDI/AIE o los ingresos económicos derivados de la utilización del repertorio gestionado por las citadas entidades de gestión.

Según señalan las entidades AGEDI/AIE, la inclusión de importes mínimos es práctica habitual en las Tarifas Generales de cualquier entidad de gestión y obedece a la necesidad de simplificar los pagos. Sin embargo, esta Sala no cuestiona la finalidad del sistema sino la metodología empleada para el cálculo del importe mínimo obligatorio, basado exclusivamente como hemos dicho en criterios poblacionales y no por uso efectivo de la música ofertada o por los ingresos obtenidos por el operador radiofónico relacionados con el uso de este repertorio, lo que convierte al sistema en discriminatorio e inequitativo.

En efecto, el sistema basado en criterios poblacionales genera una clara desventaja competitiva para los operadores que facturan en base a los mismos, en la medida 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 estas entidades, o de los ingresos obtenidos por el operador radiofónico relacionados con el uso del repertorio. Y es que en dichos núcleos de población también operan otros operadores radiofónicos, con mayores ingresos, a los que sí se les ofrece la posibilidad de acogerse a una tarifa ligada al uso efectivo del repertorio.

En definitiva, la aplicación de un método de cálculo como el previsto en las Tarifas Generales da lugar a una desproporción entre el valor económico de la prestación de AGEDI/AIE y la remuneración exigida, ya que ello permite que el importe de la remuneración quede desligado del uso efectivo de obras musicales protegidas por derechos de autor, y las emisoras que apenas utilizan fonogramas deben abonar una remuneración que no guarda relación, o guarda una relación insuficiente, con el valor económico de la prestación.

b) Cálculo de la tarifa base y aplicación de descuentos, reducciones y bonificaciones

El análisis de las condiciones contenidas en las distintas tarifas muestra claramente la existencia de diferentes procesos de cálculo de la misma, en función de si se trata de Tarifas Generales, tarifas acordadas con AERC o tarifas acordadas con FORTA, y que han llevado a pagar un tarifa superior a unas emisoras frente a otras, sin que exista un motivo que justifique estas diferencias de trato.

Convenio AERC de 2006

Si se toma como base el convenio del año 2006 firmado entre AGEDI/AIE y la AERC, se observa cómo en aquel convenio la base para fijar la tarifa que

finalmente deberán abonar las emisoras de radio comercial asociadas a AERC no han sido los ingresos brutos de explotación (IBE), tal y como se establecía en las Tarifas Generales, sino los ingresos brutos de publicidad (IBP) obtenidos por la emisora, lo que presenta una discriminación con respecto a aquellas emisoras que han facturado de acuerdo con el sistema tarifario general.

En este sentido, a diferencia de lo que señalan AGEDI/AIE en su escrito de alegaciones en los que consideran que no hay apenas diferencias entre unos ingresos u otros, esta Sala sí considera, a raíz de los datos obrantes en el expediente⁷⁹, que los IBE implican una base que puede ser mayor para el cálculo de la tarifa que los IBP, ya que estos últimos sólo tienen en cuenta los ingresos publicitarios efectivamente percibidos por la entidad radiofónica en el ejercicio en el que debe abonar la tarifa. Entre otros aspectos, como se ha visto en los hechos probados, en el Convenio de 2006 firmado entre AGEDI/AIE y la AERC los centros radiodifusores podían excluir sus fallidos del cómputo de la base tarifaria.

AGEDI/AIE entienden que los distintos operadores que utilizan estas tarifas al calcular sus IBE ya descuentan los fallidos de publicidad de las cantidades declaradas a AGEDI/AIE. En el mismo sentido que la Dirección de Competencia, esta Sala no comparte tal aseveración, por otra parte no demostrada por las entidades, ya que desde un punto de vista contable y fiscal, un impago no permite la exclusión de los IBE de un servicio efectivamente prestado respecto al que se ha generado un derecho de remuneración. A estos efectos, para reflejar estos impagos o fallidos existen en el sistema contable español otras partidas contables, que en ningún caso dan lugar a la modificación retroactiva de los IBE.

Además de esta minoración de la base para calcular la tarifa, el Convenio de 2006 establece un proxi que va a tener en cuenta la intensidad del uso de la música a efectos de cálculo de la tarifa a abonar en concepto de comunicación pública de fonogramas y la reproducción instrumental para dicha comunicación pública a través de las emisoras de radio. Así, aquellas emisoras que tuviesen una intensidad de uso inferior al 20% tendrían asignado un coeficiente corrector de 0,40 (o 0,43 más adelante) a aplicar sobre la base del canon, aquellas cuya intensidad de uso de la música oscile entre el 20% y el 70% aplicarían un coeficiente corrector de 0,80 y, el resto aplicarían un coeficiente de 1.

Esta corrección, no incluida en el sistema de Tarifas Generales, implica que AGEDI/AIE no han tenido en cuenta el criterio de intensidad de uso respecto de las empresas sometidas al régimen tarifario general, mientras que aquéllas con convenio sí han tenido la posibilidad de que la tarifa se fijara de acuerdo a criterios más acordes con el uso del repertorio gestionado por AGEDI/AIE y la intensidad en cuanto a su utilización.

⁷⁹ Véanse, los párrafos 189, 207, 226, 274 y 275 del PCH. Ello, además queda corroborado por los datos aportados en las propias alegaciones por AGEDI/AIE (folio 3405) en que se muestra que los IBE son superiores (aunque la diferencia no sea muy acusada) a los IBP tanto para Radio Popular S.A. como para Uniprex S.A.U (mientras que ambos coinciden en el caso de Radio Blanca S.A.).

Ello además, hay que ponerlo en relación con el convenio con AERC, en el que además de utilizarse una base del cálculo menor a partir de los ingresos por publicidad, también se aplican criterios para el cálculo de la tarifa basados en el uso efectivo del repertorio, cosa que no sucede en el caso de las Tarifas Generales.

Pero es que, además, el Convenio de 2006 incluía otras minoraciones sobre la base tarifaria que no fueron incluidas en las Tarifas Generales y que no guardan relación con la negociación colectiva, sino con obligaciones que cada centro emisor debía asumir de manera individual.

En este sentido, el Convenio de 2006 recogía una minoración sobre la base del canon del 5% si el centro emisor preparaba y enviaba las liquidaciones a AGEDI/AIE de forma informatizada y estandarizada y otro 5% por presentación desglosada de los fonogramas utilizados.

Estas minoraciones, a las que podían acogerse los miembros de AERC debieron ser elevadas a Tarifas Generales en el momento de su firma, ya que reservar minoraciones en la tarifa de carácter individual a unos centros emisores, cuando esos mismos actos podían estar siendo llevados a cabo por las emisoras que facturaban a través del sistema de Tarifas Generales es discriminatorio entre emisoras y, además, refuerza el carácter inequitativo de las Tarifas Generales de AGEDI/AIE.

No cabe aquí tampoco apreciar la consideración de las partes cuando señalan que los usuarios pudieron cambiarse a la tarifa de uso, toda vez que los descuentos basados en ahorro de costes deben ser aplicados a todos los operadores con carácter general, con independencia del esquema tarifario al que estén acogidos, pues de lo contrario dicho descuento perdería su sentido y dejaría de estar asociado al ahorro efectivo de costes.

Finalmente, el Convenio 2006 establecía un descuento por pertenencia a Asociación que ha implicado una reducción en la base del canon del 20%. La fijación de este porcentaje resulta arbitraria, dado que los cálculos realizados posteriormente por AGEDI/AIE en los que se justifica dicho descuento establecen un porcentaje menor, disminuyéndolo al 13% en sus propuestas posteriores⁸⁰.

Así, la deducción del 20% sobre la cuota resultante por el hecho de pertenecer a la AERC que recoge el Convenio de 2006 (y que se encuentra dentro de los descuentos previstos por AGEDI/AIE en su propuesta de revisión tarifaria así como en el convenio FORTA, con una cuantía del 13%) no encuentra ningún tipo de justificación objetiva.

La mera pertenencia a una asociación no puede considerarse sin más una condición objetiva susceptible de una bonificación. Solamente si la asociación genera mediante sus actuaciones una reducción considerable de los costes de

⁸⁰ Esta deducción se encuentra se encuentra dentro de los descuentos previstos por AGEDI/AIE en su propuesta de revisión tarifaria así como en el convenio FORTA, con una cuantía del 13%.

transacción de cara a la entidad de gestión, se podría considerar que dicho descuento está justificado y ese supuesto estaría contemplado en el “descuento por gestión conjunta de contratos a través de un solo representante del grupo empresarial”, de un 4% igualmente previsto en la propuesta de revisión tarifaria y en el convenio FORTA

Además, no parece que este sea el caso del presente expediente, puesto que cada una de las emisoras de radio tiene que adherirse individualmente al contenido de los convenios alcanzados entre sus asociaciones y AGEDI/AIE.

