

RESOLUCIÓN

EXPTE. 2785/07 Artistas, intérpretes o ejecutantes, sociedad de gestión, AIE

Consejo

Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 23 de febrero de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición expresada y siendo Ponente el Consejero Don Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente sancionador nº 2785/07, incoado por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia contra ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE) y contra ARTISTAS INTÉRPRETES, SOCIEDAD DE GESTIÓN (AISGE), por la realización de supuestas conductas de abuso de posición dominante, consistentes en imponer a Sogecable, S.A.U., Canal Satélite Digital, S.L. y DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A., filiales las dos últimas de Sogecable, S.A., tarifas generales inequitativas y discriminatorias por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 29 de mayo de 2007 tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia (hoy, Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia) escrito de XXX, en nombre y representación de Sogecable, S.A., Canal Satélite Digital, S.L. (CSD) y DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A. (DTS), filiales las dos últimas de Sogecable, S.A. (conjuntamente, Sogecable), contra la entidad ARTISTAS INTÉRPRETES, SOCIEDAD DE GESTIÓN (AISGE), por presuntas prácticas de abuso de posición de dominio contrarias al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y 82 del Tratado CE, consistentes en la discriminación a Sogecable frente a los restantes operadores de televisión, en las condiciones de contratación alcanzadas con los distintos operadores; ocultación a los denunciantes de los acuerdos alcanzados con otros operadores; estrategia negociadora y judicial abusiva mantenida por AISGE frente a Sogecable y aprobación de unas tarifas generales desproporcionadas, abusivas e inequitativas.

Con fecha 22 de febrero de 2008, las empresas denunciantes ampliaron su denuncia a la entidad ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE) imputándole iguales prácticas a las denunciadas para AISGE, por considerar las denunciantes que el análisis de las conductas de AIE y AISGE debía llevarse a cabo conjuntamente.

2. **El 28 de julio de 2008 la Dirección de Investigación (DI)** de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), a la vista de la información obrante en la misma, admitió a trámite la denuncia **incoando expediente sancionador** por Acuerdo del Director, por posibles conductas prohibidas en el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (LDC) y en el artículo 82 del Tratado CE, contra AISGE y contra AIE.

A la vista de las actuaciones practicadas, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.3 de la LDC, **con fecha 4 de marzo de 2009, la DI procedió a formular el Pliego de Concreción de Hechos (PCH)**, que fue notificado a todos los interesados, y en el que concluye considerando que AIE junto con AISGE habían incurrido en un abuso de posición dominante prohibido por los artículos 2 de la LDC y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, anterior art. 82 del Tratado CE).

3. El 28 de abril de 2009 y posteriormente con fecha 20 de mayo de 2009 tuvieron entrada en la DI dos escritos de AISGE, en los que solicita el inicio de la tramitación de una terminación convencional para el expediente sancionador de referencia en relación a AISGE.

Por Acuerdo de la Directora de Investigación de 10 de junio de 2009, a la vista de lo instruido, de las conductas objeto de análisis, y teniendo en cuenta la solicitud de terminación convencional por parte de AISGE, **se procedió**, de conformidad con lo previsto en el artículo 29 del Reglamento de Defensa de la Competencia (R.D. 261/2008, de 22 de febrero), **el desglose del presente expediente como sigue:**

- Las actuaciones en relación con AISGE se llevarán a cabo en el marco del expediente S/0156/09 que incorpora lo actuado hasta este momento, del que además son interesados Sogecable, S.A., Canal Satélite Digital, S.L., DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A.
- Las actuaciones en relación con AIE se llevarán a cabo en el marco del expediente 2785/07 que incorpora lo actuado hasta este momento y del que son además interesados Sogecable, S.A., Canal Satélite Digital, S.L. (CSD), DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A. (DTS).

4. **Con fecha 23 de junio de 2009** y posteriormente con fecha 25 de ese mismo mes, **AIE solicitó a su vez el inicio de la tramitación de una terminación convencional** para el expediente sancionador. Por Acuerdo de la Directora de Investigación de

fecha 29 de junio de 2009, vista la propuesta de AIE, se inició el procedimiento de terminación convencional, de conformidad con lo previsto en el artículo 52 de la LDC.

5. El 24 de julio de 2009 tuvo entrada en la DI escrito de AIE relativo a los principios bajo los cuales, AIE, iba a presentar los compromisos, aptos para resolver las dudas que pudieran existir respecto a cada uno de los cargos recogidos en el PCH. **Con fecha 3 de septiembre de 2009 formuló los compromisos** a los que hacían referencia los principios anteriores y con fecha 20 de octubre y 5 de noviembre de 2009, se presentaron escritos en los que se desarrollaba el contenido y la puesta en marcha de los mismos. Por último, con fecha 4 de febrero de 2010 se remitió con carácter confidencial a la DI, por parte de AIE, copia del Convenio firmado por AIE con The AFM and AFTRA Intellectual Property Rights Distribution Fund (“The Fund”), the American Federation of Television and Radio Artists (AFTRA) y The American Federation of Musicians of United States and Canada, para que ésta se encargue de entregar a los artistas intérpretes o ejecutantes de nacionalidad estadounidense las cantidades recaudadas por AIE en concepto de derecho de simple remuneración previsto en el artículo 108.5.2º TRLPI, tanto en el pasado como en el futuro.

Toda esta información, a excepción del Convenio último, se remitió a los interesados y al Consejo de la CNC a efectos de lo previsto en la LDC, y se requirió información a diferentes operadores de televisión.

ANTENA 3 TELEVISION, S.A., LA SEXTA, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., CABLEEUROPA, S.A.U. y TENARIA, S.A., (ONO) y AISGE solicitaron ser parte en el expediente en calidad de interesados, aceptándose por la DI su personación en el mismo.

Mediante acuerdo de fecha 6 de abril de 2010, la DI desestimó los compromisos propuestos por AIE al considerar que no resolvían los efectos restrictivos de la competencia generados por las infracciones imputadas a AIE. En síntesis, la DI reconoce que la entidad de gestión ha llevado a cabo un esfuerzo de aproximación en la determinación de sus tarifas a los requerimientos de la normativa de defensa de la competencia y de la jurisprudencia más reciente en la materia. No obstante, partiendo de que en la definición y cálculo de unas tarifas generales hay tres pasos o áreas cuya definición no admite ambigüedades y que se podrían enunciar como: 1º- Repertorio o bien a remunerar; 2º- Sistema de cálculo de la utilización que de dicho repertorio lleva a cabo el usuario; y por último 3º- Sistema de valoración de la remuneración equitativa que corresponde a la utilización/comunicación de dicho repertorio. A este respecto, la DI considera que, mientras que en el punto 2º se ha hecho un esfuerzo por alcanzar un sistema que permita calcular la utilización por parte del usuario, ésta queda desdibujada en la medida en la que no existe una definición clara del repertorio (punto 1º) que administra AIE y que es, por lo tanto, el objeto de la utilización. Indefinición que agrava, por no decir que hace inviable, la posibilidad de establecer un sistema que cuantifique el valor que aporta dicho

repertorio (punto 3º) y la remuneración equitativa que corresponde, por tanto, a la comunicación del mismo. De ahí que la DI considere que los compromisos actuales se consideren insuficientes y requieran una definición más objetiva, concreta, razonada y transparente.

6. Con fecha 8 de mayo de 2010 **AIE formuló una nueva propuesta de compromisos**, que según sus propias afirmaciones estaba destinada a completar los compromisos ya presentados, por considerar que estos eran aptos para resolver las cuestiones suscitadas en el PCH. La DI remitió esta segunda propuesta de compromisos a los interesados y al Consejo de la CNC a efectos de lo previsto en la LDC. AIE complementó esta segunda propuesta mediante escrito de 17 de junio de 2010.

Por acuerdo de 18 de junio de 2010, la DI desestimó esta segunda propuesta de compromisos por cuanto al limitarse a razonar o justificar los primeros que ya había considerado no válidos, seguían sin cumplirse las exigencias del artículo 52 de la LDC, en la medida en que al igual que la primera propuesta:

- *No aportaba elementos nuevos que permitan valorar el uso efectivo real del repertorio efectivamente gestionado por AIE.*
- *Dicho uso efectivo, según interpretación de AIE, asimila repertorio, con música, con ámbito de gestión, sin aportar criterio alguno que permita subsanar las carencias puestas de manifiesto en el apartado III.1 del Acuerdo de desestimación de los primeros compromisos: - ámbito de aplicación personal o subjetivo;- ámbito de aplicación temporal;- tipos o categorías de interpretaciones o ejecuciones y de grabaciones audiovisuales sujetas a remuneración;- inclusión, o no, en la remuneración exigida en la tarifa, de la utilización directa o indirecta de fonogramas;- solapamiento entre los derechos reconocidos en el art. 108.4 y 108.5.2º LPI;- acuerdos de representación recíproca en vigor; alcance objetivo, temporal y territorial de dichos acuerdos;- otros factores a tener en cuenta.*
- *No se aportan criterios nuevos que permitan establecer el valor económico de la prestación.*
- *En sustitución de dicha valoración económica se defiende una metodología que utiliza como “referencia adecuada” la negociación libre entre la sociedad de gestión y los usuarios de la obra protegida, supuesto éste que tanto en el caso presente como en casos anteriores, no se ha dado, lo que desvirtúa y vacía de contenido la supuesta “referencia adecuada”.*

- *La denominada “base de remuneración” no se justifica, salvo referencia genérica a antecedentes doctrinales por lo que no puede determinarse su carácter equitativo.*
- *En cuanto a la discriminación, al igual que se valoró en los primeros compromisos formulados, la exigencia preliminar es que las tarifas o los parámetros en los que se base y sirvan de referencia para la negociación con los diferentes operadores, sean objetivos y equitativos, y no lo son por el hecho de que sean similares sino por que guarden relación con el bien a remunerar. De lo contrario la presunción de arbitrariedad o la posible discriminación son evidentes.*

Por ello, en aplicación del previsto en el art. 39 del RDC (Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el RD 261/2008, de 22 de febrero) **la DI dio por desistida a AIE de su solicitud de terminación convencional**, acordándose, con fecha 28 de junio de 2010, reanudar el plazo de instrucción y resolución del expediente sancionador.

7. Por Providencia de **1 de julio de 2010, la DI cerró la fase de instrucción**, que fue comunicada a las partes. Con fecha **2 de julio de 2010**, la DI formuló **Propuesta de Resolución** (PR), notificada a las partes interesadas. En esta PR, la DI valora y califica jurídicamente las conductas imputadas en el PCH (reproducidas en el AH 2), teniendo en cuenta las alegaciones realizadas al mismo por parte de AIE y Sogecable. En la medida en que considera que las alegaciones al PCH efectuadas por la entidad de gestión imputada no desvirtúan el contenido del mismo ni añaden nuevos datos, la DI concluye que la valoración entonces realizada sigue siendo válida.

El 19 de julio de 2010 tuvo entrada en la CNC escrito presentado por AIE en el que denuncia la divulgación de la PR por parte de Antena 3, infringiendo así el deber de secreto que el art. 43 de la LDC impone a las partes del expediente. Solicita que se investigue la participación de UTECA en esa infracción, y que se requiera a una y otra al cese de tal conducta infractora y que se abstengan en el futuro de divulgar datos de éste u otro expediente, como también que se dé traslado de estos hechos a la Fiscalía por si de los mismos procediera depurar responsabilidades. Con fecha 22 de julio de 2010, la DI remitió Providencia a Antena 3 en la que se viene a señalar la ilicitud de su conducta de dar información sobre la existencia y contenido de la PR, advirtiéndole de que podría tomar las medidas que considere adecuadas, incluida la remisión de su conducta a la Fiscalía del Estado. La DI dio cuenta a AIE de esta actuación frente a Antena 3. Con fecha 27 de julio de 2010, Antena 3 presentó en la CNC escrito en el que se viene a manifestar que los servicios informativos de la cadena tuvieron “conocimiento externo de la existencia y contenido aproximado” de la PR y que, por ello, en modo alguno ha habido “quebrantamiento” del deber de secreto que la LDC le impone como parte de este expediente sancionador, hecho que según ella no es conocido por sus servicios informativos.

Formularon alegaciones a la PR: (i) Sogecable con fecha 22 de julio de 2010, en las que se adhiere plenamente a la valoración jurídica y conclusiones contenidas en aquélla, y (ii) AIE con fecha 26 de julio de 2010, en las que solicita con carácter principal el archivo del expediente, bien por aplicación del principio non bis in idem en relación con el expediente 651/08 AIE/T5, bien por no haber quedado acreditada la realización de una nueva práctica prohibida por parte de AIE, y con carácter subsidiario, que sólo se le imponga una multa simbólica a la vista de las especiales circunstancias que concurren en este caso.

- 8. El 27 de julio de 2010**, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 50.5 de la Ley 15/2007 y 34.2 del RDC, **la DI remitió a este Consejo de la CNC el expediente de referencia, junto con un Informe en el que se incluye la Propuesta de Resolución (PR)**. En particular, la DI propone:

“Primero.- Que por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia se declare la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 2.2 apartados a) y d) de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia y el artículo 102, apartados a) y c) del TFUE, consistente en establecer unilateralmente unas Tarifas generales, por los derechos de comunicación pública que administra, no equitativas. A su vez AIE, ha llevado cabo una práctica de discriminación de precios desde una posición de dominio en el mercado, que ha ocasionado desventajas anticompetitivas a unos operadores frente otros.

Segundo.- Que se declare responsable de dicha infracción a ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE)

Tercero.- Que esas conductas prohibidas se tipifiquen, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC.

Cuarto.- Que teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción, previstos en el artículo 64 de la LDC, la sanción a imponer sería la prevista en el artículo 63.1.c) de la LDC, debe destacarse que el objeto del expediente es instar a la entidad de gestión imputada para que adecue su conducta y sus tarifas generales a los principios contemplados en la LPI y en la LDC, de equidad, racionalidad, ausencia de arbitrariedad y no discriminación.

Quinto.- Se ordene a la imputada a que difunda el texto de la Resolución que se adopte, en su caso, con el fin de evitar situaciones semejantes y paliar los efectos de las prácticas declaradas prohibidas.

Sexto.- Se adopten los demás pronunciamientos a que se refiere el artículo 53 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia.”