Por otra parte, la identificación entre el descuento por pertenencia a asociación y el pronto pago se orienta únicamente a justificar la cuantificación del descuento por pertenencia a asociación dadas las dificultades que se encontraron para cuantificar el “ahorro de costes de negociación individual que de otro modo se tendrían que incurrir al entablar una relación directa con una sociedad para determinar sus tarifas” que daría lugar al mismo.

Dicha identificación no está justificada ya que los miembros de una asociación no tienen por qué pagar antes y de hecho han surgido problemas y conflictos con las asociaciones en el pasado que han dado lugar a impagos por parte de sus miembros. Aparte, la lógica subyacente a un descuento por pronto pago es igualmente aplicable a operadores radiofónicos que no sean miembros de una asociación.

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.

Convenio FORTA

Igualmente resulta discriminatoria e inequitativa la configuración y aplicación de la reducción del canon del 35% previsto en el Convenio FORTA, y que únicamente aplicaría a las emisoras de carácter público que forman parte de la citada Federación.

El Convenio de AGEDI/AIE con FORTA, suscrito con fecha 23 de julio de 2012, prevé una deducción por compensación de servicio público que supone una reducción de la base del canon del 35% para las emisoras de naturaleza pública miembros de FORTA. En efecto, tal como ya hemos señalado en los antecedentes de esta resolución, el contrato tipo que acompaña al Convenio FORTA establece la posibilidad de deducir de la base del canon la denominada

“*Compensación por servicio público*”, que supone una deducción de las partidas destinadas a cubrir el cumplimiento de la misión y obligaciones específicas de servicio público que el estatuto legal de la emisora le impone, con un límite del 35% del total de las subvenciones de las emisoras, “*sin perjuicio de su acreditación*” (folios 894 y 895).

Como ya ha señalado la Dirección de Competencia, el problema detectado en la implementación de esta deducción no reside tanto en la existencia de la deducción, que podría estar justificada en la diferente misión que tienen encomendadas las emisoras de carácter público, sino más bien en la configuración y en la aplicación de la misma.

La primera cuestión que permite cuestionar la objetividad de la deducción, se refiere a la limitación de la misma al 35% del total de las subvenciones percibidas por la emisora pública. No resulta razonable, a juicio de esta Sala, fijar una deducción por compensación por servicio público que supone una deducción de las partidas destinadas a cubrir el cumplimiento de la misión y obligaciones específicas de servicio público que el estatuto legal de la emisora le impone, y en cambio, que esta deducción se limite solamente a una parte del total de las subvenciones de las emisoras destinadas al cumplimiento de dichas obligaciones.

AGEDI/AIE han manifestado a lo largo del expediente, que el establecimiento del límite del 35% se debe a razones de seguridad jurídica: “*en un sistema, como el previsto en el Convenio AGEDI-AIE/FORTA, en el que la acreditación de las obligaciones de servicio público se hace a posteriori, se hacía necesario establecer un límite máximo de posible deducción al objeto de impedir que uno de los elementos esenciales del Convenio (como es el importe definitivo de la contraprestación a abonar por los derechos de AGEDI-AIE) quedara totalmente indefinido*” (folios 2163 y 2164).

Sin embargo, a juicio de esta Sala, ello no es una justificación suficiente, máxime cuando es posible implementar sistemas de aplicación de la deducción en su totalidad, por ejemplo, a posteriori.

Por otro lado, otras de las cuestiones que carece de justificación contenida en el sistema aplicado es que, al menos, durante los primeros años de aplicación del convenio FORTA, las emisoras miembros de FORTA se han deducido automáticamente el 35% del total de las subvenciones recibidas, independientemente de su destino o finalidad, y con independencia de la distinta situación y circunstancias de cada uno de los miembros de FORTA. Es decir, las emisoras no han tenido la necesidad de acreditar la existencia de las citadas subvenciones, y ello, pese a que el acuerdo establece un límite del 35% del total de las subvenciones de las emisoras “*sin perjuicio de su acreditación*”.

En efecto, como ya se ha señalado en los hechos acreditados, el límite del 35% para dicha deducción previsto en el Convenio FORTA no ha actuado como tal sino como una deducción del 35% de aplicación automática, ya que si bien el convenio prevé la acreditación del carácter de servicio público de las partidas de

las subvenciones que dieron lugar a las deducciones por servicio público de los miembros de la FORTA, (folios 2400 y 2401), consta en el expediente como AGEDI/AIE han emitido diversas comunicaciones⁸¹ que evidencian la falta de acreditación previa. En dichas comunicaciones se deja patente que la acreditación no ha tenido lugar hasta esa fecha y en mayo de 2014 se indica a los miembros de la FORTA que al no haberse producido la acreditación la deducción dejará de aplicarse a partir de las liquidaciones que se realicen desde el cuarto trimestre de 2013.

Finalmente, en cuanto a la cuantificación de este límite, cabe señalar que éste no se corresponderse con los descuentos propuestos en base a los estudios económicos que AGEDI/AIE han aportado en el expediente de referencia, en los que se cuantifica que el descuento sería de un 30%⁸² *“en función del porcentaje que representen las subvenciones en su financiación”*, y asimismo resulta superior tanto a la deducción fijada en el contrato con RTVE como a los dos países (Francia e Italia) utilizados para realizar una comparativa con España.

Como bien señala la Dirección de Competencia en su propuesta de resolución, este sistema dista mucho del establecido en el contrato con RTVE en que con un gran esfuerzo por parte de ambas partes se ha determinado el porcentaje de las subvenciones recibidas que ha correspondido en los últimos años a la finalidad de servicio público. Dicho porcentaje se ha extrapolado al resto de periodos para ahorrar costes puesto que el proceso de determinación del mismo no es sencillo.

Así pues, mientras que el método de cálculo de la deducción por servicio público prevista en el contrato de AGEDI/AIE con RTVE se ajusta a los principios de equidad y no discriminación, no sucede lo mismo con el sistema acordado para fijar esta deducción por servicio público con los miembros de FORTA.

Además, como se ha acreditado, a diferencia de lo previsto contractualmente, en la práctica el descuento ha sido de aplicación automática en favor de las emisoras de FORTA, al menos durante los primeros años de aplicación de los contratos, lo que habría justificado la admisión por parte de éstas de que la publicidad no fuera el único concepto computable en la base, sentando un precedente de cara a que los IBE sirvieran como base para las tarifas en lugar de los IBP (algo pretendido por AGEDI/AIE a lo largo de todas sus negociaciones con AERC) y, por ello, la eliminación de esa automaticidad en mayo de 2014 ha provocado la respuesta airada de las emisoras de FORTA descrita en los hechos.

De este modo, la deducción descrita, y en particular su modo de aplicación carente de rigor, sí sería un elemento discriminador en favor de los miembros de FORTA respecto a sus competidores, 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

⁸¹ Comunicaciones recogidas en los folios 2620 a 2863.

⁸² Folio 841.

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).

AGEDI/AIE vuelven a alegar que es necesario considerar que la configuración de este descuento y los términos de su aplicación son idénticos a las del Contrato con RNE, cuya conformidad, señalan las partes, ha sido expresamente reconocida por la Dirección de Competencia.

Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado anteriormente la Dirección de Competencia en su propuesta de resolución, en la que señala que existen diferencias sobre el método de cálculo y la aplicación del mismo, tanto en cuanto al establecimiento del método como en lo relativo a su aplicación.

Así, el método descrito por AGEDI/AIE no se ha aplicado a los miembros de FORTA, quienes no han tenido que acreditar que el coste que pretenden deducirse nace efectivamente de una obligación de servicio público, ni la cuantificación de dichas obligaciones. Tampoco se ha determinado el porcentaje que dichas cantidades representan sobre la base de ingresos sobre la que se calcula la tarifa, sino que se ha aplicado por éstos, automáticamente, un porcentaje de deducción del 35% de las subvenciones totales recibidas por las emisoras en sus facturaciones. De hecho, como señala la Dirección de Competencia, la deducción ha dejado de aplicarse en las liquidaciones practicadas desde el cuarto trimestre de 2013 (hecho que se comunica por AGEDI/AIE a los miembros de FORTA en mayo de 2014), pero sí se ha aplicado sin ningún tipo de acreditación en periodos de vigencia previos, desde el 1 de enero de 2009, momento a partir del que se ha aplicado retroactivamente este convenio.

Estas diferencias han tenido consecuencias prácticas, tal y como han indicado AGEDI/AIE, ya que al requerir a los miembros de FORTA la acreditación de las partidas afectas por dicha deducción para poder revisar la facturación por los derechos gestionados por estas entidades, se han encontrado con la negativa de éstos a comunicar la información y con un Conflicto entre AGEDI/AIE y los miembros de FORTA.

Es cierto que ha existido por parte de AGEDI/AIE un esfuerzo importante de cara a lograr la acreditación de las mencionadas partidas mediante comunicaciones desde diciembre de 2013, pero también debe señalarse que, en caso de haberse utilizado la metodología empleada en el Contrato con la Corporación de RTVE, muy probablemente no se habrían dado las dificultades existentes en la actualidad respecto a la acreditación de las partidas mencionadas anteriormente.

Por otro lado, las entidades consideran que debe tenerse presente que el descuento aplicado a los miembros de la FORTA se encuentra previsto en un marco tarifario (el resultante del Informe NERA, y plasmado en el Convenio FORTA Radio 2012 y el Convenio con RNE de 2014) que no ha sido aceptado por la AERC. Por ello, entienden que sólo en el supuesto de que a la AERC le

resultara de aplicación la misma tarifa que a la FORTA y RNE, cabría entrar a valorar si, dentro de esa misma tarifa, se ha producido algún tipo de discriminación entre ambos tipos de usuarios.

En este sentido, cabe incidir nuevamente que esta Sala no cuestiona la existencia del descuento en sí mismo considerado, sino más bien la configuración y la aplicación de la mismo a los miembros de FORTA, por lo que no resulta relevante, a juicio de esta Sala, el hecho de que AERC hayan tenido la posibilidad de disfrutar o no de otros descuentos, que por otro lado, no podrían sustentarse en obligaciones de servicio público ni en las características aplicadas a los miembros de 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.

c) Cláusulas de parte más favorecida

Otro elemento discriminatorio contenido en los convenios de AERC, FORTA y en el acuerdo de RTVE, pero no así en las Tarifas Generales, se refiere a la cláusula de parte más favorecida, que permite a las emisoras acogerse a mejoras negociadas por AGEDI/AIE con otras emisoras comerciales (caso de AERC) o usuarios (caso de FORTA y RTVE).

En este caso, además de las diferencia con las Tarifas Generales, se produce una clara distinción entre el convenio FORTA y el convenio AERC, que favorece al primero. El Convenio de 2006 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 analizan el resto de contratos obrantes en el expediente (FORTA y RTVE), 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”.

A juicio de esta Sala, el distinto ámbito subjetivo al que AGEDI y AIE aplican la cláusula de parte favorecida sitúa en una posición más beneficiosa a las emisoras radiofónicas públicas que a 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.

AGEDI/AIE consideran que no cabe apreciar discriminación toda vez que la aplicación del Convenio AERC y del Convenio FORTA no han coincidido temporalmente. Sin embargo, esta Sala no puede acoger favorablemente tal consideración, si tenemos en cuenta que la aplicación del Convenio FORTA y del Convenio de 2006 sí que es concurrente en el tiempo, ya que el Convenio FORTA se aplica con carácter retroactivo desde el 1 de enero de 2009, tal como se ha señalado en los hechos probados de la presente resolución (folio 886).

d) La revisión tarifaria realizada por AGEDI/AIE

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 AERC⁸³ 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.

Un análisis comparativo de lo que efectivamente han venido pagando las entidades asociadas a la AERC y lo que implica pagar conforme a las nuevas tarifas –insistimos ya aplicadas de facto–, según los cálculos efectuados por la Dirección de Competencia, refleja una tasa de variación que oscilaría entre los 57,69 puntos porcentuales para aquellas emisoras cuya intensidad de uso de contenido musical se sitúa por debajo del 20% y el 194,32% para aquellas emisoras de radio cuya intensidad de uso de contenido musical es mayor (superior al 80%).

El análisis evidencia que las nuevas tarifas resultan ser desproporcionadas e inequitativas.

Las razones de este incremento derivan del cambio de diseño tarifario efectuado por ambas entidades de gestión con base en diversos informes económicos y en las propias negociaciones con FORTA.

En efecto, AGEDI/AIE, en línea con lo acordado con FORTA en el año 2012, pretenden modificar la base del canon en el que se basaba la tarifa derivada del Convenio de 2006 (IBP) y pasar a configurar los IBE como base para el cálculo definitivo de la tarifa a pagar por los distintos operadores de radio. AGEDI/AIE no sólo han modificado los criterios para determinar la base económica sobre la cual se aplicará el porcentaje que debe abonar la emisora de radio, sino que también ha incrementado significativamente estos porcentajes.

⁸³ Según AERC, el Convenio de 2006 tenía por objeto regular tres tipos de derechos: el derecho exclusivo de comunicación pública, el derecho de remuneración equitativa y el derecho de reproducción técnica o instrumental. Sin embargo, de los tres derechos que contemplaba el Convenio de 2006, el derecho exclusivo de comunicación pública fue derogado por la Ley 23/2006, de 7 de julio, y por tanto, no existe en la actualidad (folio 4205).

Se ha producido además una minoración de las bonificaciones que hasta ese momento los miembros de AERC venían disfrutando como consecuencia del Convenio de 2006. En este sentido, las deducciones por autoliquidación y declaración de fonogramas que bajo el anterior sistema se habían valorado en un máximo del 10%, actualmente se valoran en un máximo del 8%, sin que se haya aportado una explicación suficientemente justificada del porqué de ese menor valor de los costes de transacción actualmente que en el año 2006.

En una misma línea, el anterior Convenio firmado entre AGEDI/AIE y AERC establecía un descuento por pertenencia a Asociación que implicaba una reducción en la base del canon del 20%, mientras que bajo el actual marco de propuesta tarifaria, esta minoración se sustituye por otra del 13% también por pertenencia a Asociación y asimilada al cumplimiento de obligaciones de pronto pago.

El incremento de los porcentajes a aplicar a la base y la minoración de ambas bonificaciones, en principio no justificada, conlleva el aumento del importe efectivo a pagar por los miembros de AERC.

Esta falta de justificación se mantiene por parte de AGEDI/AIE en la tarifa materializada en el acuerdo con FORTA y que, sin ser general desde un punto de vista formal, ya se viene aplicando con tal carácter a numerosos operadores de radio.

Además, teniendo en cuenta lo manifestado por AGEDI/AIE en el expediente (folio 814), este problema persistiría con el nuevo modelo tarifario que progresivamente se está implantando, ya que los descuentos por pronto pago, autoliquidación y declaración de fonogramas serán de aplicación para las emisoras de radio particulares, pero la proporción exacta de los mismos se determinará negociando con las distintas emisoras de radio particulares

Ello implica que, de nuevo, AGEDI/AIE van a estar en condiciones de discriminar de forma injustificada a unos usuarios frente a otros, lo que a su vez tendría efectos sobre la dinámica competitiva en los mercados radiofónicos aguas abajo.

En efecto, si se analiza el contenido del Convenio FORTA se observa cómo AGEDI/AIE ya han establecido un tope máximo a los descuentos de los que se beneficiarán las emisoras radiofónicas pertenecientes a FORTA por el mero hecho de la negociación colectiva mantenida entre las entidades de gestión citadas y la Asociación y, sin embargo, el monto total de estos descuentos no se ha trasladado a las Tarifas Generales que las entidades de gestión están aplicando actualmente a determinadas emisoras de radio.

El inmovilismo del sistema de Tarifas Generales se observa no sólo en la falta de traslado de los descuentos, sino también en el hecho de que el Convenio FORTA (y también el contrato firmado con RTVE) ha establecido una cláusula de parte más favorecida que actúa como cláusula de cierre del sistema que también se prevé en el Convenio 2006.

Esta cláusula de cierre se ve favorecida por la falta de transparencia del sistema tarifario establecido por AGEDI/AIE ya que, si bien cabría la hipotética posibilidad de que los usuarios que actualmente pagan en concepto de comunicación pública de fonogramas y de reproducción instrumental de los mismos para dicha comunicación pública mediante emisoras de radio a través de las Tarifas Generales pudieran beneficiarse de descuentos, hasta ahora sólo aplicados a los miembros de las Asociaciones sectoriales con acuerdos con AGEDI/AIE, la falta de información acerca de la cuantía exacta de la que se benefician otros usuarios y los conceptos por los cuales se les aplican esas bonificaciones tarifarias, mantiene la desigualdad entre unos usuarios y otros.

En relación con esta conducta, AGEDI y AIE han alegado que cuando el usuario no ha aceptado la nueva tarifa propuesta, AGEDI/AIE no han impuesto en ningún caso dicha tarifa y ni siquiera han interpuesto ninguna demanda judicial o iniciado ningún otro tipo de acción tendentes a obtener su aplicación en contra de la voluntad del usuario. En este sentido, las entidades consideran que en ausencia de imposición de esta propuesta tarifaria, sólo cabe concluir que no concurre uno de los elementos esenciales del tipo de abuso de posición de dominio en el presente asunto consistente en que la empresa en posición de dominio lleve a cabo prácticas de “imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos” (artículo 2.2 a) LDC y 102.a) TFUE).