- 9.** El 8 de noviembre de 2010 tuvo entrada en la CNC escrito de Sogecable en el que informa de su intención de presentar la PR dictada por la DI en el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Madrid, en el que se ha dictado orden general de ejecución a favor de AIE frente a Sogecable por el importe que debe abonar por los

actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales realizados, que AIE habría calculado conforme a las tarifas generales que la DI considera constitutivas de un abuso de posición dominante en la PR. Con fecha 10 de noviembre de 2010, el Secretario del Consejo de la CNC le comunicó que la PR forma parte de los documentos respecto de los cuales existe deber de secreto por las partes interesadas, pero que la CNC remitiría dicho documento si le es solicitado por el Juzgado en el ejercicio de sus atribuciones.

10. Con fecha de 25 de noviembre de 2010, el Consejo dictó Acuerdo por el que resolvió informar a las partes que con fecha 23 de noviembre de 2010 se había remitido a la Comisión Europea la Propuesta de Resolución del expediente en los términos en que se señala en el artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003, y que con igual fecha y en cumplimiento del artículo 37.2.c) de la Ley 15/2007, había quedado **suspendido el cómputo del plazo máximo para resolver el expediente** hasta que por la Comisión Europea se dé respuesta a la información remitida, o transcurra el plazo a que hace referencia el mencionado artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003. Transcurrido el plazo de 30 días a que se refiere el último precepto señalado, y no habiendo realizado la Comisión Europea ninguna observación, por **Acuerdo de 19 de enero de 2011, y con efectos desde el 24 de diciembre de 2010, el Consejo resolvió levantar la suspensión del cómputo del plazo máximo para resolver el expediente de referencia**, lo que se notificó a las partes.

11. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia terminó de deliberar y falló este expediente en su reunión del 16 de febrero de 2011.

12. Son parte en este este expediente:

- ARTISTAS, INTERPRETES O EJECUTANTES SOCIEDAD DE GESTION DE ESPAÑA (AIE)
- PRISA TELEVISION, SAU (ANTES SOGECABLE, SAU (SOGECABLE))
- DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, SA (DTS)
- CANAL SATÉLITE DIGITAL, SL (CSD)
- ANTENA 3 DE TELEVISION, SA (A3TV)
- TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU (TELEFONICA)
- GESTORA DE INVERSIONES AUDIOVISUALES LA SEXTA SA (LA SEXTA)
- CABLEUROPA, SAU y TENARIA, SA (ONO)

- ARTISTAS, INTÉRPRETES, SOCIEDAD DE GESTIÓN (AISGE)

HECHOS PROBADOS

Conforme al Pliego de Concreción de Hechos formulado por la Dirección de Investigación, el Consejo considera como hechos probados relevantes para la resolución de este expediente los siguientes:

LAS PARTES DENUNCIANTES Y DENUNCIADAS:

- 1. Sogecable SAU** es un operador de televisión, filial al 100% de Promotora de Informaciones SA (Prisa), que ha sido titular de tres proyectos televisivos diferentes:

CANAL +, cadena terrestre analógica que se caracterizaba por emitir en abierto una parte limitada de su programación siendo el resto de la programación emitida en la modalidad de televisión de pago, inició sus operaciones en 1990 y desapareció como tal en noviembre de 1995. CANAL + continúa emitiéndose dentro de la Plataforma Digital + como un canal de pago.

Canal Satélite Digital (CSD) lanzado en 1997 como plataforma de televisión por satélite, posteriormente se integró en julio de 2003 con la otra plataforma por satélite existente, que pertenecía al grupo Telefónica y había iniciado también su actividad en 1997, VÍA DIGITAL (DTS), para crear una sola plataforma unificada que opera bajo la marca Digital + desde julio de 2003. El grupo Sogecable, en el campo de la televisión de pago, centra su actividad en Digital +, a través de su filial DTS (que ha adsorbido a la filial CSD), ofreciendo contenidos de pago a sus abonados. Esta plataforma por satélite ofrece cerca de cien canales de televisión; los más importantes de ellos están especializados en contenidos cinematográficos y documentales, de deportes e informativos. Recientemente, Telefónica SA y Gestevisión Telecinco SA han adquirido sendas participaciones del 22% del capital social de DTS, correspondiendo el 56% a Prisa.

CUATRO, lanzado en 2005 por el grupo Sogecable como canal de televisión en abierto y de carácter generalista, ha sido recientemente adquirido por Gestevisión Telecinco SA mediante la compra del 100% del capital social de Sociedad General de Televisión Cuatro SAU, autorizada con compromisos por Resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010.

- 2. Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE)** es una Entidad de Gestión Colectiva de derechos de propiedad intelectual autorizada por el Ministerio de Cultura en junio de 1989, de conformidad con lo que establece el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (modificado por la Ley 23/2006, de 7 de julio) por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), para actuar como Entidad de Gestión de los derechos reconocidos

en dicha ley. El fin principal de esta entidad, de acuerdo con sus Estatutos, es la gestión, entre otros, de los siguientes derechos de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes:

1.- los derechos de remuneración reconocidos en el ordenamiento a los artistas intérpretes o ejecutantes, especialmente:

a) los relativos a las remuneraciones por copia privada de fonogramas, videogramas y otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales,

b) las remuneraciones por comunicación pública de fonogramas o de reproducciones de fonogramas y de grabaciones audiovisuales,

c) y las remuneraciones por distribución, mediante alquiler, de fonogramas y de originales o copias de grabaciones audiovisuales,

2.- los derechos por la autorización para la retransmisión por cable de las actuaciones de los artistas intérpretes o ejecutantes fijadas en cualquier soporte sonoro, visual o audiovisual,

3.- y la gestión de cualesquiera otros derechos de propiedad intelectual de ejercicio colectivo que pudieran corresponder a los artistas intérpretes o ejecutantes.

No obstante lo anterior, AIE se ha especializado en la gestión de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales.

- 3. Artistas Intérpretes Sociedad de Gestión (AISGE)** es una Entidad de Gestión Colectiva de los derechos de propiedad intelectual de los actores y artistas intérpretes, autorizada por la Orden del Ministerio de Cultura de 30 de noviembre de 1990. Tiene como objeto principal la gestión y/o administración de los derechos de propiedad intelectual de contenido patrimonial de los artistas del ámbito audiovisual, actores, bailarines, dobladores y directores de escena, por la vía del art. 108.5 TRLPI. AISGE gestiona una parte de los derechos relacionados con la comunicación pública de grabaciones audiovisuales, en las que AIE gestiona los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales.

HECHOS RELEVANTES:

- 4. Nueva normativa de protección y remuneración por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales en favor de los productores, artistas intérpretes o ejecutantes.**

El 1 de enero de 1995 entró en vigor la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 92/100/CE, 19 de noviembre de 1992. En la citada Ley, en su artículo 7, se establecía una protección adicional a la prevista en la citada Directiva para fonogramas, en forma de un derecho de simple remuneración por cualquier modalidad de comunicación pública de grabaciones audiovisuales en favor de los productores, artistas intérpretes o ejecutantes.

Desde este momento los intereses de AISGE y AIE confluyen en la actividad cotidiana de los operadores de televisión, en la que se producen continuos actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales.

5. Establecimiento por parte de AIE y AISGE de Tarifas Generales.

A la vista de la nueva regulación, AISGE y AIE establecieron cada una sus tarifas generales correspondientes a los derechos de los colectivos que administran referidas al derecho de remuneración equitativa a artistas intérpretes o ejecutantes por comunicación pública tipificado en el TRLPI, y comunicaron las mismas al Ministerio de Cultura.

5.1. AIE, con fecha 19 de abril de 1995, comunicó al Ministerio de Cultura sus Tarifas Generales por “el derecho de remuneración por los actos de comunicación pública de las actuaciones de artistas, intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales, referidas a emisión inalámbrica, transmisión por hilo y exhibición de obras cinematográficas y demás audiovisuales...” (folios 2126 a 2128).

La tarifa plena de AIE, en 1995, se fijó en el 0,375% de los ingresos mensuales brutos del usuario, por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales (artistas musicales).

ENTIDAD DE GESTIÓN	TARIFAS
AIE	0,375% de los ingresos mensuales brutos del usuario por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales (artistas musicales)
	0,1813% de los ingresos mensuales brutos del usuario por la comunicación pública de fonogramas producidos con fines comerciales (artistas musicales)

Fuente AIE

Se entendían por ingresos de explotación, la totalidad de los obtenidos por la empresa usuaria, incluidos los procedentes de cuotas de asociados o abonados, subvenciones u otras formas de financiación pública, e ingresos por publicidad.

5.2. En 1998 AIE y AISGE comunican conjuntamente sus tarifas al Ministerio de Cultura, referidas única y exclusivamente al derecho de remuneración recogido en el entonces vigente art. 108.3.2 (actual art. 108.5.2º del TRLPI tras la Ley 23/2006) “...en satisfacción de las obligaciones legales que emanan de los artículos 157.b) y 159.3 del TRLPI...”, respecto de los actos de comunicación al público previstos en el art. 20.2.c) del TRLPI (difusión inalámbrica). Folios 746 ss y 1020 ss.

AIE fija la tarifa plena en 3,70% de los ingresos de explotación que obtenga mensualmente la entidad usuaria. Conforme al siguiente esquema de aplicación progresiva.

Año	Tarifa
1995	0,074%
1996	0,149%

1997	0,224 %
1998	0,299 %
1999 ss.	0,370%

Fuente AIE

5.3. En julio de 1999 ambas sociedades comunican de nuevo al Ministerio de Cultura las tarifas referidas a dicha remuneración, para los actos de comunicación previstos en el art. 20.2.d) TRLPI (radiodifusión vía satélite). De tal manera, que las tarifas de ambas sociedades quedan establecidas de acuerdo con la siguiente tabla:

Año de emisión.	1º	2º	3º	4º	5º y ss.
AISGE	0,50%	0,75%	1,00%	1,25%	1,50%
AIE	0,074%	0,149%	0,224%	0,299%	0,370%
TOTAL	0,574%	0,899%	1,224%	1,549%	1,870%
Fuente: AISGE y AIE					

6. Criterios utilizados para la determinación de la Tarifa

El derecho de remuneración contemplado en el art. 108.5 del TRLPI tipifica dos supuestos. En su primer párrafo se refiere a los actos de comunicación pública previstos en el artículo 20.2.f) y g) (retransmisión y emisión o transmisión en lugares accesibles al público), cuya remuneración debe hacerse de acuerdo con las tarifas generales establecidas por la correspondiente entidad de gestión.

En su segundo párrafo, el que afecta a los derechos objeto del presente expediente, no hace referencia a que deban establecerse tarifas generales, pero sí a la obligación de pagar una remuneración equitativa, la cual, de acuerdo con el apartado 6 del citado artículo, debe hacerse efectiva a través de las entidades de gestión, cuya gestión comprenderá: la negociación con los usuarios, la determinación, la recaudación y la distribución.

Por este motivo la DI solicitó a las entidades los criterios tanto de determinación como de distribución y/o reparto. Según manifiesta en su contestación, los criterios seguidos por AIE para establecer la Tarifa general que posteriormente se comunicó al Ministerio de Cultura tomaron como referencia las Tarifas de SGAE y el Real Decreto de 3 de septiembre de 1880.

La tarifa que aplicaba SGAE, única entidad que en 1995 gestionaba derechos de propiedad intelectual de las televisiones era 3,75%. Según sus afirmaciones, considerando que no podían aplicar sin más esta tarifa, al ser un derecho de nueva implantación, se partió del 50% de la tarifa de SGAE, por tratarse de derechos conexos también llamados débiles, cuyo ejercicio no permite autorizar ni prohibir su comunicación pública, lo que sí es posible en los derechos de carácter exclusivo o fuerte.

Se partió, por tanto de la mitad de la tarifa de 3,75% y el resultado, 1,875 se repartió en un 80% para AISGE (1,50%) y en un 20% para AIE (0,375%). Así se dividía el pago en el único derecho que ambas entidades recaudaban conjuntamente, como era la Copia Privada de Grabaciones Audiovisuales.

7. Criterios de reparto

La “tarifa”, según afirmaciones de AIE no deja de ser el importe o precio de la remuneración equitativa, pues en este tipo de derechos no hay contenido diferente a la propia remuneración de forma que la remuneración es el derecho. De ahí que la DI interesara de AIE y AISGE los criterios mediante los cuales se cuantifica, por parte de las Entidades, la remuneración a pagar a los artistas, intérpretes o ejecutantes y las vías de acceso a la remuneración a que tienen derecho, dada la estrecha relación que debe haber entre ésta y la que les es exigida a los usuarios de grabaciones audiovisuales.

Requerida por la DI para que remitiera las reglas a que han de someterse los sistemas de reparto de la recaudación, que de acuerdo con el art. 151.10 del TRLPI deben constar en sus Estatutos, AIE puso de manifiesto que:

- Los criterios de reparto se basan en la información obtenida conjuntamente con SGAE mediante contrato con CIMEC (Centro de Investigación del Mercado de Entretenimiento y Cultura), en la que figuran las utilizaciones fijadas en todas las grabaciones audiovisuales emitidas por cada cadena, en la que constan: - Cadena de TV; - Fecha y hora de emisión; - Nombre del programa; - Contenido audiovisual y musical del programa; - Cronometraje.
- En función de estos datos y de las audiencias facilitadas por SOFRES para cada tipo de programa, se reparte lo recaudado entre los diferentes programas emitidos por cada emisora. El importe a repartir en cada programa se distribuye en función del tiempo de cada grabación audiovisual de las que lo integran. Por último, el importe correspondiente a cada grabación se distribuye entre los diferentes intérpretes en función de la duración de su actuación.

Los artistas, intérpretes o ejecutantes, para hacer efectivo su derecho a la remuneración equitativa, deben:

- “(i) Cumplimentar una solicitud de ingreso y el contrato de gestión con AIE.
- (ii) Acreditar su intervención en al menos una actuación fijada en fonograma y/o videograma, mediante la presentación de un “Impreso de Declaración”.
- (iii) Fotocopia del DNI, pasaporte o de cualquier documento que sirva para acreditar fecha de nacimiento, nacionalidad y residencia.”.