Sin embargo, esta Sala considera que el hecho de que los miembros de FORTA, RTVE y determinados operadores previamente acogidos a Tarifas Generales hayan aceptado sus términos no confiere necesariamente un carácter equitativo a dicha tarifa, máxime dada la posición de dominio de AGEDI/AIE en el mercado analizado, la ausencia de otras alternativas para dichos usuarios de cara a acceder a un input esencial para su actividad como son los derechos de propiedad intelectual gestionados por estas entidades, así como la falta de transparencia sobre las condiciones que se venían aplicando a otros usuarios (por ejemplo, los miembros de AERC).

Y en cualquier caso, la “imposición” de las tarifas no es un elemento esencial para calificar la infracción, tal como ha señalado anteriormente esta Autoridad de Competencia, así como los tribunales⁸⁴.

Por otro lado, AGEDI y AIE consideran que, de conformidad con la jurisprudencia, únicamente cabe considerar que una tarifa es inequitativa cuando resulta notablemente más elevada que la que se aplica en los restantes Estados Miembros, circunstancia, según señalan, que en ningún momento se considera ni acreditada en el PCH, ni en la Propuesta de Resolución.

⁸⁴ Véase al respecto, la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 13 de julio de 2006 (Expte. 593/05 Televisión), la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de enero de 2004 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006.

Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado la Dirección de Competencia en su propuesta de resolución, en la que en alusión a la jurisprudencia comunitaria⁸⁵ considera que los informes presentados por AGEDI/AIE para justificar que la subida de precios no coloca a España en una posición de país caro en relación con el resto de países analizados, carece de base homogénea, por los siguientes motivos⁸⁶:

- a) En los informes subyace, tanto de la comparación internacional realizada como del modelo económico-teórico desarrollado, el supuesto de que el nivel de ingresos de la radio está directamente relacionado con la intensidad de uso de la música, cuando esto puede no ser así y, de hecho, tal y como se ha acreditado, no ha sido así en el mercado español.
- b) En la mayoría de países utilizados en la comparativa las tarifas se establecen en función de los ingresos de las emisoras, mientras que el sistema actual español lo hace en función de la intensidad de uso de la música.
- c) La comparativa internacional realizada no tiene en cuenta las radios públicas ni las radios locales, por tener un sistema tarifario distinto y por existir exenciones especiales.
- d) El informe no ha tenido en cuenta características como la renta per cápita o las similitudes socioculturales de cara a la selección de la muestra de países para la comparación realizada o la ponderación de los datos.
- e) El análisis parte de un supuesto arriesgado, la identificación de ingresos brutos con ingresos publicitarios. Sin embargo, como hemos visto en la facturación de las radios miembros de AERC, se han venido utilizando los ingresos publicitarios.
- f) En relación con el modelo económico-teórico de valoración de la música propuesto por AGEDI/AIE debe señalarse (aparte del supuesto de partida antes citado) que éste parte de un contexto de *willing buyer-willing seller* en que uno de los supuestos clave es que ninguna de las partes tiene poder de mercado para variar los precios unilateralmente, supuesto radicalmente contrario a la realidad con la que se pretende contrastar el resultado, al tener las entidades de gestión mencionadas posición de monopolio en el mercado español de gestión colectiva de los derechos afectados analizados en esta resolución.
- g) Los datos utilizados se basan en el periodo 2005-06, aunque los ingresos corresponden sólo a 2006. Asimismo, los resultados se basan en datos financieros agregados mientras que el cálculo por partidas de costes desagregadas se haga utilizando el modelo canadiense, lo que puede provocar sesgos.
- h) Otros aspectos criticables al modelo utilizado por AGEDI/AIE serían el hecho de que no tome en consideración el efecto promoción que puede

⁸⁵ Sentencia de 13 de julio de 1989, Lucazteau y Tournier.

⁸⁶ Véanse folios 3780 a 3789 de la Propuesta de Resolución.

tener la radio sobre las ventas de música (aunque la existencia simultánea de un efecto sustitución y la imposibilidad de determinar su cuantía y cual predomina puede explicar su exclusión del modelo), o el tipo de uso del repertorio que se esté realizando (incidental, secundario o principal), por lo que no se tiene en cuenta que, en ocasiones, la emisión de contenidos musicales se solapa con otros contenidos (música de fondo en la locución) lo que puede conducir a una sobreestimación del valor de la música.

- i) También resultan llamativos algunos aspectos en relación con la metodología de cálculo de los descuentos propuestos, como por ejemplo el hecho de que para el cálculo de los descuentos se tengan en cuenta datos de radios privadas y públicas tanto autonómicas como nacionales, cuando, como se ha visto, para la comparación internacional y el modelo no se tienen en cuenta más que datos de radios privadas y no locales.

En conclusión, como puede observarse, el informe de AGEDI/AIE, si bien es loable la utilización del análisis económico en estas cuestiones, no constituye una metodología válida capaz de reflejar el valor económico de los derechos de reproducción instrumental y de comunicación pública de los fonogramas utilizados por los operadores radiofónicos y, por tanto, el incremento tarifario propuesto por AGEDI/AIE en base dicho informe no se encuentra justificado.

Conviene destacar que la subida tarifaria propuesta en base al modelo utilizado es mayor que la prevista en función de la comparativa internacional, lo que según el citado informe se debería a que en otros países se paga poco por el uso de la música.

Esta afirmación no se encuentra respaldada y resulta tan válida como aquella que diga que en España se paga un precio equitativo y que es en otros países donde se paga mucho, especialmente teniendo en cuenta las acusadas diferencias existentes entre determinados países como Austria o Suecia, que pagan un 4% de los ingresos publicitarios, y otros como Italia, en que se paga un 1,5% y además existen descuentos.

Además, dicha subida supone pasar de ocupar las últimas posiciones en el ranking a estar entre los tres primeros⁸⁷, sin tener en cuenta otros elementos como el nivel de renta per cápita en España, o el nivel de ingresos de las emisoras en nuestro país respecto a los de nuestro entorno, de cara a ajustar los valores.

Por ello, si se aumentaran todas las tarifas, tal y como se propone, España pasaría a ser un país caro en relación con la media de la UE15 junto a Canadá y Australia, aumentándose el diferencial existente con la media conforme aumenta la intensidad de uso de la música.

⁸⁷ Si se aumentan las tarifas de forma generalizada conforme a lo propuesto, España pasaría de ocupar entre el undécimo y el decimotercer puesto a ser entre el segundo y el cuarto país más caro en relación con la muestra analizada, para los tres tamaños de emisora por ingresos y en función de la intensidad de uso de la música.

Así pues, las nuevas tarifas suponen un significativo aumento respecto a las aplicadas previamente a los operadores radiofónicos comerciales miembros de AERC, especialmente aquellos que hacen un uso más intensivo de los fonogramas (es decir, aquellos usuarios más dependientes de los derechos gestionados por AGEDI/AIE) sin que este aumento se encuentre objetivamente justificado, ni por cambios en el modelo de negocio de las radios desde la firma del Convenio de 2006 a la actualidad que permitan asumir que el valor de uso de los fonogramas para las radios ha variado, ni por cambios en el repertorio gestionado por AGEDI/AIE en dicho sentido.

c) CONCLUSIÓN SOBRE EL ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO

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 un 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 CNC⁸⁸ 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 disponibilidad⁸⁹.

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 CNC⁹⁰ 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 una 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

⁸⁸ RCNC de 23 de julio de 2009, de 23 de febrero de 2011 y 14 de junio de 2012

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2009 (Sentencia nº 55/2009 (Sala de lo Civil) –TELECINCO–AIE

⁹⁰ Resolución de 3 de julio de 2012 (Expte. S/0220/10 SGAE).

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”*.

En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 5 de febrero de 2009 (recurso 378/2006), en relación con la discriminación que se deriva de un trato desigual entre tarifas individuales y negociadas, dejó señalado lo siguiente:

“En suma, el establecimiento de tarifas más gravosas para los productores individuales que para aquellos que se presentan como asociados, en la medida en que, por una parte, se imponga con carácter unilateral que haga imposible o muy difícil una real negociación y, por otra parte, tenga carácter discriminatorio y, por ello, contrario al principio de igualdad, debe considerarse que conculca el mandato de razonabilidad contenido en el artículo 157 a) LPI y, por ende, determina la nulidad de las cláusulas contractuales que vulneran de este modo los límites impuestos por la ley al principio de autonomía de la voluntad, a los que se refiere expresamente el artículo 1256 CC. Como se ha demostrado existe una diferencia desproporcionada entre los que deben pagar las asociaciones y las tarifas generales que pagan el resto de emisoras no pertenecientes a ningún colectivo”.

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 dominio⁹¹.

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. Sirva de ejemplo, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2008 (asunto C-52/07), en la que pone de manifiesto la desventaja competitiva que este trato desigual puede ocasionar en el mercado a una emisoras frente a otras.