8. Relaciones mantenidas con Sogecable, CSD y DTS en orden al cobro de los derechos gestionados por AIE

8.1. Año 1995

Tras la aprobación de la Ley 43/1994, en la que se reconocía el derecho de remuneración de los artistas por sus actuaciones incorporadas a una obra o grabación audiovisual AIE y AISGE comienzan una fase informativa dirigida a los usuarios deudores cuyo objeto es:

- Informar sobre la naturaleza y objeto del derecho.

- Acreditar su condición de entidades legalmente autorizadas.
- Trasladar a dichos usuarios las tarifas generales.
- Concertar las reuniones oportunas con objeto de iniciar la negociación efectiva.

Para ello remiten distintos requerimientos y cartas y el 25 de octubre se celebra una primera reunión informativa con el conjunto de empresas televisivas.

8.2. Año 1996

AIE y AISGE requieren a todos los operadores, incluido Canal Plus, el inicio, en firme, de las negociaciones efectivas para la consecución de un acuerdo que fije las condiciones comunes a todos los usuarios para hacer efectiva la remuneración de los artistas.

Hasta el mes de septiembre prosigue la negociación, se aprueba el TRLPI y en su art. 108.3, párrafo 2º, (actual 108.5.2º) se recoge la obligación de hacer efectiva la remuneración a los artistas por los actos de emisión de grabaciones audiovisuales previsto en el art. 20 c) del mismo texto legal.

AISGE, a partir de la reunión de 18 de septiembre, mantenida con todos los operadores y a la que asiste Canal Plus, inicia otra fase, con objeto de articular la cuantificación de la remuneración en base a criterios de “utilización real”, según las propuestas formuladas por los operadores de televisión. De acuerdo con sus afirmaciones, AISGE, para facilitar las negociaciones, elaboró unas nuevas tarifas, distanciándose de AIE.

8.3. Año 1997

Por carta de fecha 28 de octubre de 1997, AIE y AISGE requieren a Sogecable (CSD y VÍA DIGITAL) para iniciar negociaciones con el objeto hacer efectiva la remuneración correspondiente por las formas de comunicación al público del actual art. 108.5.2º del TRLPI (vía satélite). Esta carta se remitió por conducto notarial el 12 de noviembre de 1997. El 25 de noviembre de 1997 AIE, AISGE y Sogecable fijan como fecha de reunión el 16 de diciembre de 1997 (T. V, folios 1004-1010 y 1017, 1057-1064).

El 31 de octubre de 1997 AIE y AISGE suscriben con los operadores de televisión autonómicos integrados en FORTA un “Convenio Marco” para la remuneración de la comunicación al público de las interpretaciones artísticas fijadas en obras y/o grabaciones audiovisuales en las formas previstas en las letras c) y d) del art. 20.2 del TRLPI en relación con el art. 108.3 del mismo texto legal entonces vigente.

AIE y AISGE trasladan este “Convenio marco” a CANAL PLUS, ANTENA3, TELECINCO y TVE en una carta conjunta en la que ofrecían las mismas condiciones pactadas con las televisiones integradas en FORTA, respetando las particularidades propias del negocio televisivo de cada cadena de televisión y anunciándoles que en caso contrario emprenderían las correspondientes acciones judiciales.

El 22 de diciembre de 1997, mediante conducto notarial, AISGE y AIE comunican a las cuatro televisiones generalistas con las que no habían alcanzado un acuerdo, el citado “Convenio Marco” como última propuesta de solución pactada (T. IV, folios 225-7 y ss.).

8.4. Año 1998

El 26 de enero de 1998, los representantes de TVE, CANAL PLUS (SOGECABLE), ANTENA3 y TELECINCO enviaron a AIE y AISGE sendas cartas notariales como respuesta a la carta en la que éstas les trasladaban el “Convenio marco” anterior, señalando, en particular, que no aceptaban participar en el Convenio firmado con FORTA entre otras razones por: -ser un acuerdo concertado con una parte minoritaria del sector; -no haberseles invitado a participar en las reuniones a pesar de representar al 85% del sector; -estar en desacuerdo con un método de cálculo cuyo punto de partida son las cantidades que se quieren recaudar; -no ajustarse las tarifas resultantes a los principios básicos de utilización real; -ser incomprensible su reclamación en concepto de remuneración equitativa, etc.; y solicitaban que con carácter previo se precisaran una serie de extremos: - concepto de usuarios, -actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales sujetos, -categorías de interpretaciones sujetas o el repertorio.

El 6 de mayo de 1998, AISGE y AIE notificaban al Ministerio de Educación y Ciencia las respectivas tarifas por el derecho de remuneración correspondiente a los artistas intérpretes o ejecutantes en relación con la comunicación pública de sus actuaciones o interpretaciones fijadas en una obra y/o grabación audiovisual. A todos los efectos, AISGE restablece la tarifa fijada en 1995 (1,5%), sobre el importe total de los ingresos mensuales de explotación de la empresa de televisión.

El 11 de mayo siguiente AISGE y AIE remiten un requerimiento a CANAL PLUS, TVE, ANTENA3 y TELECINCO, para hacer efectivo el derecho de remuneración de acuerdo con las Tarifas generales comunicadas al Ministerio.

El 19 de mayo siguiente CANAL PLUS, TVE, ANTENA3 y TELECINCO, en respuesta al anterior requerimiento, manifiestan su disposición para proseguir el diálogo, sin aceptar la posibilidad de hacer efectivas las cantidades adecuadas por el derecho de remuneración que AISGE y AIE les reclaman conforme a las tarifas.

En el mes de septiembre, se interponen las respectivas demandas por parte de AISGE y AIE frente a TVE, ANTENA3 y TELECINCO, bajo la base de las tarifas comunicadas al Ministerio. Continúan las negociaciones con CANAL PLUS.

El 9 de octubre de 1998 AISGE y AIE comunican a CSD sus tarifas generales (aprobadas en marzo y abril de ese año) para hacer efectivo el derecho de remuneración de artistas intérpretes y ejecutantes por la comunicación al público en sus formas de emisión inalámbrica (art. 20.2.c) del TRLPI) de sus interpretaciones incorporadas a grabaciones audiovisuales (T. V, folios 1020-1025).

8.5. Año 1999

En mayo de 1999 AIE y AISGE aprobaron sus tarifas para los actos de comunicación al público vía satélite previstos en el art. 20.2.d) del TRLPI, aplicables a las plataformas digitales (CSD y Vía Digital).

El 30 de junio de 1999, AIE y AISGE requieren a CSD y a Vía Digital para que en el plazo de 10 días opten entre la cantidad a tanto alzado que le habían propuesto o por la tarifa general (T. V, folios 1029-1039 y 1087-1097).

El 24 de noviembre de 1999, AISGE y AIE interponen demanda contra Sogecable (Canal+) bajo la base de las tarifas comunicadas al Ministerio en 1998. Y prosiguen las negociaciones con las dos plataformas digitales (T. II, folios 204-287). En la demanda se solicita del Juzgado que declare el derecho de AISGE y AIE a establecer tarifas generales y percibir la remuneración acorde a ellas desde 1 de enero de 1995 hasta la fecha en que fuera firme la sentencia.

8.6. Año 2000:

El 26 de mayo de 2000 AISGE y AIE formularon demanda, con similar requerimiento que el señalado frente a Sogecable (Canal+), contra Canal Satélite Digital SL (T. II, folios 290-349) y contra Distribuidora de Televisión Digital SA o Vía Digital (T. II folios 351-408).

9. Remuneración exigida o acordada con otros operadores de televisión

En el presente apartado se hace referencia a información que ha sido aportada por las partes con carácter no confidencial.

9.1. En octubre de 1997, AIE y AISGE firmaron un Convenio Marco con la Federación de Organismos de Radio y Televisión Autonómicos (FORTA). En dicho Convenio se establecía que, para los cinco primeros años de implantación del derecho de remuneración, y basado en unas cantidades alzadas (en millones de pesetas) para cada ejercicio anual, se cifraba en 7.000 millones de pesetas (4.000 para AISGE y 3.000 para AIE) lo que debían abonar el conjunto de las televisiones por la utilización de sus repertorios en el período 1995-1999 ambos inclusive.

El reparto entre los entes de televisión de la cantidad que correspondía pagar a cada uno se hizo en función de dos criterios, cada uno con peso del 50%: - su audiencia general en 1995, y - sus ingresos por publicidad y cuotas de abonados también de 1995. Sobre la base anterior se realizó una asignación para las cadenas ajenas a la FORTA, correspondiendo a CANAL PLUS un porcentual del 11,25% de la cifra global del sector, lo que suponía unos derechos de remuneración que ascendían para AISGE y AIE, por el referido periodo, aproximadamente a 787,5 millones de pesetas.

CADENA	Ingresos* (publicidad+ cuotas)	Audiencia General	% facturación**	Media ponderada***
TVE	71.500	37,17	28,31	32,74
T5	34.955	18,69	13,84	16,26
A3	60.447	26,26	23,93	25,10

Canal +	50.987	2,32	20,19	11,25
Sub Nacional	217.889	84,44	86,27	85,35
Canal Sur	4.700	3,33	1,86	2,60
TVC	14.700	4,65	5,82	5,24
TVM	6.306	3,13	2,50	2,81
ETB	2.200	1,21	0,87	1,04
TVG	2.181	1,01	0,86	0,94
TVV	4.600	2,22	1,82	2,02
Sub FORTA	34.687	15,55	13,73	14,64
TOTAL	252.576	99,99	100,00	100,00
Fuente: AISGE y AIE				
* Expresado en millones de pesetas.				
** Porcentaje de facturación sobre el global.				
*** Porcentaje de audiencia más porcentaje de facturación, dividido todo ello entre dos.				

Para ambas entidades, la cifra global del sector no es más que un parámetro, una referencia o una estimación que las partes contratantes aceptan a fin de fijar, a tanto alzado, la cuantía de la remuneración, en proporción a los rendimientos estimados que la utilización de dichas grabaciones audiovisuales les genera o puede generar durante el periodo de vigencia del convenio (5 años).

Este sistema regiría únicamente durante el periodo de vigencia del contrato: a partir del 1 de enero de 1995 y hasta el 31 de diciembre de 1999. No obstante, el acuerdo se prorrogó tácitamente por un año (2000) y en 2001 se suscribieron Convenios Singulares –bilaterales- entre las entidades de gestión y cada emisora autonómica, de las firmantes del Convenio, estableciendo la prórroga tácita de los mismos a partir de 2002, así como ciertas bonificaciones sobre la remuneración a satisfacer. Así mismo se preveía la prórroga automática en los ejercicios sucesivos, aplicando un porcentaje de incremento del 7,6 anual sucesivo sobre la base remuneratoria del ejercicio inmediato anterior.

En el Anexo de la prórroga firmado en 2001 en su Cláusula “Tercera.- Condición resolutoria” se establece “...Si durante el periodo inicial del presente acuerdo (...) o durante la vigencia de cualquiera de sus prórrogas sucesivas anuales, se produjera la normalización del sector en los términos en que ésta se define en el párrafo siguiente, cualquier de las partes podrá instar, de manera inmediata, la resolución definitiva del presente acuerdo” ... considerándose normalización del sector, “... la situación en la que al menos dos (2) de las entidades de radiodifusión de cobertura nacional... se encuentren obligadas a satisfacer el pago de los derechos de remuneración que corresponden a los artistas, intérpretes o ejecutantes por los actos de comunicación pública de obras y/o grabaciones audiovisuales previstos en el artículo 108.3, párrafo segundo, del TRLPI, ya sea por sentencia judicial firme o por cualquier clase de pacto entre las partes.” (folios 1794-5).

9.2. AISGE y AIE, en septiembre de 2001, demandaron a T5 ante la jurisdicción ordinaria reclamando el pago de las tarifas generales. El 5 de septiembre de 2001, el Juzgado de 1ª Instancia nº 17 de Madrid dictó Sentencia, reconociendo la existencia del derecho de remuneración al que hace referencia el artículo 108 de la LPI y su efectividad a través de AIE y AISGE. Dicha Sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, y en ella se condenaba a T5 a abonar a

AIE y AISGE la remuneración correspondiente al periodo 1-01-1995 a 20-09-1998, tomando como criterio de cálculo “[...] las tarifas generales comunicadas conjuntamente por las actoras al Ministerio de Educación y Cultura. [...]”.

En enero de 2003, AISGE y T5 alcanzaron un acuerdo para el período 1995-2012, en el que se establece un sistema de cálculo de la remuneración que buscaba aproximarse a la utilización real que T5 realiza de las interpretaciones de los artistas e intérpretes y a los ingresos de explotación que éstas generan, de tal manera que tras establecer diferentes categorías y tomando como referencia la parrilla de programación de T5 se fijó como base de cálculo para la liquidación un porcentaje de los ingresos publicitarios de T5.

- 9.3.** AISGE y AIE interpusieron en septiembre de 1998 demanda de mayor cuantía, tanto contra TVE como contra A3 TV en reclamación de que se declarase el derecho de artistas intérpretes y ejecutantes a percibir una remuneración equitativa. Tras Sentencia en octubre de 2000 para A3 TV y en febrero de 2001 para TVE, en las que se estiman parcialmente las demandas y habiéndose recurrido las mismas, AIE y AISGE instaron conjuntamente la ejecución provisional de las Sentencias, desistiendo posteriormente AISGE.

Mediante Auto de 21 de febrero de 2006, el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Alcobendas fijó en 14.803.554,29 €(más IVA) la cantidad por la que debía seguirse la ejecución a favor de AIE, correspondiente a la remuneración por comunicación pública de grabaciones en el periodo de 1 de enero de 1995 a 31 de diciembre de 2003.

En diciembre de 2007 AIE y A3TV firmaron contrato en el que se establecía un sistema convencional y transaccional de determinación a tanto alzado de la remuneración, por el que se fijaba el importe pactado por las partes, para el que AIE ha solicitado la confidencialidad (T. I Confidencial, folios 894-900).

Similar procedimiento se ha seguido con respecto a TVE (en el que la sentencia aún no es firme y no ha sido ejecutada), y en ambos casos de acuerdo con las afirmaciones de AIE, el importe resultante es inferior al que resultaría de aplicar la tarifa general que AIE tiene establecida y comunicada, al Ministerio de Cultura, afirmando sobre dichos contratos que: “están adoptados al amparo de lo previsto en el art. 108.6 TRLPI y no del 157 TRLPI” (T. I Confidencial 903-910).