⁹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2008 *Kanal 5/ STIM* (Asunto C-52/07 Rec, 2008, p. I-9275), apartado 48 de la Sentencia.

“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”.

Finalmente, se ha podido acreditar que las nuevas tarifas que AGEDI/AIE ya se están aplicando pese a no estar todavía aprobadas, y han resultado ser abusivas por su carácter inequitativo, al haberse producido un aumento desproporcionado si tenemos en cuenta que no se han producido cambios en el modelo de negocio de las radios desde la firma del Convenio de 2006 a la actualidad, que permita asumir que el valor de uso de los fonogramas para las radios ha variado, ni se ha constatado un aumento en el repertorio gestionado por AGEDI/AIE en dicho sentido.

En definitiva, en las conductas analizadas, han concurrido los elementos que la jurisprudencia⁹² 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.

4.2.- Duración de la conducta y prescripción

⁹² La Sentencia de 7 de abril de 2009 y (de la misma Sala en Pleno) de 13 de diciembre de 2010.

Nos encontramos en el presente expediente ante una infracción única y continuada de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE, consistente en el diseño e implementación por AGEDI/AIE de condiciones discriminatorias e inequitativas en las tarifas aplicadas a las emisoras de radio por el uso de fonogramas, que se inicia el 20 de septiembre 2006, con la firma del Convenio con AERC, y se determina su finalización, a efectos de este expediente, el 31 de diciembre de 2014, un día antes de la entrada en vigor de la nueva Ley 21/2014, de 4 noviembre, que modifica la LPI.

Además, las Tarifas Generales publicadas en 2012 llevarían en vigor desde tiempo atrás, y se encontraban pendientes de modificación al menos desde el ejercicio 2010, año en el que se informó al Ministerio de Cultura de la situación de negociación de nuevas tarifas que se materializaría una vez se alcanzase un acuerdo con los operadores de radiodifusión afectados (folio 660).

A los efectos de este expediente, se considera la fecha de finalización de las conductas el día 31 de diciembre de 2014, toda vez que con la entrada en vigor de la nueva LPI, se modifica, por una parte, la regulación de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (CPI) ampliando sus competencias en relación con la determinación de tarifas. Por otra parte, el artículo 157 de la LPI establece como criterios de determinación de las Tarifas Generales el valor económico de la utilización de los derechos, así como el grado de uso efectivo y la intensidad y relevancia del uso del repertorio, entre otros.

Asimismo, es de esperar que con la adición del artículo 158.bis se solucionen situaciones de disenso tan prolongadas en el tiempo como la que ha tenido lugar en este caso, ya que, en caso de no existir acuerdo en el plazo de seis meses desde el inicio formal de la negociación, la propia Sección Primera de la CPI establecerá los importes de remuneración, la forma de pago y demás condiciones necesarias para hacer efectivos los derechos de gestión colectiva obligatoria y los derechos de remuneración sobre los derechos de gestión colectiva voluntaria

Teniendo en cuenta lo anterior, el análisis de las conductas objeto del presente expediente no debe extenderse más allá del 1 de enero de 2015, ya que es presumible que el nuevo marco regulatorio puede poner fin a los problemas de competencia detectados en el presente expediente a partir de dicha fecha.

En este sentido, procede desestimar las alegaciones de AERC en las que considera que la conducta debe prolongarse a 2015, ya que como se ha señalado en el año 2015 han entrado en vigor las modificaciones de la LPI que introducen un nuevo escenario en el sistema tarifario de gestión de derechos de propiedad intelectual que no han sido objeto de análisis en este expediente.

AGEDI/AIE consideran que la conducta relacionada con el Convenio de AERC habría prescrito. En este sentido, entienden que el día inicial para el cómputo del periodo de prescripción de la infracción derivada del Convenio con AERC debe ser el día 20 de septiembre de 2006 (fecha de la firma del Convenio), por lo que la infracción habría prescrito el día 20 de septiembre de 2010, dado el transcurso de

los cuatro años que establece la Ley sin que la CNC hubiese llevado a cabo ninguna actuación susceptible de interrumpir el plazo de prescripción. Subsidiariamente, las entidades señalan que en caso de considerar que el *dies a quo* del plazo de prescripción pudiera ser el 31 de diciembre de 2009 (fecha en que dejó de aplicarse, según señalan, el Convenio de 2006), la supuesta práctica habría prescrito igualmente el 31 de diciembre de 2013, fecha, según señalan, muy anterior a cualquier investigación llevada a cabo por la Comisión Nacional de Competencia.

Esta Sala disiente de la consideración realizada por las entidades en sus alegaciones.

El artículo 68 de la LDC señala que *“las infracciones muy graves prescribirán a los cuatro años, las graves a los dos años y las leves al año. El término de la prescripción se computará desde el día en que se hubiera cometido la infracción o, en el caso de infracciones continuadas, desde el que hayan cesado”*.

El tenor literal del artículo citado es claro al señalar que en el caso de infracciones continuadas, como es la presente, el *dies a quo* a tener en cuenta para el cómputo del plazo de prescripción se refiere al momento en que cesa la infracción.

Corrobora tal afirmación la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de noviembre de 2013 (2736/2010), cuando en relación con la prescripción de las infracciones prevista en la normativa de competencia, señala lo siguiente:

“En el ámbito del Derecho Penal, de donde procede la construcción de la infracción continuada, la Sala 2ª del Tribunal Supremo viene señalando que el cómputo de la prescripción de los delitos continuados no se inicia hasta la realización del último de los actos integrantes de la continuidad delictiva. Así resulta reconocido en la sentencia de 30 de septiembre de 2008 (recurso 2305/2007, de la Sala 2ª); y es doctrina jurisprudencial reiterada que en la hipótesis de continuidad delictiva el cómputo del plazo en prescripción no empieza hasta la realización del último acto integrante de esa cadena de actuaciones obedientes al mismo y único plan concebido por el sujeto agente. El punto de partida o días a quo para el cómputo del tiempo de prescripción, aun tratándose de delito continuado empieza cuando se termina la actuación dolosa enjuiciada. Por consiguiente, el momento inicial no se altera por tratarse de una infracción continuada, pues la última de las torpes actuaciones del acusado será la que cuente. [...]”

La aplicación de las condiciones del Convenio de 2006, y por ende los efectos de éste, se extendieron, al menos, hasta finales de 2010, periodo en que los pagos efectuados por los miembros de AERC se consideran como definitivos, sin que quepa excluir los años 2011 a 2012, dado que la facturación de los mismos aún está pendiente de decidirse si se considera definitiva, tal y como se ha ofertado por AGEDI/AIE a AERC en febrero de 2015 (folio 3439).

Si bien podría pensarse que estas tarifas ya no son aplicables una vez expirado el convenio, debe tenerse en cuenta que, a la luz de los datos aportados en el expediente sancionador de referencia (folio 661), los pagos que las emisoras de radio comercial asociadas a AERC han efectuado, al menos hasta el año 2010, lo han hecho en aplicación del Convenio de 2006⁹³. La consideración de dichos pagos como pagos definitivos o a cuenta ha sido, precisamente, objeto de negociación entre las partes (folios 239, 243, 345 a 348 entre otros). En este sentido, parece haber existido un acuerdo por el que las cantidades satisfechas en 2010 se consideren como un pago definitivo, quedando como pago a cuenta los ejercicios 2011 a 2014 (folio 164).

De hecho, las propias AGEDI/AIE han afirmado que "*AERC viene pagando lo previsto en el Convenio de 2006 desde la fecha de expiración de éste (31 de diciembre de 2009)*" (Folio 2179).

Sin perjuicio de lo señalado, la conducta relativa al Convenio entre AGEDI/AIE y AERC debe considerarse, por tanto, al menos, desde el 20 de septiembre de 2006 y hasta, al menos, diciembre de 2010, por lo que el plazo a considerar para la prescripción debe ser el 31 de diciembre de 2014 y no de 2013 como señalan las partes.

Subsidiariamente, las partes señalan que aun considerando el día 31 de diciembre de 2010 como *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción, igualmente la conducta habría prescrito, por cuanto la misma se habría incorporado al expediente en virtud de la ampliación de la incoación de fecha 18 de febrero de 2015, y por consiguiente habría transcurrido el plazo de 4 años previstos en la Ley. Las partes consideran que los requerimientos de información previos realizados a AGEDI/AIE en relación con esta cuestión no son actuaciones que permitan a las partes un conocimiento formal tendente al cumplimiento de la LDC, tal como prevé el artículo 68 de la LDC.

En relación con ello, esta Sala considera nuevamente errónea la interpretación realizada por AGEDI/AIE sobre el alcance del concepto "*conocimiento formal del interesado*" previsto en el apartado tercero del artículo 68 de la LDC.

Está plenamente admitido que cualquier acto formal llevado a cabo por la CNMC frente a una empresa anterior a la incoación del expediente, que permita a ésta conocer la existencia de unos hechos que pueden desembocar en un procedimiento sancionador, debe ser considerado un acto susceptible de interrumpir la prescripción.

Sirva, en este sentido, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 12 de mayo de 2011, donde en su fundamento Cuarto, haciéndose eco de lo que constituye constante jurisprudencia, se afirma que "*Esta*

⁹³ La consideración de dichos pagos como pagos definitivos o a cuenta ha sido objeto de debate entre las partes de la negociación, siendo uno de los elementos esgrimidos por ambas partes de cara a alcanzar un acuerdo (folios 239, 243, 345 a 348 entre otros). En este sentido, parece haber existido un acuerdo por el que las cantidades satisfechas en 2010 se consideren como un pago definitivo, quedando como pago a cuenta los ejercicios 2011 a 2014 (folio 164).

Sala entiende, con la CNC, que la prescripción se interrumpió tanto el día 27 de junio de 2006, en que se realiza la primera inspección, como el día 26 de junio de 2007 en que se inicia la segunda inspección, tratándose en ambos casos de actuaciones de investigación, tendentes a averiguar si se ha cometido una conducta contraria a la LDC realizadas con conocimiento formal del administrado, y ello aunque tuvieran lugar antes de iniciarse formalmente el expediente, sin que el hecho de que entre ellas transcurriera más de un mes determine la invocada prescripción”.

Los requerimientos de información, al igual que sucede con las inspecciones, son instrumentos jurídicos puestos a disposición de esta Comisión para facilitar la investigación sobre la existencia de una posible infracción de las normas de competencia. Como es lógico, cuando se lleva a cabo una inspección o se realiza un primer requerimiento de información, la Dirección de Competencia no puede tener la certeza de la existencia de una infracción. Es precisamente por esta razón que se le dota de estos instrumentos para poder conocer con la mayor precisión posible la existencia de unos hechos que le permitan iniciar un procedimiento formal por las infracciones de las normas de competencia. Pero ello, no es óbice para aceptar que esta actuación previa ya supone que la parte requerida o inspeccionada se da por enterada de la existencia de una actividad de la CNMC frente a una infracción que la empresa ha podido cometer.

En este caso, nos encontramos ante una serie de requerimientos de información realizados a AERC en los meses de febrero, abril, junio y septiembre de 2014, una vez iniciado el procedimiento sancionador, y de los que la Dirección de Competencia concluye la existencia de nuevos hechos susceptibles de infracción, por lo que decidió ampliar la incoación con fecha 20 de febrero de 2015.

Por todo lo anterior, la conducta dimanante del convenio de 2006 no se encuentra prescrita, tal y como pretenden AGEDI/AIE. La infracción no prescribió el 20 de septiembre de 2010 (cuatro años después de la firma del citado convenio), pues éste surgió efectos al menos hasta el 31 de diciembre de 2010, y los requerimientos de información a AGEDI/AIE que permitieron la ampliación de la incoación se realizaron antes del 31 de diciembre de 2014.

4.3.- Efectos en el mercado

Como bien señala la Dirección de Competencia en su propuesta de resolución, las tarifas diseñadas y aplicadas por AGEDI y AIE en estos últimos años han distorsionado la competencia en los mercados aguas abajo en los que los operadores de radio actúan como oferentes, en la medida en que algunos sufren una desventaja competitiva frente al resto en un contexto en que todos ellos compiten por la audiencia y, en función de ella, muchos de estos operadores radiofónicos obtienen publicidad, principal fuente de financiación para los operadores radiofónicos comerciales y una de las fuentes de financiación de los operadores miembros de FORTA.

La falta de ofrecimiento de las condiciones del Convenio de 2006 a los operadores radiofónicos comerciales que facturan conforme a las Tarifas Generales ha causado un claro perjuicio a estos operadores, quienes al tener un margen de negociación más reducido frente a AGEDI y AIE, se han visto obligados a aceptar peores condiciones de las que podrían haberle sido de aplicación, si lo comparamos con los miembros de AERC.

Como ya hemos señalado a lo largo de esta resolución, este trato desigual entre emisoras de radio se ha materializado en el mayor importe que las emisoras sometidas a Tarifas Generales han tenido que pagar con respecto a los asociados a AERC, por unos servicios idénticos. Así, mientras que los importes pagados por las primeras (Tarifas Generales) fueron del 2,97% o al 6,94% de los IBP, el de las emisoras de la AERC fueron del 1,19% al 1,34% de los IBP.

Por otra parte, la configuración de determinados descuentos y bonificaciones de estas tarifas tienen un carácter discriminatorio en la medida en que no se encuentran justificados y, en el caso de las deducciones por obligaciones de servicio público previstas en el Convenio FORTA, carecen de los elementos necesarios para su adecuación a la normativa de competencia.

De este modo, la deducción descrita en favor de los miembros de FORTA respecto a sus competidores, que les permitiría reducir la base de la tarifa en un 35%, ha supuesto que los miembros de FORTA hayan 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).

Finalmente, las nuevas tarifas diseñadas por AGEDI/AIE suponen un incremento sustancial de aquellas que venían pagando los usuarios miembros de AERC, que habría supuesto una tasa de variación que oscilaría entre los 57,69 puntos porcentuales para aquellas emisoras cuya intensidad de uso de contenido musical se sitúa por debajo del 20%, y el 194,32% para aquellas emisoras de radio cuya intensidad de uso de contenido musical es mayor (superior al 80%).

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.

AGEDI/AIE consideran que en la medida que todas las tarifas se han aceptado libremente por los distintos usuarios y no se han impuesto tarifas a ninguno de

ellos, no se puede sostener que dichas tarifas hayan perjudicado a ningún operador.

Sin embargo, tal aseveración no puede ser aceptada por esta Sala, toda vez que supondría considerar que las entidades de gestión actúan en un mercado en plena competencia y no en una situación de posición de dominio y monopolio legal. En dicha situación y como ya se ha señalado, las tarifas aplicadas por las entidades de gestión AGEDI/AIE han diferido sin justificación objetiva en función de la pertenencia o no a una determinada asociación, lo que supone un sistema tarifario heterogéneo y carente de libertad de elección por parte de las emisoras.

Aparte de disfrutar de una posición de monopolio en la que la normativa de competencia les obliga a actuar con especial responsabilidad, el poder de mercado de AGEDI/AIE se ve reforzado por el hecho de 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.

Así, por un lado, para las emisoras que pagan conforme a Tarifas Generales, teniendo en cuenta que estas tarifas son aprobadas unilateralmente por las entidades de gestión, cuyo poder de mercado es indudable, y su aplicación se realiza, como ha señalado la Audiencia Nacional⁹⁴, mediante contratos de adhesión, el poder de negociación de las tarifas por las emisoras es prácticamente nulo. Es cierto que las entidades radiofónicas podrían verse en la necesidad de asociarse a una asociación para obtener tarifas negociadas con alguna ventaja justificada, pero, como ha señalado el Tribunal Supremo⁹⁵, entonces estaríamos ante un caso de imposición indirecta de la obligación de integrarse en una asociación para obtener un trato más favorable, lo que sería contrario al "*derecho fundamental de asociación, en su vertiente negativa*".

Por su parte, en el caso de las ventajas injustificadas obtenidas por las emisoras de radio de carácter público, cabe reseñar que teniendo en cuenta que el beneficio se obtiene en atención a la condición pública de la emisora, éste resulta inaccesible para el resto de emisoras que no tienen tal carácter.

Tampoco cabe apreciar, como ya hemos señalado, la alegación de las entidades en las que indican que han dado oportunidad a dichos usuarios de pasarse a una tarifa por uso, en referencia a la oferta a todos los operadores de radio de las

⁹⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 5 de febrero de 2009 (recurso 378/2006).

⁹⁵ Sentencia de 22 de diciembre de 2008 en el recurso de casación 2951/2002.

nuevas tarifas por uso de AGEDI/AIE una vez suscrito el Convenio FORTA, ya que estas tarifas por uso ofertadas a terceros no son las previstas en el Convenio de 2006. En particular, ha existido un desfase de seis años en la oferta efectiva de tarifas por uso a terceros acogidos a la tarifa general aprobada por AGEDI/AIE en gran parte del periodo temporal investigado.