ENTORNO JURIDICO:

- 10.** La configuración actual de los derechos objeto del presente expediente tiene sus inicios en la Convención de Roma. La evolución de nuestra normativa ha sido la siguiente:
- Ley de Propiedad Intelectual de 1987 (LPI). El ordenamiento jurídico español, tras la vigencia de la centenaria Ley de Propiedad Intelectual de 1879, regula por primera vez los derechos conexos en la Ley 22/1987, de 11 de noviembre,

bajo la rúbrica “Otros derechos de propiedad intelectual”. Sin embargo esta Ley, en su artículo 103 contemplaba ese derecho de compensación económica pero referido únicamente a las actuaciones fijadas en un fonograma, no a las fijadas en un soporte audiovisual, similar por tanto al entorno legal que regía a nivel internacional y el establecido en la Convención de Roma.

- La Directiva 92/100/CEE tuvo como objeto la supresión de las diferencias existentes entre las legislaciones de los países comunitarios en cuanto a la protección de otros derechos afines a los derechos de autor. En su artículo 8.1 señala:

Los Estados miembros concederán a los artistas, intérpretes y ejecutantes el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la emisión inalámbrica y la comunicación al público de sus actuaciones, salvo cuando dicha actuación constituya en sí una actuación transmitida por radiodifusión o se haga a partir de una fijación.

- Ley 43/1994, de 30 de diciembre, de incorporación al derecho español de la Directiva 92/100/CEE, en su redacción va más allá:

Artículo 7. Radiodifusión y comunicación al público.

(...)

3. Al firmar un contrato de producción de una grabación audiovisual entre un artista intérprete o ejecutante y un productor de grabaciones audiovisuales el artista intérprete o ejecutante autoriza la comunicación pública de su actuación.

Sin perjuicio de lo anterior, el artista intérprete o ejecutante conservará, de forma irrenunciable el derecho a obtener una remuneración equitativa y única por la comunicación pública de su actuación.

Los usuarios de las grabaciones audiovisuales que se utilicen para cualquier forma de comunicación al público tienen la obligación de pagar una remuneración equitativa y única a los productores de grabaciones audiovisuales y a los artistas intérpretes o ejecutantes, entre los cuales se efectuará el reparto de la misma. A falta de acuerdo entre ellos, el reparto se realizará por partes iguales.

4. El derecho a la remuneración equitativa y única a que se refieren los apartados 2 y 3 del presente artículo se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual.

(...)

- 11.** El régimen, tal como se había tipificado en el artículo 7 de la Ley 43/1994 se incorporó finalmente al Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el vigente Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), posteriormente modificado la Ley 23/2006, de 7 de julio. A los efectos del presente

expediente procede reseñar los siguientes preceptos relativos al derecho de comunicación al público de los artistas intérpretes o ejecutantes:

Artículo 108. Comunicación pública.

(...)

5. Los usuarios de las grabaciones audiovisuales que se utilicen para los actos de comunicación pública previstos en el artículo 20.2.f) y g) tienen obligación de pagar a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de grabaciones audiovisuales la remuneración que proceda, de acuerdo con las tarifas generales establecidas por la correspondiente entidad de gestión.

Los usuarios de grabaciones audiovisuales que se utilicen para cualquier acto de comunicación al público, distinto de los señalados en el párrafo anterior y de la puesta a disposición del público prevista en el apartado 1.b), tienen asimismo la obligación de pagar una remuneración equitativa a los artistas intérpretes o ejecutantes, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3.

6. El derecho a las remuneraciones a que se refieren los apartados 3, 4 y 5 se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. La efectividad de los derechos a través de las respectivas entidades de gestión comprenderá la negociación con los usuarios, la determinación, la recaudación y la distribución de la remuneración correspondiente, así como cualquier otra actuación necesaria para asegurar la efectividad de aquéllos.

Artículo 157. Otras obligaciones

1. Las entidades de gestión están obligadas:

a. A contratar con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, en condiciones razonables y bajo remuneración.

b. A establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa.

c. A celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente.

2. En tanto las partes no lleguen a un acuerdo, la autorización correspondiente se entenderá concedida si el solicitante hace efectiva bajo reserva o consigna judicialmente la cantidad exigida por la entidad de gestión de acuerdo con las tarifas generales.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Normativa de competencia aplicable

A modo de conclusión de la valoración jurídica realizada en la PR, la DI considera que AIE ha infringido el artículo 2, apartados a) y d) de la LDC y el artículo 102, apartados a) y c) del TFUE:

“- Al imponer de forma directa e indirecta, unas Tarifas generales por los derechos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales que administra no equitativas, en la medida en que:

- *No responden a las exigencias de la LPI de determinar la remuneración equitativa que corresponde a los artistas intérpretes y ejecutantes por la comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales.*
- *Se han establecido sin tener en cuenta la proporción con respecto al valor económico de la prestación ofrecida. AIE no ha tenido en cuenta, en la definición de sus tarifas, los niveles de utilización del repertorio, ni ningún otro método que permita identificar y cuantificar de forma más precisa la utilización de dichas obras así como la audiencia por parte de operadores en ninguna de las tarifas generales que sucesivamente ha ido comunicando al Ministerio de Cultura y exigiendo por vía judicial.*
- *No se ha definido ni es posible conocer el contenido y alcance del repertorio y la prestación sometida a remuneración. No existe una definición clara, objetiva e indiscutida, de los usos incluidos/no incluidos en el repertorio AIE: - ámbito de aplicación personal o subjetivo; - ámbito de aplicación temporal; - tipos o categorías de interpretaciones o ejecuciones y de grabaciones audiovisuales sujetas a remuneración; - inclusión, o no, en la remuneración exigida en la tarifa, de la utilización directa o indirecta de fonogramas etc. Por el contrario, AIE ha llevado a cabo una asimilación entre “uso efectivo del repertorio gestionado por AIE”, “uso efectivo de la música” y “ámbito de gestión”, que no permite a los operadores saber por lo que están pagando.*
- *No es posible establecer comparación con la remuneración que correspondería a prestaciones similares;*
- *Puesto que dichas tarifas tienen efectos discriminatorios, en la medida en que son muy superiores a la remuneración acordada con el resto de operadores, lo que ha supuesto reclamar a SOGECABLE contraprestaciones económicas sustancialmente superiores a las reclamadas a otros operadores, por las mismas prestaciones. En el caso de las televisiones autonómicas, según reconoce la propia AIE la remuneración que le hubiera correspondido pagar, por el periodo 1995-1999, a SOGECABLE, de acuerdo con lo establecido en el Convenio FORTA, es inferior en un 59% a lo que, para ese*

mismo periodo, se le ha requerido por vía judicial, en aplicación de las Tarifas generales.

No son comparables los factores que en uno y otro caso llevan a establecer una determinada exigencia de remuneración, ni tan siquiera la base o ingresos del usuario sobre la que se aplican los porcentajes de remuneración exigidos son comparables en los diferentes casos.

En conclusión, si las Tarifas generales ya de por sí son manifiestamente superiores a lo exigido vía negociación a otros operadores, al aplicarse sobre una base que incluye conceptos diferentes a los utilizados en otros supuestos, se está introduciendo un elemento cualitativamente diferente no justificado de forma objetiva.

Por todo ello, no se trata únicamente de que AIE haya discriminado a SOGECABLE sino que ha aplicado condiciones desiguales a los diferentes operadores de televisión para prestaciones equivalentes sin que en ninguno de esos casos las remuneraciones pactadas o exigidas lo fueran en virtud de factores objetivos que guardaran proporción con el bien gestionado. AIE, por tanto, ha llevado cabo una práctica de discriminación de precios desde una posición de dominio en el mercado. Esta práctica discriminatoria ha ocasionado desventajas anticompetitivas frente a terceros contratantes y, por tanto, dicha discriminación de precios constituye un abuso desde su posición de dominio.

- Puesto que, al igual que debe ser requisito indispensable la transparencia con respecto al repertorio gestionado por AIE y dicha transparencia no se ha dado, de igual manera se ha hurtado del conocimiento de los operadores la metodología de elaboración y cálculo de las tarifas generales que deberían estar sometidas a un conjunto de principios y criterios que las hicieran equitativas. Lo cual no sería contradictorio con la exigencia de negociación con los operadores que a AIE le impone la LPI ya que, como afirma el Consejo en su Resolución AIE/T5, la heterogeneidad deberá servir en la negociación para perfilar mejor el concreto valor con el que se utilizan esos criterios, pero en modo alguno pueden ser sustituidos todos ellos por un porcentaje sobre los ingresos de explotación.

- Al seguir una estrategia judicial abusiva, de modo que AIE con carácter previo a cualquier negociación, fijó unas tarifas generales, y dio traslado de las mismas a todos sus interlocutores. Dichas Tarifas generales, unilateralmente fijadas por AIE, son sensiblemente superiores, como se ha visto, a las que mediante negociación se han aplicado en los acuerdos con diferentes operadores, de tal manera que en ningún caso los acuerdos alcanzados por vía de negociación se han acercado a la cuantía reflejada en dichas tarifas, que por otra parte no incluyen elementos objetivos para su valoración singularizada. AIE, conociendo la diferencia existente entre las Tarifas generales y los acuerdos alcanzados con otros operadores, ha utilizado la vía judicial para exigir el pago, no de una remuneración equitativa o similar a la que estaban recibiendo de otros operadores de televisión, sino de la totalidad de las Tarifas generales que como se ha visto no respondían a ninguna valoración razonable y proporcionada de los derechos administrados por lo que puede calificarse de estrategia abusiva de exigencia de una remuneración inequitativa.”.

Por tanto, el Consejo debe decidir si AIE ha infringido la prohibición de abuso de posición dominante al aplicar a los denunciantes unas tarifas generales inequitativas y discriminatorias por el derecho de simple remuneración que el artículo 108.5.2º del TRPI reconoce a artistas intérpretes o ejecutantes (musicales) por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales en que hayan quedado fijadas sus actuaciones (HP 11); es decir, por cualquier modalidad de comunicación pública de tales grabaciones audiovisuales que no sean las formas previstas en las letras f) y g) del artículo 20.2 del TRLPI, respecto de las cuales el párrafo 1º del mismo art. 108.5 del TRLPI también reconoce a artistas, intérpretes o ejecutantes el derecho a percibir una remuneración, pero compartida con el productor de la obra o grabación audiovisual.

Este derecho de simple remuneración de artistas intérpretes y ejecutantes del art. 108.5.2º del TRLPI es efectivo desde el 1 de enero de 1995, fecha en la que entró en vigor la Ley 34/1994 (HP 4 y 10), y por imperativo del actual art. 108.6 del TRLPI corresponde a una entidad de gestión (en este caso, a AIE) su efectividad, que comprende la negociación con los usuarios, la determinación, la recaudación y la distribución de la remuneración correspondiente entre los titulares del derecho. Al amparo del art. 157.1.b) del TRLPI, con fecha 19 de abril de 1995, AIE estableció una tarifa general relativa a este derecho (que luego modificó en varias ocasiones, HP 5, la comunicó al Ministerio de Cultura y trasladó a los usuarios de tal derecho de simple remuneración (HP 8). En consecuencia, la conducta abusiva se habría iniciado en 1995.

Dada esta fecha, AIE alega que la norma aplicable al fondo del asunto es la anterior Ley de defensa de la competencia (Ley 16/1989), bajo cuya vigencia además tuvieron lugar en su mayor parte los hechos que fundamentan la imputación, así como también por ser, en este caso, la Ley 16/1989 más beneficiosa para AIE que la Ley 15/2007 que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007. En particular, AIE considera que cabe interpretar que para las infracciones muy graves –y la PR así califica la infracción que imputa a AIE– el art. 63 de la Ley 15/2007 prevé como sanción un porcentaje mínimo del volumen de negocios que resultaría, en cualquier caso, más grave que el eventual mínimo que existiría para las infracciones graves. Una interpretación –la existencia de una sanción mínima– que confirmaría la Comunicación de la CNC de 9 de febrero de 2009 sobre cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007 y de los artículos 101 y 102 del TFUE (Comunicación sobre multas), y que no existía bajo la vigencia de la Ley 16/1989.

La incoación de este expediente sancionador 2785/07 se produjo el 28 de julio de 2008 (AH 2), por ello se ha tramitado conforme a las normas procesales de la vigente Ley de defensa de la competencia (Disposición transitoria primera de la Ley 15/2007).

La Ley 16/1989 en el artículo 6.1. letra a), y la Ley 15/2007 en su artículo 2.1, establecen la misma prohibición con igual texto: “*Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional*”. Por tanto, a los efectos de la calificación jurídica de los hechos declarados probados en este expediente, no tiene mayor relevancia aplicar una u otra Ley de defensa de la competencia.

Pero como ya ha manifestado este Consejo en anteriores Resoluciones, cuando la conducta imputada se extiende en el tiempo durante el plazo de vigencia de las dos citadas normas, de acuerdo con el artículo 128 de la Ley 30/1992, resulta necesario determinar cuál de ellas es de aplicación a todo el periodo de duración de la infracción, debiendo optar por aquella Ley más beneficiosa para el operador imputado, conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable para el infractor en el caso en concreto (entre otras: RCNC de 12/11/2009, Expte. S/0037/08, *Compañías Seguro Decenal* y RCNC de 31/07/2010, Expte. S/0120/08, *Transitarios*).