En definitiva, los efectos de la conducta resultan evidentes, si tenemos en cuenta que las emisoras han venido pagando mayores tarifas en función de su condición de integrantes o no en una determinada asociación, lo que permite considerar la existencia de una conducta abusiva llevada a cabo por las entidades de gestión con claros efectos discriminatorios y desproporcionados frente a las emisoras de radio. Y en este contexto, no cabe admitir, como pretenden AGEDI/AIE, a los efectos de excluir el impacto negativo de la conducta en el mercado, la concurrencia de la libre voluntad de las partes para llevar a acuerdos, toda vez que las Tarifas Generales son la única vía posible que tienen aquellas emisoras de radio no adheridas a alguna asociación empresarial para poder rentabilizar su negocio por medio de un input que para ellas es esencial, como es el uso de fonogramas, cuyo repertorio queda en su totalidad en manos de las entidades AGEDI y AIE. Y las Tarifas Generales objeto de este expediente han resultado ser más gravosas que las tarifas acordadas entre AGEDI/AIE con las asociaciones citadas en esta resolución.

4.4.- Responsabilidad de las empresas

Esta Sala considera que son responsables de la infracción a la que hace referencia la presente resolución, la entidad ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y la entidad ARTISTAS, INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE).

En la medida que AGEDI/AIE han actuado como una unidad económica en la gestión de los derechos sobre fonogramas afectados por el presente expediente, como consecuencia de la creación del órgano de recaudación conjunta, ambas entidades deben ser consideradas responsables de la infracción única y continuada de la LDC acreditada en el presente expediente.

Habiendo quedado acreditadas y calificadas las conductas contrarias a la LDC e identificados sus responsables, el artículo 63.1 de la LDC condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de multas por parte de la Autoridad de Competencia a la concurrencia en el sujeto infractor de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada.

De acuerdo con lo anterior, el reproche administrativo no queda limitado a los supuestos en los que concurre dolo, sino que es extensible a aquellos supuestos en los que el sujeto agente de la infracción actúa a título de simple negligencia.

Se entiende que el sujeto es culpable si la infracción es consecuencia de una acción u omisión imputable a su autor por malicia o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable (entre otras, así lo exponen la Sentencia de la Sala del

Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1990, y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1994). En cuanto a la extensión del ámbito del concepto de culpa es ilustrativa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 28 de noviembre de 1994 (Fundamento de Derecho Quinto):

“Asimismo se alega la inexistencia de culpabilidad a título de dolo o culpa. Pero es evidente que el incumplimiento por la Empresa de medidas de obligada observancia constituye al menos una negligencia y, como tal, debe ser calificada de conducta culposa.”

Así las cosas, la culpabilidad de las empresas en la comisión de la infracción aquí sancionada resulta, a juicio de esta Sala, incuestionable a tenor de los hechos acreditados y las pruebas y otros elementos de juicio contenidos en el expediente aquí resuelto.

En este caso, esta Sala no alberga dudas de la concurrencia del elemento volitivo de la conducta por parte de AGEDI y AIE, puesto que conocen perfectamente las consecuencias de las conductas aquí analizadas, si tenemos en cuenta que ya han sido sancionadas anteriormente por unos hechos similares a los que se sanciona ahora, y dichas sanciones han sido confirmadas por los tribunales de nuestro país.

Como ha señalado el Tribunal Supremo⁹⁶, la existencia de resoluciones recaídas en asuntos anteriores similares, excluye la posibilidad de considerar que la empresa responsable pueda desconocer la antijuridicidad de su conducta y las consecuencias que se derivan de ella.

Lo anterior acredita la existencia de una tenaz voluntad por parte de AGEDI y AIE de mantener un sistema ampliamente sancionado en el orden administrativo como reprobado por la jurisdicción civil, lo que difícilmente puede ser interpretado como una conducta negligente. No cabe, por tanto, considerar el desconocimiento por parte de AGEDI y AIE de la de la antijuridicidad de la conducta y de las consecuencias que de ella se derivan.

QUINTO. OTRAS ALEGACIONES Y CUESTIONES SOLICITADAS EN LA FASE DE RESOLUCIÓN

5.1.- Sobre la infracción de carácter procedimental al tomar en cuenta y valorar las alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos de la AERC presentadas fuera de plazo

AGEDI/AIE consideran que la Dirección de Competencia ha incurrido en una infracción del artículo 35 del RLDC, al tener en cuenta las alegaciones de AERC al PCH presentadas fuera del plazo de 15 días previsto en el artículo 33 del mismo Reglamento. Según señalan las citadas entidades, este extremo debe ser

⁹⁶ Fundamento Sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1995 (recurso 160/1990).

tenido en cuenta por esta Sala, toda vez que las sanciones impuestas sin previo procedimiento o tras un procedimiento distinto al legalmente establecido son nulas de pleno derecho ex artículo 62.1.a) LRJPAC o, al menos anulables, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63.1 LRJPAC.

En relación con esta cuestión, cabe significar que, si bien es cierto que las alegaciones al PCH fueron presentadas por AERC fuera del plazo reglamentariamente establecido, ello ni es causa de indefensión para AGEDI/AIE, ni supone un vicio invalidante del procedimiento, tal como pretenden las partes.

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.

Por otro lado, no debemos olvidar que el órgano con potestad para resolver el presente procedimiento es la Sala de Competencia del Consejo, que se configura como un órgano autónomo e independiente de la Dirección de Competencia, por lo que las decisiones adoptadas por el órgano instructor no le vinculan a la hora de tomar sus decisiones. En este sentido, cabe señalar que, aun suponiendo que la Dirección de Competencia hubiese tenido en cuenta las alegaciones de AERC, quien en última instancia debe tomar las decisiones del procedimiento y valorar las conductas a través del análisis del expediente administrativo, en el que se incluyen toda la documentación incorporada al mismo, es la Sala del Consejo quien, en su caso, tendrá la potestad final de decidir sobre el valor que debe dársele a unas alegaciones extemporáneas.

Pero es que, además, en este caso, las partes se refieren a unas alegaciones presentadas durante la fase de instrucción del procedimiento que pueden servir de base a la Dirección de Competencia para modificar los hechos o conclusiones alcanzadas en su PCH a través de la propuesta de resolución elevada al Consejo, pero que no se configuran como un alegato final de cara a resolver el procedimiento, toda vez que la norma prevé un nuevo periodo de audiencia en la fase de resolución del procedimiento, en el que las partes vuelven nuevamente a presentar alegaciones a todo lo actuado por la Dirección de Competencia durante la instrucción, y en particular, a la propuesta de resolución.

En este sentido, el análisis comparativo de las alegaciones presentadas por AERC tanto en la fase de instrucción como en la fase de resolución, arroja la conclusión de que en esencia contienen la misma fundamentación y pretensiones, por lo que el vicio que pudiera recaer en la fase de instrucción del procedimiento quedaría plenamente convalidado tras la presentación de las nuevas alegaciones, que serían, en cualquier caso, las que esta Sala tendría en consideración a la hora de valorar las conductas objeto de este expediente.

Además, qué duda cabe que el mayor conocimiento de las alegaciones de AERC por parte de AGEDI/AIE a través de su plasmación en la propuesta de Resolución, no puede ponerle en una situación de desventaja o de indefensión frente a su denunciante, si tenemos en cuenta que posteriormente puede alegar contra las mismas en la fase de resolución del procedimiento.

No concurren, por tanto, los vicios procedimentales aducidos por las partes en su escrito de alegaciones.

5.2.- Sobre la solicitud de confidencialidad

AGEDI/AIE han solicitado la confidencialidad de los datos relativos a la recaudación por la gestión de derechos de remuneración por la comunicación pública de fonogramas pagados por las emisoras de radio en España en 2014, así como la facturación en 2014, en términos de costes de administración (folio 4091, párrafo 213).

En la medida en que la citada petición se refiere a información relativa a volúmenes de negocio en el mercado afectado, se accede a declarar confidencial dicha información, de conformidad con el artículo 42 de la LDC.

5.3.- Sobre la celebración de vista

Las entidades AGEDI y AIE, han solicitado en su escrito de alegaciones la celebración de vista ante esta Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, a tenor del artículo 53.1 de la LDC.

Al respecto, cabe señalar que la vista viene prevista en el artículo 51.3 de la LDC se configura como una potestad discrecional del Consejo, que la puede acordar *“cuando la considere adecuada para el análisis y enjuiciamiento del objeto del expediente”* (art. 19.1 RDC).

El Consejo, teniendo en cuenta que es potestad suya acordar la celebración de vista cuando lo considere adecuado para el examen y el enjuiciamiento del objeto del expediente, ha decidido no acceder a la solicitud de celebración de vista por no considerarlo necesario para la valoración del asunto, sin que de esta negativa pueda derivarse ningún tipo de indefensión a la parte según ha señalado de forma reiterada la Audiencia Nacional.

SEXTO. SANCIÓN

6.1.- Criterios para la determinación de la sanción

El artículo 62.4.b) de la LDC establece que será infracción calificada como muy grave *“el abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 de la Ley cuando el mismo sea cometido por una empresa que opere en un mercado recientemente liberalizado, tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos”*.

Por su parte, el apartado c) del artículo 63.1 señala que las infracciones muy graves podrán ser castigadas con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, y en caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios, el apartado 3.c) señala que el importe de la multa será de más de 10 millones de euros.

Sobre la naturaleza del 10% (si se trata del máximo de un arco sancionador, o si hay que considerarlo como un límite o umbral de nivelación) se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de enero de 2015 (Recurso 2872/2013)⁹⁷, sentencia que ha sido ya analizada en las últimas resoluciones de este Consejo. Según el Tribunal Supremo, el proceso de determinación de la multa debe necesariamente ajustarse a las siguientes premisas:

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. La Sala señala que dichos límites *“constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje”* y continúa exponiendo que *“se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica.”*
- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, en este caso hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC alude al "volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa", concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, "lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de "volumen total" se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción". Rechaza así la interpretación según la cual dicho porcentaje deba calcularse sobre la cifra de negocios relativa al sector de actividad al que la conducta o infracción se constriñe.

⁹⁷ También, en idéntico sentido, dos sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013) y otras posteriores.

- Dentro del arco sancionador que discurre hasta el porcentaje máximo fijado en el artículo 63 de la LDC, las multas deberán graduarse conforme al artículo 64 de la LDC, antes citado.
- Por último, el FD 9º de la sentencia insiste en la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, junto con la precisa atención a los criterios de graduación antes apuntados. Así, señala que “las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades [...] han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener unos beneficios económicos derivados de las infracciones que resulten ser superiores a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquéllas.” Asimismo, precisa que la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia no puede constituirse en el punto de referencia prevalente para el cálculo en un supuesto concreto, desplazando al principio de proporcionalidad.

En este caso, el volumen de negocios a tener en cuenta para el cálculo del arco sancionador se refiere a la recaudación total obtenida por AGEDI/AIE en el año 2014.

Las partes alegan que no puede tomarse en consideración para calcular la sanción las cantidades recaudadas por ellos, en la medida que dichas cantidades no pertenecen a AGEDI/AIE sino que son repartidas por éstas entre sus miembros, por lo que entienden que su volumen de negocios a considerar para establecer el límite de la sanción se refiere a los costes de administración que deben pagar a las citadas entidades los titulares de los derechos gestionados (folio 3613).

Sin embargo, esta cuestión ya ha sido resuelta por esta Sala en el expediente SGAE-Conciertos (S/0460/13), en cuya resolución de fecha 6 de noviembre de 2014, y en referencia a otros expedientes anteriores resueltos por la CNC, se señala lo siguiente:

“Análoga cuestión ya fue resuelta por la autoridad de competencia en Resolución de 3 de julio de 2012 (Expte. S/0220/10 SGAE), donde se clarificaba este extremo “[...] la SGAE pretende sustituir las cifras remitidas previamente de volumen de negocios obtenido, es decir los ingresos recibidos [...], por el importe que supone el descuento de administración que SGAE aplica por la recaudación de derechos en España (HI). El Consejo no puede aceptar dicha modificación de los datos, puesto que tal propuesta no se corresponde con ninguno de los conceptos que la LDC establece en los criterios a seguir para el cálculo de las sanciones. Por un lado, de acuerdo con el artículo 63 de la LDC, el límite de la sanción se fija sobre el volumen de negocios total del infractor, en este caso los ingresos recaudados por la SGAE, en el año anterior al de la imposición, y por otro, según el artículo 64.1.a) un criterio para el cálculo de la sanción es la dimensión y características del mercado afectado”.

Bajo tal análisis, la base sobre la que debe calcularse el límite del 10% al que hace referencia el artículo 63.1.c) de la LDC es el volumen de negocios total de la entidades en el ejercicio 2014, esto es, 20.190.000 euros en el caso de AGEDI, y 26.317.000 euros en el caso de AIE (folio 3613).

6.2. Elementos de graduación conducentes a concretar el tipo sancionador

Tal y como ya se ha señalado, la infracción que aquí se analiza se califica 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.

Por otro lado, tal y como señala el Tribunal Supremo, dicho 10% debe concebirse como el límite máximo de una escala o arco sancionador. Dicho porcentaje *“marca el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica”*. Siendo ello así, el 10% debe reservarse como *“respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría”*.

El artículo 64 de la LDC señala que el importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables

En este caso, nos encontramos ante una infracción muy grave, llevada a cabo por una unidad económica formada por AGEDI y AIE, que ostenta una posición de monopolio en el mercado de la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual que corresponden tanto a los productores fonográficos como a los artistas, intérpretes o ejecutantes, y esta posición les otorga una especial responsabilidad para asegurarse de que el diseño de las tarifas que establezcan en su gestión de los derechos de propiedad intelectual citados sea equitativo, transparente y no discriminatorio.

La afectación al mercado es evidente, ya que esta discriminación e inequidad derivada del sistema tarifario establecido por AGEDI/AIE en estos años ha provocado un perjuicio al sector de la radio en España. Estas entidades gestionan, como hemos señalado, unos derechos que son esenciales para la subsistencia de las emisoras de radio, toda vez que el uso de fonogramas supone un input para sus negocios. En este sentido, las tarifas diseñadas por AGEDI y AIE han distorsionado la competencia en los mercados aguas abajo en los que los

operadores de radio actúan como oferentes, en la medida en que algunos sufren una desventaja competitiva frente al resto en un contexto en que todos ellos compiten por la audiencia y, en función de ella, muchos de estos operadores radiofónicos obtienen publicidad, principal fuente de financiación para los operadores radiofónicos comerciales y una de las fuentes de financiación de los operadores miembros de FORTA.

Además, ha quedado acreditado que la afectación se habría extendido a la práctica totalidad del sector, si tenemos en cuenta que las conductas han 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 AERC⁹⁸.

De todas formas, cabe precisar que con posterioridad a la firma del Convenio FORTA, AGEDI y AIE están exigiendo, para los periodos de facturación que comienzan 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.

En lo que se refiere a la duración de la conducta, como ya hemos señalado en la resolución, 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 unos 8 años, cuestión que también debe tenerse en cuenta a los efectos del cálculo de la sanción.

Conviene analizar ahora la propuesta de la Dirección de Competencia consistente en la aplicación de la agravante de comisión repetida de infracciones.

El artículo 64.2.a de la LDC establece que para fijar el importe de las sanciones se tendrán en cuenta, entre otras, la circunstancia agravante consistente en la comisión repetida de infracciones tipificadas en la citada Ley. En este caso, ambas entidades ya han sido sancionadas por haber incurrido en abusos de posición de dominio al establecer condiciones de remuneración de los derechos que gestionen frente a diversos usuarios.

AGEDI/AIE consideran que no debe aplicarse dicha circunstancia agravante en la medida en que ni AGEDI ni AIE han sido consideradas responsables de ninguna infracción de la LDC en relación con el mercado objeto del presente expediente (esto es, la gestión de los derechos de remuneración de la comunicación pública de fonogramas pagados por las emisoras de radio en España). Y con carácter subsidiario señalan que dicha agravante únicamente debería tomarse en consideración respecto del periodo a partir del cual las resoluciones a las que

⁹⁸ La AERC representa en la actualidad 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 representa más del 80% de la audiencia total de la radio en nuestro país.

alude la Dirección de Competencia en la Propuesta de Resolución para justificar la reiteración adquirieron firmeza en vía judicial.

Sin embargo, esta Sala considera que efectivamente concurren las circunstancias previstas en el artículo 64.2.a de la LDC y en la jurisprudencia, puesto que en todos los casos coincide el tipo infractor previsto en las normas de competencia, esto es, la existencia de un abuso de posición de dominio. Asimismo, cabe añadir que en todos los casos las conductas están relacionadas con el derecho a una remuneración por los derechos que gestionan frente a diversos usuarios y se trata de actuaciones discriminatorias e inequitativas.

Por otro lado, en relación con la firmeza de las resoluciones anteriores, cabe poner de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de marzo de 2005 citada, que establece que para que concurra el requisito de la reiteración es suficiente con que exista una Resolución anterior de la Autoridad de Competencia que declare la existencia de una infracción de la LDC, sin requerirse que dicha Resolución resulte firme en la vía contencioso-administrativa.

6.3. Sanción a imponer

De conformidad con todas las consideraciones anteriores, esta Sala considera que procede imponer las siguientes sanciones:

- a) A la entidad AGEDI un sanción por importe de 1.211.400 euros, que supone un 6% de la recaudación total correspondiente al año 2014 llevada a cabo por la citada entidad.
- b) A la entidad AIE un sanción por importe de 1.579.020 euros, que supone un 6% de la recaudación total correspondiente al año 2014 llevada a cabo por la citada entidad.

En su virtud, visto los artículos citados y los demás de general de aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar acreditada en el presente expediente la existencia de una conducta de abuso de posición dominante prohibida por el artículo 2 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.

QUINTO.- Declarar confidencial la información a la que hace referencia el Fundamento de Derecho 5.2 de esta Resolución.

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