El Consejo no comparte la interpretación que realiza AIE de la Ley 15/2007. En primer término, el hecho cierto de que la Ley 16/1989 no estableciera una clasificación de las infracciones en leves, graves y muy graves, como sí hace la Ley 15/2007 en el art. 62, no permite sostener que la infracción imputada a AIE en este expediente tuviese menos gravedad bajo el imperio de la derogada Ley 16/1989 que en aplicación de la vigente Ley de defensa de la competencia. En segundo lugar, de la lectura del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 ni se desprende la existencia de una sanción mínima por infracción de alguna de las conductas prohibidas, ni tampoco que la sanción mínima por una infracción calificada como muy grave tenga que ser, en todo caso, superior a la mínima que corresponda por una infracción grave. El Consejo entiende que este último precepto legal citado tiene por función limitar la potestad sancionadora de la CNC por relación a un determinado porcentaje del volumen de negocios total de la empresa, que varía en función de si la infracción es leve, grave o muy grave. Dentro del límite absoluto que resulte aplicable según el tipo de infracción (en este caso, el 10% del volumen de negocios total de AIE, tanto si se aplica la Ley 16/1989 como si se aplica la Ley 15/2007), la cuantía se determina exclusivamente en atención a los criterios establecidos en el artículo 64 de la misma Ley, que hay que decir son exactamente los mismos que ya expresamente mencionaba el art. 10 de la Ley 16/1989, excepto el criterio del beneficio ilícito que, no obstante, el Tribunal Supremo consideró implícitamente presente en el citado precepto.

Igualmente, el Consejo considera que el hecho de que la Comunicación sobre multas disponga que el importe básico de la sanción se obtiene partiendo de un 10% del “*volumen de ventas afectado por la infracción*”, tampoco significa que exista una sanción mínima. En primer término, porque la empresa imputada puede probar que el beneficio ilícito obtenido por la infracción ha sido inferior a ese porcentaje (punto 8.iii de la Comunicación). En segundo lugar, porque el importe básico “*se verá*” reducido por aplicación de las atenuantes que puedan concurrir en el caso en concreto. Es cierto que la Comunicación establece que ese porcentaje del 10% (del volumen de ventas afectado por la infracción) del que se parte para el cálculo de la sanción “*se podrá aumentar hasta en 10 puntos porcentuales*” por el mero hecho de que la conducta haya sido calificada como muy grave. A este respecto, el Consejo entiende que este criterio, tal como está formulado en la Comunicación, ni es de aplicación mecánica en todo caso (“*podrá*”) ni puede ser interpretado más que como otro límite (“*hasta*”) que se autoimpone en el ejercicio discrecional de su potestad sancionadora en beneficio de la empresa infractora.

En consecuencia, en este concreto caso, el Consejo considera que no es posible afirmar que la aplicación del régimen sancionador de la Ley 15/2007 sea ni más favorable ni más perjudicial para AIE que el de ley 16/1989. Por ello, teniendo en cuenta que la mayor parte de los hechos que sustentan la imputación se iniciaron y, en su mayor parte, tuvieron lugar bajo la vigencia Ley 16/1989, ésta debe ser la Ley aplicable a la calificación jurídica y sanción de las conductas imputadas por la DI.

La DI considera que la conducta de AIE también infringe la prohibición del actual art. 102 del TFUE (antiguo art. 82 del Tratado CE). AIE no ha realizado ninguna alegación sobre esta imputación, siendo aplicables en este caso las consideraciones realizadas por el Consejo en resoluciones precedentes. Así en la Resolución de 9 de diciembre de 2008 (expte. 636/07, Fonogramas, confirmada por SAN de 10 de marzo de 2010), relativa al derecho a una remuneración de productores y artistas por la comunicación pública de fonogramas, señaló que *“el TJCE ha establecido de forma reiterada y constante que el territorio de un Estado miembro es una parte sustancial del mercado común (entre otras, STJCE de 9 de noviembre de 1983, Michelin). En consecuencia cuando una conducta afecta, aunque sea potencialmente a la totalidad del territorio español (que constituye una parte sustancial del mercado común), el artículo 82 TCE será plenamente aplicable, y así resulta por lo demás de la propia praxis del TDC (Resolución de 27 de julio de 2000, Expte 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual)”*. Y en la más reciente Resolución de 23 de julio de 2009 (Expte. 651/08, AIE/T5, FD 5º), relativa al mismo derecho que es objeto de este expediente, el Consejo sostuvo que: *“... AIE cobra una remuneración por toda comunicación pública de grabaciones audiovisuales y en ese repertorio también intervienen artistas intérpretes o ejecutantes musicales de otros Estados miembros de la Unión Europea, puesto que la legislación española reserva a esta entidad de gestión colectiva el derecho irrenunciable e indisponible de cualquier artista intérprete o ejecutante musical, con independencia de su nacionalidad. Por tanto, cuando haya una comunicación pública de una grabación audiovisual, quedará afectado el comercio intracomunitario, en la medida en que las tarifas afecten a los derechos de esos artistas intérpretes o ejecutantes musicales comunitarios.”*

Segundo.- Infracción del principio *non bis in idem*

En la Resolución de 23 de julio de 2009 (Expte. 651/08, AIE/T5 tramitado por la DI con el nº 2538/04), el Consejo resolvió: *“Declarar que la Entidad ‘ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA’ (AIE) ha infringido los artículos 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, y 82 del TCE, al haber exigido unas tarifas inequitativas y discriminatorias a GESTEVISIÓN TELECINCO en relación con la remuneración de los derechos de artistas intérpretes o ejecutantes por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales.”*

Con carácter principal, AIE alega que la Propuesta de Resolución de la DI (AH 8) infringe el principio *ne bis in idem*, en esencia, porque la infracción consistente en establecer y aplicar una tarifa general (relativa al derecho a una remuneración del art. 108.5.2º del TRLPI) inequitativa y discriminatoria que se imputa en este expediente ya fue sancionada por la citada Resolución del Consejo de 23 de julio de 2009. Por ello,

termina solicitando el archivo del expediente sancionador por pérdida de objeto conforme al art. 44 de la LDC.

La DI, por el contrario, sostiene que no resulta aplicable tal principio, por cuanto “...*en el presente caso no se da tal identidad de sujetos: en el 2538/04 la conducta es exclusivamente de AIE mientras que en este los sujetos de la conducta analizada eran AIE y AISGE, de tal manera que AISGE modificó sus tarifas para adecuarse a AIE y juntas han seguido una estrategia judicial abusiva. Por tanto, los encausados en el presente expediente eran tanto AIE como AISGE que conjuntamente habían establecido unas tarifas, habían negociado con SOGECABLE y habían interpuesto demanda judicial con base en la exigencia de aplicación de las citadas tarifas.*

Con respecto a los hechos objeto de la Resolución del Expediente 651/08 AIE/T5, se refieren a la inequidad de las tarifas, y a la discriminación. Sin embargo en el presente expediente las prácticas analizadas van más allá, en la medida en se refieren, junto a la inequidad de las tarifas y su aplicación discriminatoria, a la falta de transparencia unida a una estrategia judicial abusiva”.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional este principio general del derecho vedaría a la CNC sancionar nuevamente a AIE si existe identidad de sujetos, hechos y fundamento jurídico entre este expediente sancionador y el expediente 651/08. El Consejo considera que, en este caso, no se produce esta triple identidad, en particular, porque si bien es cierto como alega AIE que existe identidad en el sujeto activo de la conducta imputada en este expediente y en el expediente 651/08, tal identidad no se produce en el sujeto pasivo de la infracción de abuso de posición dominante, que en este caso son los operadores Sogecable, DTS y CSD, y en el expediente 651/08 el operador de televisión Telecinco. En este sentido, la lectura del resuelve de la Resolución de 23 de julio de 2009 (arriba transcrito) permite constatar que se sancionó a AIE exclusivamente por “haber exigido” a Gestevisión Telecinco el pago de unas tarifas inequitativas y discriminatorias, en tanto que ahora se declara y sanciona la infracción de la legislación de defensa de la competencia consistente en exigir el pago de esas tarifas generales a Sogecable, CSD y DTS, ocasionándoles una desventaja anticompetitiva frente otros operadores.

En consecuencia, la infracción que se imputa a AIE en este expediente se sustenta en hechos paralelos, pero necesariamente distintos, a los considerados en el expediente 651/08.

Tercero.- Delimitación de las conductas imputadas a AIE

En el Pliego de Concreción de Hechos (PCH), tras analizar los hechos acreditados y la normativa aplicable, la DI concluye “*que AISGE y AIE han infringido el artículo 2 apartados a) y d) de la LDC y el artículo 82, apartados a) y c) del Tratado, mediante:*

- *la imposición de forma directa e indirecta de condiciones comerciales no equitativas, a través de una estrategia negociadora y judicial abusiva.*
- *al establecer unas Tarifas generales por los derechos de comunicación pública que administra inequitativas, en la medida en que no responden a las exigencias de la LPI de establecer “en condiciones razonables” la remuneración que*

corresponde a los artistas intérpretes y ejecutantes. No guardan relación con el bien a remunerar, ni son comparables con las establecidas para ese mismo bien a otros operadores.

- *discriminatorias, en la medida en que le han llevado a reclamar a SOGECABLE contraprestaciones económicas sustancialmente diferentes y superiores a las reclamadas a otras televisiones por las mismas prestaciones. AISGE y AIE han llevado cabo una práctica de discriminación de precios desde una posición de dominio en el mercado. Esta práctica discriminatoria ha ocasionado desventajas anticompetitivas frente a terceros contratantes y, por tanto, dicha discriminación de precios constituye un abuso desde su posición de dominio.”*

Sin embargo, en el Informe y Propuesta de Resolución que remite al Consejo, la DI concluye proponiendo “*Primero.- Que por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia se declare la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 2.2 apartados a) y d) de la de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia y el artículo 102, apartados a) y c) del TFUE, consistentes en establecer unilateralmente unas Tarifas generales, por los derechos de comunicación pública que administra, no equitativas. A su vez AIE, ha llevado cabo una práctica de discriminación de precios desde una posición de dominio en el mercado, que ha ocasionado desventajas anticompetitivas a unos operadores frente otros.”.*

AIE, con carácter subsidiario para el caso que no se considere aplicable el principio *ne bis in idem*, alega que la supuesta estrategia negociadora y judicial mantenida por AIE (y AISGE) frente a los denunciantes no puede constituir una infracción autónoma o distinta, sino elementos fácticos que configurarían la única infracción imputada: el establecimiento y aplicación de unas tarifas generales en relación con el derecho de simple remuneración del artículo 108.5.2º del TRLPI inequitativas y discriminatorias, pues es inherente al establecimiento su aplicación subsidiaria si fracasa la negociación y, en último término, su reclamación coactiva en sede jurisdiccional frente a aquel usuario con la obligación de pago prevista en el TRLPI. En todo caso, además, AIE argumenta que no ha existido una estrategia judicial abusiva, por cuanto no concurren en este caso las condiciones excepcionales que conforme a la jurisprudencia comunitaria (STPI de 17/09/1998, As. T-11/96 ITT Promedia) permitirían aplicar las normas de competencia al ejercicio de acciones judiciales por una empresa dominante, como tampoco una estrategia negociadora abusiva, en la medida en que ha alcanzado un acuerdo con Telecinco (declarado confidencial) en condiciones económicas similares a las acordadas con otras televisiones, pese a que este operador contaba con una sentencia del Tribunal Supremo y una Resolución de la CNC favorable a sus intereses.

Conforme a la propuesta remitida por la DI, el Consejo considera que en este expediente se imputa a AIE una única infracción de la prohibición de abuso de posición dominante, que encuentra encaje tanto en las letras a) de los artículos 2.2 de la LDC y 102 del TFUE, como también en la letra d) del art. 2.2 de la LDC y letra c) del art. 102 del TFUE. En efecto, la DI imputa a AIE haber realizado desde su posición dominante una conducta de imposición a Sogecable, de forma directa o indirecta, de precios u otras

condiciones comerciales no equitativas (arts. 2.2.a) de la LDC y 102.a) del TFUE), por cuanto:

- (i) ha establecido con carácter unilateral y con carácter previo a cualquier negociación unas tarifas generales que fueron trasladadas a todos los usuarios, sin que las mismas comprendieran elementos objetivos sobre los que poder instrumentar una negociación (HP 5).
- (ii) esas tarifas generales son inequitativas porque no guardan proporción alguna con respecto al valor económico de la prestación ofrecida, pues
 - (a) no hay relación entre la remuneración exigida y la remuneración repartida entre los titulares de los derechos que administra (HP 7).
 - (b) en su establecimiento y evolución a lo largo del tiempo no se ha tenido en cuenta factores o criterios objetivos que permitan afirmar que se ha alcanzado un equilibrio razonable entre los diferentes intereses en juego, particularmente AIE no ha tenido en cuenta en la definición de sus tarifas, los niveles de utilización del repertorio, ni ningún otro método que permita identificar y cuantificar de forma más precisa la utilización de dichas obras así como la audiencia por parte de los operadores en ninguna de las tarifas generales que sucesivamente ha ido comunicando al Ministerio de Cultura y exigiendo por vía judicial (HP 6).
- (iii) la ausencia de una definición clara y precisa del contenido de la prestación de AIE sometida a remuneración (del repertorio, que identifica con la “música”: AH 6), está sustrayendo a los usuarios un elemento indispensable en la negociación para la valoración y justificación de la remuneración exigida (AH 5 y 6).
- (iv) La remuneración exigida vía judicial a Sogecable conforme a las tarifas generales unilateralmente establecidas es por sí misma manifiestamente superior a la que mediante negociación se ha aplicado en acuerdos con diferentes operadores, y además está calculada sobre una base (ingresos del usuario) que recoge conceptos diferentes, sin que en uno y otro caso haya concretado los elementos objetivos que puedan justificar estas conductas (HP 5, 8 y 9.1).
- (v) En estas condiciones descritas de unilateralidad, falta de objetividad, transparencia y comparabilidad de la tarifa relativa a un bien necesario para el denunciante, la adopción misma de la tarifa general desvirtúa o condiciona la negociación exigida por el art. 108.6 del TRLPI de forma incompatible con el derecho de defensa de la competencia, como también resulta incompatible con esas reglas de la competencia la exigencia en los tribunales del pago íntegro de esas tarifas generales.

La aplicación o exigencia a las denunciadas del pago de unas tarifas que son inequitativas por las razones expresadas genera necesariamente efectos discriminatorios encuadrables en el supuesto de conducta abusiva de los artículos 2.2.d) de la LDC y 101.c) del TFUE; es decir, se imputa a AIE la explotación de su posición dominante al aplicar a Sogecable (DTS y CSD) condiciones comerciales desiguales para prestaciones equivalentes que le colocan en situación desventajosa frente a otros operadores de televisión competidores, pues, sin justificación alguna,

- (i) por la misma prestación se les ha reclamado el pago de una remuneración que prácticamente duplica la acordada con otros operadores con los que compiten en el mismo mercado, y
- (ii) se les ha exigido el pago de una remuneración calculada sobre unas bases o ingresos de los usuarios que no son comparables con los seguidos para el cálculo de la remuneración aplicada a otros operadores competidores.

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

Cuarto.- Establecimiento de tarifas generales inequitativas que producen efectos discriminatorios al exigirse a determinados usuarios

La comisión del ilícito previsto en los artículos 2.1 de la LDC y 102 del TFUE exige que la empresa (i) ostente una posición de dominio en un determinado mercado, y (ii) que realice conductas que constituyan una explotación abusiva de ese poder de mercado.

La DI considera que desde la perspectiva del usuario el mercado relevante sería el de los derechos de comunicación pública de la propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes, mercado en el que el poder de las entidades de gestión es muy elevado, ya que las televisiones no pueden prescindir de su repertorio, y que desde la perspectiva de la oferta habría dos mercados, uno en relación con los derechos gestionados por AIE y otro por los de AISGE y por más que se considerara que las entidades de gestión tienen posición de dominio colectiva, lo cierto es que AIE y AISGE gozan de independencia plena, ya que como monopolistas de sus respectivos repertorios, ninguna de estas entidades puede ejercer presión competitiva sobre la otra. El mercado de referencia es el de gestión de los derechos de la propiedad intelectual de artistas intérpretes o

ejecutantes por la comunicación pública de grabaciones en el mercado audiovisual en el cual ambas sociedades tienen posición de dominio.

El Consejo comparte estas consideraciones sobre el mercado relevante y la posición monopolista de AIE, por ser coincidentes con lo establecido en sus resoluciones de 4 de febrero de 2008 (Expte. R 714/07, Telecinco/AIE) y de 23 de julio de 2009 (Expte. 651/08, AIE/T5).

Con el carácter subsidiario arriba señalado, AIE considera que las alegaciones realizadas en el citado expediente 651/08 son perfectamente aplicables en este expediente, y válidas para rebatir las imputaciones de inequidad y discriminación de las tarifas generales relativas al derecho de simple remuneración del art. 108.5.2º del TRLPI que realiza en este expediente, por lo que las da por reproducidas.

La DI refuta esas alegaciones referidas a la equidad de las tarifas argumentando lo siguiente:

“2.- En relación a la equidad de las tarifas, alega AIE que el PCH pone en pie de igualdad y compara los acuerdos fruto de la negociación prevista en el art. 108.6 TRLPI con la Tarifa general prevista en el art. 157 TRLPI, desconociendo las diferencias existentes entre ambas figuras.

Frente a tal afirmación cabe recordar que, en el punto 1.1 de la VALORACIÓN JURÍDICA, se analiza la tipificación jurídica de ambas figuras de acuerdo con el TRLPI, para concluir afirmando que las mismas condiciones razonables y equitativas, que la ley exige en los supuestos de negociación, deberán estar en la base de las Tarifas Generales, cuyo papel, de acuerdo con la LPI, no es otro que determinar la remuneración exigida. Por tanto, no confunde el PCH ambos supuestos legales, pero si considera, de conformidad con lo establecido en el TRLPI, que ambos deben estar sometidos a los principios de racionalidad, equidad y ausencia de arbitrariedad. En este sentido se manifiesta el Consejo de la CNC en la citada Resolución de 23 de julio 2009 AIE/T5 [...].

3.- Las diferencias entre ambos supuestos no amparan el que se considere, como hace AIE en sus alegaciones, que la Tarifa general no tiene más que una función residual.

El art 157.1.b. TRLPI, señala que las Entidades de gestión están obligadas “A establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio,...” y ésta no es una función residual sino que por ley se exige a las Entidades de gestión, que determinen la remuneración equitativa que corresponde a los derechos por ellos administrados, no cualquier remuneración, y como se verá más tarde no es “residual” la posibilidad de su exigencia por vía judicial.

4.- La DI coincide con AIE cuando afirma que la Tarifa, al establecerse para toda una categoría de usuarios necesariamente heterogénea, no puede tener en cuenta las características de cada usuario. Sin embargo sorprende su siguiente afirmación según la cual en razón de dicha heterogeneidad, debe establecerse un método de remuneración basado en elementos objetivos, de carácter general y subsidiario

respecto a los acuerdos alcanzados, y lo sorprendente de tal afirmación es que durante todo el procedimiento se ha solicitado de AIE información sobre el método y los elementos objetivos tenidos en cuenta para la elaboración de sus Tarifas, sin que de la información aportada se deduzcan indicios de la existencia de dicho método o de la existencia de elementos objetivos de valoración, excepto el hecho de haber tomado como referencia la tarifa de SGAE, que protege derechos diferentes, o una metodología que utiliza como “referencia adecuada” la negociación habida con diferentes operadores, por lo que no ha habido parámetros que permitieran calcular la proporción, relación y equidad de las tarifas exigidas respecto a la prestación sujeta a remuneración.

*Tampoco justifica AIE su afirmación según la cual la Tarifa debe ser una fórmula que permita determinar la remuneración máxima que debe pagar cualquier usuario en defecto de acuerdo. Considera la DI que en ningún momento la LPI al referirse a la remuneración a pagar por los usuarios de grabaciones audiovisuales se refiere a tarifas máximas sino que explícitamente se refiere a la obligación de pagar una **remuneración equitativa** a los artistas intérpretes o ejecutantes, remuneración que debe determinarse por vía de tarifas.*

Este último concepto de remuneración máxima, guarda relación con la afirmación de AIE, según la cual si no hubiera diferencias entre la remuneración prevista en el acuerdo y la tarifa -que puede exigirse por vía judicial-, los usuarios carecerían de cualquier tipo de incentivos para negociar acuerdos con AIE y el art. 108.6 TRLPI quedaría vacío de contenido.

5.- La interpretación que AIE hace del art. 108.6, -las tarifas como instrumento de presión para forzar la negociación-, no sólo es contradictoria con el art. 108.5 cuando habla de remuneración equitativa sino, que vacía de contenido el art. 157, en el que se encomienda a las entidades de gestión la determinación de dicha remuneración equitativa por vía de tarifas, y es contradictoria con sus propios argumentos, ya que como se ha afirmado hace apenas unos párrafos, al tratarse de colectivos heterogéneos, obviamente la negociación tendrá que hacerse con base en las características particulares de cada usuario, no partiendo de unas tarifas sin relación con el bien y cuya función, para AIE, es “incentivar” la negociación, afirmación ésta, hecha desde la posición de un operador con posición de dominio, lo cual cuanto menos puede ser indiciario de una actitud abusiva.

6.- En cuanto al ámbito de los derechos gestionados por AIE, considera ésta que el PCH ignora, lo establecido en el TRLPI y confirmado en diferentes sentencias de los Tribunales o mediante la firma de acuerdos con diferentes entidades.

En este punto, la DI reitera lo afirmado en el PCH, en el sentido de que no es la Autoridad de competencia quien debe interpretar la LPI, y más en un punto tan cuestionado como este que, como afirma AIE, ha dado lugar a múltiples sentencias de los Tribunales. Sin embargo, teniendo en cuenta lo prescrito en el art. 147. Requisitos del TRLPI, según el cual las entidades de gestión “... podrán ejercer los derechos de propiedad intelectual confiados a su gestión...” lo que si se cuestionó en el PCH fue la repercusión que, la definición del ámbito; del repertorio, y el “peso” de las diferentes

categorías de representados que han confiado su gestión a AIE, podía tener en la determinación de la remuneración exigible a los usuarios.

7.- Su alegación 2.3 “Una tarifa establecida sobre parámetros objetivos es perfectamente compatible con las normas de competencia” la sustenta en su interpretación de que el PCH considera inequitativa una tarifa que no esté basada en el uso, o que sea independiente de los criterios de reparto, y en ese sentido, considera que el PCH obvia, en su opinión, el hecho de la inmensa mayoría de las entidades de gestión colectivas, tanto europeas como españolas utilizan tarifas por disponibilidad.

La DI difiere por completo de tal interpretación. Ambos sistemas – uso/disponibilidad – han demostrado su posible adecuación a los diferentes supuestos y circunstancias y así ha sido reconocido por diferentes instancias. Es más, el PCH no cuestiona la adecuación de una tarifa basada en la disponibilidad. Parece claro, no obstante, que si bien ambos sistemas son adecuados teóricamente, la elección debe decantarse por aquel que permita lograr de manera lo más eficiente posible el fin buscado –remunerar equitativamente a los artistas, intérpretes y/ ejecutantes–. Vista la posible adecuación teórica de ambos sistemas, lo que ha analizado la DI en su PCH es si la conducta de AIE al establecer unilateralmente sus tarifas, en este caso por disponibilidad, había podido suponer un abuso de su posición de dominio, sin que ello haya supuesto, en ningún momento, considerar restrictivo, en sí mismo, un sistema de “porcentaje sobre ingresos”.

Tanto la determinación de unas tarifas generales como la contratación en condiciones razonables del cobro de unos derechos por la disponibilidad de un repertorio, exige necesariamente, al tratarse de un derecho de contenido económico y siendo AIE la única entidad que en España hace efectivos los derechos de gestión colectiva de los artistas intérpretes y/o ejecutantes musicales, la adecuación entre la remuneración exigida y el valor de la prestación ofrecida así como un sistema de pago que responda a elementos objetivos. No habiendo podido demostrarse la existencia de ambos factores, ha llevado al PCH a cuestionarse que la actuación de AIE para el cobro de los derechos de remuneración de sus asociados sea compatible con la LDC.

8.- Para AIE, no se ha acreditado la existencia de tarifas inequitativas, en el sentido de que no ha habido actos de instrucción indagatorios sobre el valor económico de la prestación.

Frente a tal alegación de AIE, la DI quiere poner de manifiesto en primer lugar que, como es doctrina consolidada, la carga de la prueba que en el presente caso está referida al valor económico de la prestación, no corresponde a la autoridad de competencia, y lo que es más importante, cuando el art. 157 del TRLPI fija como obligación de las entidades de gestión la de establecer las tarifas generales que determinen la remuneración a que hace referencia el art. 108, está exigiendo de estas que determinen cual es la remuneración equitativa, para lo cual deberán conocer el valor de la prestación que está siendo objeto de valoración. Luego es en ese momento, y no en el marco de un procedimiento sancionador, cuando debe valorarse la prestación y asegurar una remuneración adecuada a los titulares de los derechos. En ese aspecto el PCH, frente a la omisión que le atribuye AIE en sus alegaciones, coincide con la formulación del Tribunal de Justicia en la sentencia SENA, cuando señala que para

analizar si una tarifa es equitativa a los efectos del derecho comunitario debe tenerse en cuenta el valor de la prestación “en los intercambios económicos”.

9.- De igual manera, la afirmación de AIE según la cual corresponde al Ministerio de Justicia poner de manifiesto, en su caso, el carácter no equitativo de las tarifas, no exime de que los órganos que tienen la función de velar por la defensa de la competencia actúen en los casos en que se presume que puede existir un abuso de posición de dominio por el establecimiento unilateral de tarifas abusivas, no equitativas o discriminatorias.”.

El Consejo comparte plenamente estas consideraciones de la DI, porque son consecuentes con las consideraciones realizadas en su citada Resolución de 23 de julio de 2009 que, por referirse al mismo derecho de propiedad intelectual y a las mismas o similares prácticas de AIE que las aquí se analizan (si bien frente a otro operador de televisión), se consideran plenamente aplicables al caso:

«El Consejo entiende que acierta la DI cuando considera que no es aceptable que las tarifas generales estén basadas simplemente en un porcentaje sobre ingresos de explotación, sobre todo si se tiene en cuenta que en los convenios suscritos por AIE con otras televisiones ha sido posible introducir diferentes elementos y consideraciones que aproximan la remuneración de este derecho a un conjunto de variables que determinan un pago basado en el uso que efectivamente se hace del repertorio gestionado por AIE para este derecho concreto.

En este sentido, tal y como ha señalado la DI en cuanto a la razonabilidad, los ingresos obtenidos tienen que tener relación con el uso de ese repertorio. Es razonable que la exigencia de una tarifa general a un usuario contemple un criterio que permita, en un primer paso, medir la intensidad de uso en la medida de lo posible (tiempo de comunicación, ponderación respecto del producto televisivo final, etc.), pero, también, que mida el valor que tiene ese uso, teniendo en cuenta que en la comunicación pública de las televisiones hay franjas horarias asociadas a distintos valores económicos, reflejados por la audiencia, los ingresos por publicidad, etc. Es evidente que ninguno de estos criterios aparece en las tarifas generales publicadas por AIE [...] y que estas tarifas son las exigidas unilateralmente a T5 por vía judicial, por lo que no cabe sino afirmar el carácter inequitativo de esas tarifas generales.

[...] Al menos la metodología de cálculo de las tarifas generales, al fijarse unilateralmente y con carácter previo a cualquier negociación, tiene que contener un conjunto de principios y criterios generales que permitan orientarlas siempre hacia ese carácter equitativo exigido legalmente. Lo equitativo está relacionado con el uso efectivo que la televisión haga de ese insumo, como ya han señalado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal Supremo español. Estos principios son los que guían a la entidad televisiva cuando negocia con AIE, porque en otro caso podría salir gravemente perjudicada en sus intereses económicos.

Por otro lado, la alegación [...], de que las entidades televisivas son heterogéneas, no justifica en modo alguno que no se apliquen esos criterios generales comunes

tanto en las tarifas generales como en la negociación con esas entidades. La heterogeneidad deberá servir en la negociación para perfilar mejor el concreto valor con el que se utilizan esos criterios, pero en modo alguno pueden ser sustituidos todos ellos por un porcentaje sobre los ingresos de explotación, que solamente aparece justificado por un supuesto desconocimiento de la idiosincrasia concreta del negocio para cada ente televisivo. Aunque esto no obsta para que el resultado final de una negociación concreta entre AIE y un ente televisivo pueda ser un pago periódico por disponibilidad, si bien, una vez valorados en la propia negociación los costes de transacción o de control del propio acuerdo.

Abundando en ello, el Consejo de la CNC entiende que no se trata tanto de cuestionar que AIE cobre unas tarifas generales en caso de que resulte fallido un proceso de negociación con una entidad televisiva, como de que la metodología de elaboración y cálculo de esas tarifas generales se sometan a un conjunto de principios y criterios que las hagan equitativas. Hay que tener en cuenta que la entidad de gestión colectiva es un monopolista y que su responsabilidad en términos de transparencia, objetividad y razonabilidad es mucho mayor que la de otros operadores de mercado, tanto por su condición de monopolista como por los privilegios de diverso tipo que le concede la legislación de propiedad intelectual. Así se pone de manifiesto por la Comisión Europea en su Comunicación al Consejo, al Parlamento y al Comité Económico Social Europeo de 16 de abril de 2004 – *La gestión de los derechos de autor y derechos afines en el mercado interior, COM 2004* –, cuando entra en la gestión colectiva de los derechos y subraya la capital importancia de la eficiencia, transparencia y responsabilidad de las sociedades de gestión. Del mismo modo que ya lo había hecho en su Directiva 2001/29/CE sobre el derecho de autor en la sociedad de la información, señalando en el Considerando 17 que es preciso, especialmente a la luz de las exigencias derivadas del entorno digital, garantizar que las sociedades de gestión colectiva de los derechos de autor consigan un nivel más alto de racionalización y transparencia en el respeto de las normas de competencia.

Como concreción de esos presupuestos y considerandos comunitarios, la Sentencia del Tribunal de Justicia (STJCE) de 6 de febrero de 2003, asunto C-245/00, referida a la remuneración equitativa en el caso de alquiler de fonogramas, en relación al artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100/CEE del Consejo de 19 de noviembre de 1992, se pronuncia no solamente en cuanto a la necesidad de un equilibrio entre los intereses de unos y otros, sino que subraya también los principios de efectividad de uso y de comparación con situaciones análogas.

En esta Sentencia, el TJCE se pronuncia sobre “*cuáles son los criterios que deben aplicarse para determinar la cuantía de la remuneración equitativa y cuáles son los límites a los que están sujetos los Estados miembros en la fijación de dichos criterios*”. Responde que “*el artículo 8, apartado 2 de la Directiva 92/100 no se opone a un método de cálculo de la remuneración equitativa de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas que haga uso de factores variables y fijos, tales como la cantidad de horas de difusión de los fonogramas, los índices de audiencia de las emisoras de radio y de televisión representadas por el organismo de difusión, las tarifas fijadas por contrato en*

materia de derechos de ejecución y de radiodifusión de obras musicales protegidas por los derechos de autor, las tarifas practicadas por los organismos públicos de radiodifusión en los estados miembros vecinos del Estado miembro de que se trate y las cantidades pagadas por las emisoras comerciales, puesto que dicho método permite alcanzar el equilibrio adecuado entre el interés de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores a percibir una remuneración por la difusión de un fonograma determinado y el interés de los terceros para poder emitir dicho fonograma en condiciones razonables y no es contrario a ningún principio del derecho comunitario.”

Por lo tanto, a pesar de las alegaciones de AIE referidas a esta sentencia, está claro que el TJCE considera preciso introducir “factores variables y fijos” orientados a un cálculo de la remuneración equitativa de estos derechos por el uso efectivo de las obras audiovisuales utilizadas.

De igual forma, el Consejo considera que AIE no acierta en sus alegaciones cuando interpreta lo establecido por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2008, en el asunto *C-52/07 Kanal 5 Ltd, TV4 AB y STIM-Foreningen Svenska Tonsattare Internationella Musikbyra*, puesto que el TJCE señala que el carácter no abusivo de esta remuneración reside en que estas tarifas se correspondan con una parte de los ingresos de estas cadenas, “siempre que dicha parte sea globalmente proporcional a la cantidad de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual realmente emitida o que pueda emitirse y salvo que exista otro método que permita identificar y cuantificar de forma más precisa la utilización de dichas obras así como la audiencia, sin que por ello aumenten desproporcionadamente los gastos a que da lugar la gestión de los contratos y el control de la utilización de dichas obras”. Por lo tanto, una remuneración “proporcional” al uso y sobre la base de unos criterios que AIE supo identificar y cuantificar ya no solamente en el denominado Convenio FORTA sino también en el principio de acuerdo al que llegó con T5 [...].

También es relevante para esta resolución tener presente la ya citada y reciente STS de 18 de febrero de 2009, Sentencia nº 55/2009 (Sala de lo Civil) – TELECINCO – AIE-, donde el Alto Tribunal analiza en casación si las tarifas generales que AIE pretende cobrar a T5 son equitativas y no discriminatorias. El Tribunal Supremo ha considerado en esta Sentencia que las tarifas generales que AIE ha exigido a T5 son tarifas inequitativas y, para ello, ha utilizado un conjunto de argumentos que no hacen sino confirmar la pretensión del Consejo de la CNC en su Resolución de 4 de febrero de 2008, cuando señalaba el tipo de análisis y consideraciones que había que tener presente para poder resolver ajustado a Derecho en estos casos.

Para el TS las tarifas generales de AIE, tal y como aparecen publicadas, es decir, como un porcentaje de los ingresos de explotación de T5, no pueden ser sino el punto de partida de lo que podrá exigir a T5. Para el Tribunal Supremo las tarifas generales de AIE no guardan relación “con el grado de utilización del repertorio de las sociedades de gestión, como impone el artículo 157.1b) LPP”. En este sentido, AIE tendría que haber tenido en cuenta criterios de utilización efectiva del repertorio, en la medida de lo posible. Este tipo de criterios no aparecen en la publicación de las tarifas generales, como también pone de manifiesto este Consejo

en los Hechos Probados [...]. Dice el TS que *“resulta más equitativo el criterio de efectividad de uso del repertorio, en la medida que sea posible su aplicación, que el criterio de disponibilidad o de cuantificación en función de los rendimientos de explotación de las empresas. Se impone la necesidad de fijar como uno de los criterios necesarios para garantizar la equidad en la fijación de la remuneración equitativa que las tarifas aplicadas se ajusten en lo posible al criterio de efectiva utilización del repertorio de la sociedad correspondiente”*.

El Tribunal Supremo considera que tienen que tenerse en cuenta *“la comparación con otros acuerdos a que haya llegado la sociedad de gestión”* y, por tanto, que las tarifas generales tienen que reflejar, de algún modo, las características y los contenidos generales de los acuerdos ya existentes, de modo que haya siempre una proporcionalidad entre las tarifas generales y los precios negociados mediante acuerdos. Es decir, deben guardar cierta proporción con otros precios observados en este mismo mercado que han sido objeto de negociación y que han conseguido concretarse en algún tipo de acuerdo [...]. En este sentido, señala la STS que *“debe proscribirse una excesiva desproporción que no aparezca justificada por razones de gestión u otras análogas”* [...].

Por tanto, no es equitativa aquella tarifa general que se aleje sin una justificación objetiva sólida de los precios existentes en el mercado. Para ello, conviene tener en cuenta que el demandante de este mercado de derechos es una televisión en abierto de carácter generalista, como sería el caso de T5 y de las televisiones autonómicas con las que firmó AIE y AISGE el Convenio FORTA en 1997. Es decir, hay una orientación del negocio que obliga a pensar en elementos comunes a todas estas televisiones desde el punto de vista de la explotación del negocio y la equidad en la remuneración del derecho gestionado por AIE [...].

[...] tampoco la existencia de un proceso negociador previo justifica la equidad de las tarifas generales. Si fuera así, señala el Supremo, cuando sea imposible llegar a un acuerdo, automáticamente se aplicarían de modo unilateral las tarifas generales que podrían ser no equitativas y esto sería contrario a la ley. Además señala a este respecto que la no aceptación en la negociación de determinadas tarifas no puede convertirse en un criterio que justifique tarifas más gravosas.

Esta doctrina quedará confirmada por el Fundamento Décimo de la STS nº 228/2009 de 7 de abril de 2009 [...]. El Alto Tribunal afirma que *“la existencia de un proceso negociador previo no justifica que la aplicación de las tarifas generales se ajuste al requisito de equidad que se halla implícito en el propio concepto de remuneración equitativa configurado, en lo que aquí interesa, en el artículo 108.3 LPI, (hoy, artículo 108.5 LPI)”*.».

Finamente, resulta oportuno reseñar que esta última Sentencia de la Sala 1ª de 7 de abril de 2009 y la más reciente (de la misma Sala en Pleno) de 13 de diciembre de 2010 resuelven los contenciosos iniciados por AIE (y AISGE) frente a Sogecable (Canal+ y Canal Satélite Digital, respectivamente) en reclamación de la remuneración de los artistas por los actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales del art. 108.5.2º del TRLPI conforme a las tarifas generales unilateralmente aprobadas por aquellas entidades de gestión; es decir, ambas Sentencias se refieren a los HP 8.5 y 6 de

esta Resolución. Sentencias en las que, siguiendo a la de 18 de febrero de 2009, la Sala 1ª del Tribunal Supremo argumenta: (i) la existencia de un proceso negociador previo no justifica que la tarifa general se ajuste al requisito de equidad que se halla implícito en el propio concepto de remuneración equitativa del art. 108.5 del TRLPI; (ii) la fijación de la tarifa atendiendo exclusivamente a los rendimientos de explotación del usuario no puede ser aceptado; (iii) resulta más equitativo el criterio de efectividad del uso del repertorio, en la medida en que sea posible su aplicación, que el criterio de disponibilidad; (iv) el criterio de la comparación de la tarifa con los acuerdos a que haya llegado la entidad de gestión debe ser tenido en cuenta para valorar su equidad, pues ésta tiene una estrecha relación con la necesidad de que las tarifas sean comparativamente adecuadas entre unos y otros usuarios, lo cual no significa que tengan que ser idénticas, pero sí que debe proscribirse una excesiva desproporción que no aparezca justificada por razones de gestión o análogas; y (v) se debe tener en cuenta también el criterio de la amplitud del repertorio en correlación con la distribución del producto obtenido entre los titulares del derecho de propiedad intelectual (FD 10º).

Quinto.- Sobre el carácter o los efectos discriminatorios de la tarifa general inequitativa

En cuanto a la alegación de AIE sobre el carácter no discriminatorio de sus tarifas generales, la DI considera:

“...Para AIE las tarifas no son discriminatorias, en la medida en que las situaciones no son equivalentes y las normas aplicables en uno y otro caso son distintas. Según dicha afirmación, el acuerdo con FORTA se alcanzó de conformidad con las prescripciones del art. 108.6 mientras que la tarifa general está prevista en el art. 157 TRLPI.

- Para la DI, si bien la LPI contempla dos supuestos y procedimientos diferentes, referidos a la relación con los usuarios, para hacer efectivos los derechos gestionados por AIE, el hecho de que la LPI contemple dos supuestos diferentes, en nada cuestiona que se trata de una única exigencia, la remuneración debida a los artistas, intérpretes y/o ejecutantes, que deberá ser equitativa en cada uno de los supuestos.*
- De igual modo en que la remuneración debida a los artistas, intérpretes y/o ejecutantes debe ser equitativa, la contraprestación exigida a los usuarios para satisfacer dicha exigencia debe ajustarse a los principios de equidad, proporcionalidad y no discriminación, papel que en última instancia atribuye la LPI a las tarifas generales cuando les asigna la función de “determinar la remuneración exigida” con carácter general.*
- Sin embargo, en el presente caso, las tarifas generales que se comunicaron al Ministerio apenas unos meses después de haber alcanzado un acuerdo con las televisiones de FORTA, prácticamente duplicaban las tarifas acordadas con la misma, sin factores objetivos que justifiquen el monto concreto de ninguna de ellas, ni la divergencia entre las mismas.*

- *A la vista de todo ello, cabe cuestionarse cuanto menos, si se ha tenido en cuenta en la determinación de las citadas tarifas que el carácter general de las mismas debe garantizar la no arbitrariedad y por tanto el trato igual a los iguales.*
- *En ese sentido, si el valor de la prestación objeto de transacción es el mismo, y los operadores son competidores en un mismo mercado, ¿qué razón justifica que se establezcan unas tarifas generales, que necesariamente se van a aplicar a los operadores, y que duplican la valoración que de ese mismo bien se ha hecho unos meses antes para otros determinados operadores?*
- *Si se tiene en cuenta que dichas tarifas generales, además de servir como “incentivo” a la negociación, se pueden exigir, como se ha hecho, por vía judicial a operadores que actúan en un mismo mercado y todo ello desde la posición de beneficiaria de un monopolio de hecho que ostenta AIE, pueden convertir a dichas tarifas en un elemento de discriminación y desvirtuar el proceso de negociación al que se refiere el art. 108.6 TRLPI.*
- *Si a estos elementos unimos el hecho de que no existen unos parámetros objetivos de general aplicación en la negociación o en la aplicación de las tarifas generales, ni un cálculo del valor del bien ofertado, no hay razón alguna que permita presumir que va a haber un trato equivalente y no discriminatorio entre los diferentes operadores. [...]”.*

El Consejo también comparte plenamente estas consideraciones de la Dirección de Investigación, que son consecuentes con lo señalado sobre esta problemática en el fundamento de derecho séptimo de su Resolución de 23 de julio de 2009. En todo caso, y en relación a la primera de las alegaciones, resulta pertinente recordar la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2008, en el caso *ValeMusic/SGAE*, en la que se señala: “no basta con poner de manifiesto que se trata de situaciones formalmente distintas y encuadradas en preceptos legales diferentes, sino que es menester [...] demostrar que la distinción de situaciones tiene una base material o, cuando menos, que la ley ha creado una categoría de situaciones o sujetos apta para ser objeto de un tratamiento específico”.

El derecho de simple remuneración reconocido por el art. 108.5.2º del TRLPI a artistas intérpretes o ejecutantes (musicales) tiene un contenido económico que AIE ha concretado por dos vías, la negociación o las tarifas generales. AIE, desde su posición de monopolio en el mercado considerado, ha entendido que ambas vías son independientes o alternativas. Por el contrario el Consejo coincide con la DI en que estando ambas vías referidas a un “bien” único, esto es, la remuneración equitativa debida a los artistas intérpretes y ejecutantes musicales, una y otra forma de remuneración deberían responder a los principios de objetividad y equidad en la remuneración debida. Mantener lo contrario supondría afirmar que el sistema de tarifas generales de las entidades de gestión, que se establecen unilateralmente y sin control alguno por parte de ninguna Administración, es una vía libre para que éstas puedan reclamar las cantidades que deseen, sin ningún fundamento objetivo ni correspondencia

con el valor de los derechos reclamados para el usuario. Por tanto, AIE en sus relaciones con los operadores tiene por ley que exigir de estos la remuneración equitativa tipificada en el TRLPI, sin que pueda quedar al arbitrio de una decisión unilateral del gestor de los derechos el contenido económico de los mismos para cada uno de los operadores, ya que de lo contrario se estarían articulando unos sistemas de recaudación arbitrarios y discriminatorios para operadores que actúan en competencia en el mismo mercado.

Desde la perspectiva de la demanda, los adquirentes en el mercado considerado son los operadores de televisión, que compiten entre sí por la audiencia y, aguas arriba, en la adquisición de contenidos. La competencia entre ellas implica que, cuanto mayores sean sus recursos disponibles (debido a un menor pago relativo por la utilización de grabaciones audiovisuales), mayor será su capacidad de compra y mejores podrán ser sus contenidos, lo que supondrá una mayor probabilidad de captación del interés de los televidentes, y unos mayores ingresos por publicidad. En cuanto a la situación equivalente de las diferentes televisiones, como premisa para valorar el carácter discriminatorio del trato dado a las denunciadas, es ilustrativo el contenido de las diferentes demandas judiciales llevadas a cabo por AISGE y AIE contra Sogecable, en las que entre otras, se afirma: “...*El ofrecimiento que mis mandantes hicieron a la demandada –y a las restantes entidades de televisión– para que se adhirieran al “convenio marco” no tenía más finalidad que ofrecerles las mismas condiciones pactadas con otros usuarios de similares características, a fin de que, si les interesaba pudieran acogerse a esa solución, evitando así tratos diferentes...*”.

Para observar las diferencias en la remuneración exigida a Sogecable por vía judicial de acuerdo a las tarifas generales establecidas en mayo de 1998, frente a lo que le hubiera correspondido pagar de haberle aplicado las condiciones exigidas en octubre de 1997 a las televisiones integradas en FORTA, resulta ilustrativo el siguiente cuadro aportado por AIE en el que la citada entidad hace una estimación de las mismas:

	1995	1996	1997	1998	1999	Total 95/99
Contrato FORTA	202.901'69€	270.515'55€	405.803'37€	541.091'20€	608.705'06€	2.029.016'86€
Ingr.Public y abonados C+	311.120'00€	387.050'00€	459.820'00€	486.310'00€	567.230'00€	2.211.530€
Tarifa general AIE	0'0740%	0'1490%	0'2240%	0'2290%	0'3700%	-
Remuneración teórica S/TG	230.228'800€	576.704'500€	1.029.996'8€	1.113.649'9€	2.098.751€	5.049.331€
Diferencia	-11'9%	-53'1%	-60'6%	-51'4%	-71'0%	-59'8%

Estas diferencias en las retribuciones exigidas por AIE, tanto en los porcentajes exigidos como en la base de aplicación de los mismos (HP 5 y 9.1), pone en una situación de desventaja anticompetitiva a Sogecable frente a sus competidoras, al reclamarles, por la misma prestación unos precios muy superiores a los cobrados a estas últimas, cuando,

precisamente, AIE como beneficiaria de un monopolio de hecho, no podía discriminarla tan desproporcionadamente ni siquiera como punto de partida de una negociación que, de permitirse, quedaría desvirtuada desde el principio. No justificándose, por tanto, la diferencia en factores objetivos, se está generando una diferencia artificial y discriminatoria entre operadores que actúan en un mismo mercado, que resulta contraria al derecho de defensa de la competencia.

Sexto.- Determinación de la multa

Conforme a lo dispuesto por el artículo 46 de la Ley 16/1989, las resoluciones del Consejo de la CNC pueden ordenar el cese de la conducta declarada prohibida, imponer condiciones u obligaciones determinadas, ordenar la remoción de sus efectos, imponer multas, y ordenar su publicación en la forma que estime adecuada.

El artículo 10 de la misma Ley, en aplicación del principio de culpabilidad, establece que la imposición de una multa requiere concurrencia de culpa o dolo en el autor de la conducta anticompetitiva, y como manifestación del principio de proporcionalidad de la sanción, el núm. 2 del mismo precepto legal añade que la cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta: a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia; b) La dimensión del mercado afectado; c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente; d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; e) La duración de la restricción de la competencia; f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

En el apartado de efectos sobre el mercado de la Propuesta de Resolución, la DI realiza la siguiente valoración:

“...el 1 de enero de 1995 entró en vigor la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 92/100/CE, 19 de noviembre de 1992, razón por la que AISGE y AIE establecieron cada una sus tarifas generales correspondientes a los derechos de los colectivos que administran y, con fechas 17 de abril de 1995 y 19 de abril de 1995 respectivamente, las comunicaron al Ministerio de Cultura.

Desde ese momento ha quedado acreditado que comenzó un periodo de negociaciones entre ambas entidades y diferentes operadores de televisión.

En octubre de 1997, AIE y AISGE firmaron un Convenio Marco con la Federación de Organismos de Radio y Televisión Autonómicos (FORTA) mediante el cual se determinó la remuneración a pagar por las televisiones de FORTA, en el periodo 95-99, por la comunicación de los derechos gestionados por AIE.

El 6 de mayo de 1998, AIE notificó al Ministerio de Educación y Ciencia sus nuevas tarifas generales, que como ha quedado acreditado en el expediente, no guardaban relación con las acordadas para las televisiones integrantes de FORTA.

(...) AIE junto con AISGE demandaron a SOGECABLE y a otros operadores ante la jurisdicción ordinaria reclamando el pago de las citadas tarifas generales.

A lo largo de ese periodo, ha habido diferentes reclamaciones judiciales y sentencias de los tribunales en las que con carácter general se ha reconocido el derecho de AIE a establecer tarifas generales y a exigir el pago de los derechos administrados por AIE de acuerdo con las mismas en caso de no alcanzarse acuerdo.

AIE, a lo largo de este periodo ha llegado a acuerdos con otras entidades, a las que había reclamado judicialmente el pago de las tarifas, y sigue pendiente de cobrar la remuneración exigida a SOGECABLE que no ha hecho efectivo el pago de la remuneración exigida por la utilización del repertorio.

Puede afirmarse, a la vista de los hechos acreditados a lo largo de la instrucción, que durante este periodo, el mercado de gestión de los derechos de la propiedad intelectual de artistas intérpretes o ejecutantes musicales por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales, se ha visto afectado por la actuación de AIE, entidad que tiene posición de dominio, al establecer y exigir unas tarifas generales no equitativas, discriminando a unos operadores frente a otros.

Como en su día manifestó el Consejo de la CNC "... desde el punto de vista del interés público, AIE como monopolista, ha introducido en el mercado un tipo de tarifa general inequitativa, discriminatoria y poco razonable, no fundada en criterios de uso efectivo de su repertorio, por lo que ha sesgado en su propio favor el contenido de las negociaciones con todas las televisiones, ocasionando una distorsión generalizada en los precios y condiciones de mercado que debe ser sancionado como abusivo en el orden legal de la defensa de la competencia".

Según la Memoria de 2009 de AIE, la recaudación nacional obtenida ha ascendido a 26,5 millones de euros, lo que supone un incremento del 8,27% con respecto a la cantidad presupuestada para ese año, y un 4,69% de incremento con respecto a la cifra real correspondiente al año 2008. Lo recaudado en 2009 en concepto de comunicación pública de grabaciones audiovisuales ascendió a 8,2 millones de euros. Este importe supone un aumento del 5,8% con respecto al importe recaudado en el ejercicio anterior. (págs. 94 y 97). (http://www.aie.es/descargas/Memoria_AIE.39.pdf).

AIE ha alegado que la conducta imputada no puede considerarse una infracción muy grave, desde el momento en que el derecho al que hace referencia este expediente es un derecho de simple remuneración o "débil", que no le atribuye la facultad de prohibir al denunciante o a cualquier otro operador de televisión la comunicación pública de grabaciones audiovisuales en las que se hayan fijado interpretaciones artísticas musicales, lo cual casa mal con la existencia de un supuesto poder de mercado asimilable al monopolio por parte de AIE. Asimismo razona que la circunstancia de que las denunciadas hayan podido usar su repertorio durante todos estos años debe ser considerada como un atenuante, como también el hecho de haber llegado a acuerdos con diversos operadores de televisión, y que este sea el segundo expediente sancionador abierto a AIE en relación con el mismo periodo, los mismos hechos, el mismo mercado y para la gestión del mismo derecho.

El Consejo constata que AIE ha sido sancionada en anteriores expedientes de competencia por la imposición de tarifas inequitativas y discriminatorias en la gestión de los derechos de propiedad intelectual que administra. Fue sancionada con multa de 5 millones de pesetas por Resolución de 27 de julio de 2000 (Expte. 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual, confirmada por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo), y con multa de 615.000 euros mediante Resolución del Consejo de 9 de diciembre de 2008 (Expte. 636/07 Fonogramas, confirmada por SAN de 10 de marzo de 2010 que no consta recurrida en casación), y con multa de 770.000 euros por Resolución de 23 de julio de 2009 (Expte. 651/08 AIE/T5, recurrida ante la Audiencia Nacional).

A la vista de estos antecedentes y del conjunto de pruebas documentales que obran en este expediente, el Consejo considera que está acreditada la voluntad de AIE *“de cobrar más por lo mismo”* (Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de febrero de 2009, confirmando la Resolución del TDC de 13 de julio de 2006, Expte. 593/05, Televisiones); es decir, que ha infringido deliberadamente la prohibición de abuso de posición dominante.

Siguiendo los criterios del artículo 10.2 de la Ley 16/1989, el Consejo considera que la conducta imputada a AIE constituye una infracción muy grave (Exptes. 593/05 Televisiones y 636/07 Fonogramas) realizada por un monopolista que se encuentra en *“una posición privilegiada desde el punto de vista jurídico porque los derechos de comunicación pública forzosamente deben hacerse efectivos...”* a través de una entidad de gestión, encontrándose la propia Ley de Propiedad Intelectual *“...en la base de la existencia de varias entidades cada una dedicada a explotar los derechos de autor de una concreta naturaleza”*. (SAN de 5 de febrero de 2009, FD 4º).

Como agravantes, se debe tener en cuenta que la conducta abusiva: (1) afecta a un input necesario para que los operadores de televisión puedan conformar su oferta de entretenimiento (SAN de 10 de marzo de 2010, FD 7º); (2) que se ha prolongado desde 1995 hasta al menos las Sentencias del Tribunal Supremo de principios de 2009; y (3) que la conducta de discriminación se ha realizado con infracción del deber de transparencia que recae sobre las entidades de gestión frente a los usuarios en relación con los parámetros económicos de los acuerdos previamente alcanzados con otros usuarios, que son competidores entre sí o entre los que existe cierta presión competitiva (SAN de 10 de marzo de 2010, FD 7º).

A modo de atenuante, el Consejo valora el hecho de que los denunciantes han podido utilizar durante todo este tiempo el repertorio gestionado por AIE.

En este caso, dada la naturaleza discriminatoria de la infracción, el Consejo considera que deben tenerse en cuenta los efectos discriminatorios de la conducta abusiva en relación con Sogecable. En este orden de cosas, resulta pertinente señalar que en atención a esos efectos discriminatorios, la conducta de imponer estas mismas tarifas inequitativas a Telecinco fue sancionada en el expediente 651/08 con multa de 770.000 € Asimismo, en el Acuerdo Marco alcanzado con la FORTA para el periodo 1995-1999 (HP 9.1), AIE y AISGE calcularon lo que debía abonar el conjunto de las televisiones

por los derechos de remuneración que son objeto de este expediente, asignado a Telecinco un porcentaje del 16,26% y a Canal+ del 11,25%.

Atendiendo a todas las consideraciones precedentes, conforme a los criterios de proporcionalidad y disuasión señalados por el Tribunal Supremo, el Consejo considera que corresponde imponer a AIE una multa de 532.686 Euros por la conducta abusiva de imponer a Sogecable unas tarifas inequitativas y discriminatorias por los actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales a que hace referencia el actual artículo 108.5.2º del TRLPI, cuantía que está muy por debajo del límite permitido por el artículo 10 de la Ley 16/1989.

Asimismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 16/1989, dada la gravedad y reiteración de la infracción declarada, el Consejo considera adecuado intimar a AIE a que cese en la conducta de imponer tarifas generales inequitativas y discriminatorias, así como imponerle determinadas medidas de publicidad de esta resolución.

Por todo cuanto antecede, vistos los preceptos legales y reglamentarios citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

HA RESUELTO

Primero.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una conducta de abuso de posición dominante prohibida por el artículo 2.2 apartados a) y d) de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia y por el artículo 102 apartados a) y c) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de la que es autor Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE), que ha consistido en haber impuesto a Sogecable SA, Canal Satélite Digital SL (CSD) y Distribuidora de Televisión Digital SA (DTS) el pago de unas tarifas generales inequitativas y discriminatorias por la comunicación pública de las grabaciones audiovisuales en que hayan quedado fijadas las actuaciones de artistas intérpretes o ejecutantes musicales, ocasionándoles una desventaja anticompetitiva no justificada frente a otros operadores.

Segundo.- Intimar a Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE), a que cese en la exigencia a las denunciadas de las tarifas generales declaradas anticompetitivas en el dispositivo anterior.

Tercero.- Imponer a Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE) una multa 532.686 € como autor de la infracción declarada en esta Resolución.

Cuarto.- Ordenar a Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE), a su costa y en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta

Resolución, la publicación de su parte dispositiva en dos diarios de los de mayor difusión en el ámbito nacional. En igual plazo, Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE) remitirá copia íntegra de esta Resolución a todos los operadores de televisión con los que mantenga acuerdo o negociación para el pago de los derechos que son objeto de este expediente, excepto a aquellos que son parte interesada. En caso de incumplimiento de alguna de estas dos obligaciones de publicidad, se podrá imponer a Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE) una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso.

Quinto.- Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE) justificará ante la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia el cumplimiento de las obligaciones impuestas en los apartados anteriores.

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

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