



RESOLUCIÓN (Expediente 651/08, AIE/T5)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 23 de julio de 2009

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia -en adelante, Consejo-, con la composición ya expresada y siendo Ponente D. Miguel Cuerdo Mir, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente 651/08, AIE/T5. El Expediente trae causa en una denuncia realizada por GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A. (en adelante también T5) contra la Entidad Artistas Intérpretes o Ejecutantes Sociedad de Gestión de España (en adelante también AIE) por supuestas conductas contrarias al artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia (LDC) y al artículo 82 del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE), consistentes en la exigencia de unas tarifas generales abusivas, inequitativas y discriminatorias por los derechos de artistas intérpretes o ejecutantes musicales en la comunicación pública de grabaciones audiovisuales.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 15 de julio de 2004, GESTEVISIÓN TELECINCO SA (T5) presentó denuncia contra la entidad “ENTIDAD ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA” (AIE), ante el Servicio de Defensa de la Competencia (hoy, Dirección de Investigación), por presuntas conductas contrarias al artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio (B.O.E. del 18) de Defensa de la Competencia (LDC) y artículo 82 del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE), consistentes en imponer unas tarifas abusivas, no equitativas y discriminatorias en relación con la comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales de repertorio desde 1995, momento en el que se reconoce en la Ley de Propiedad Intelectual este

derecho, vigente en la actualidad de acuerdo con el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril (en adelante TRLPI).

2. El 23 de enero de 2006 el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante SDC) tras llevar a cabo la oportuna información reservada, admitió a trámite la denuncia, incoando expediente sancionador contra AIE por posibles conductas prohibidas en el artículo 6 LDC y artículo 82 del TCE.

3. El 15 de enero de 2007, el SDC, tras el análisis de los hechos acreditados a lo largo de la instrucción, dictó Acuerdo de sobreseimiento, al concluir que no había quedado probado que AIE hubiera aplicado a T5 tarifas determinadas unilateralmente por el uso de su repertorio y que fuesen, además, abusivas, no equitativas y discriminatorias.

4. Por resolución de 4 de febrero de 2008, el Consejo de la CNC estimó el recurso formulado por GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A., devolviendo el expediente a la Dirección de Investigación para que continuase la investigación. En concreto el Consejo consideró, entre otras, que la tarifa establecida por AIE, por los derechos de comunicación pública que administra, pudiera ser abusiva e inequitativa por el método (al basarse en el pago por disponibilidad sobre los ingresos totales del usuario) y discriminatoria en relación al Convenio de la FORTA, por lo que procedía estimar el recurso para que se continuase la investigación.

5. Con fecha 29 de julio de 2008, el Director de Investigación de la CNC remite al Consejo de la CNC el expediente y el Informe Propuesta, con Ref. 2538/04, relativo a la denuncia presentada por GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A., contra ARTISTAS, INTERPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE) por presuntas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Como consecuencia de la instrucción propone al Consejo de la CNC:

“Primero. Que por el Tribunal de Defensa de la Competencia se declare la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 6.2 apartados a) y d) de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia y el artículo 82, apartados a) y c) del Tratado, consistentes en establecer unilateralmente unas Tarifas generales, por los derechos de comunicación pública que administra, no equitativas. A su vez, AIE, ha llevado a cabo una práctica de discriminación de precios desde una posición de dominio en el mercado, que ha ocasionado desventajas anticompetitivas a unos operadores frente a otros.

Segundo. Se intime 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.

Tercero. 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.

Cuarto. Se adopten los demás pronunciamientos a que se refiere el artículo 46 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia.”

6. Con fecha 5 de agosto de 2008, la DI remite al Consejo escrito de alegaciones de T5 de fecha 1 de agosto de 2008, en las que afirma que no puede interpretarse que los acuerdos suscritos con Antena 3 TV, Radio Televisión Española (RTVE) y Federación de Organismos de Radio y Televisión Autonómicos (FORTA) suponen una aceptación por parte del sector de la tarifa de grabaciones audiovisuales de AIE y del ámbito de los derechos gestionados por dicha entidad, además del diferente funcionamiento que tienen las cadenas. Añade que fue AIE quien se negó a negociar y a suscribir un acuerdo con T5 y que además tuvo un trato discriminatorio y arbitrario con los diferentes usuarios. En el ámbito de los derechos gestionados por AIE por un lado se critica la indeterminación de su repertorio y su difícil identificación a efectos de evitar su utilización, además de que las tarifas no están controladas por parte de ninguna Administración. En cuanto a los parámetros para establecer la tarifa general de AIE, T5 no cuestiona el establecimiento de un porcentaje sobre ingresos publicitarios como fórmula de remuneración sino que discute la cuantía de ese porcentaje y el hecho de que los ingresos sobre los que debe aplicarse la tarifa sea la totalidad de ingresos de la cadena, sin que se establezca ninguna relación con la contribución del repertorio. En relación con la comparativa de la tarifa general de AIE y otras tarifas, dice T5 que según AIE no pueden compararse los acuerdos suscritos con los usuarios para juzgar la tarifa general. Sin embargo, AIE sí que ha aceptado cuál podría ser el valor económico de la prestación para cada televisión –en negociaciones previas al Convenio FORTA-, incluidas las de ámbito nacional. Finalmente afirma T5 que no puede afirmarse que la ausencia de actuación por parte del Ministerio en este sentido sea un indicio claro del carácter equitativo de la tarifa.

7. Con fecha 19 de agosto de 2008, el Consejo acuerda admitir a trámite el expediente y dar plazo para presentación de propuestas de pruebas y solicitud de vista.

8. Con fecha 20 de septiembre de 2008, se recibe en la CNC escrito de T5 en el que, en cumplimiento del trámite de prueba y vista, solicita que *“habida cuenta de que los hechos resultan suficientemente acreditados en el expediente tramitado por la Dirección de Investigación (núm. 2538/04), se solicita a esa Comisión que, como prueba documental, se tenga por reproducido a efectos probatorios el expediente administrativo”*.

9. Con fecha 2 de octubre de 2008 se recibe en la CNC escrito de AIE en el que manifiesta que propone como pruebas de carácter documental lo siguiente:

- i) que se tengan por reproducidos los documentos obrantes en el expediente tramitado ante la DI.

- ii) Que se incorporen al expediente las tarifas comunicadas al Ministerio de Cultura por AIE; SGAE y AISGE y que se adjuntan como Anexo 1.
- iii) Que AIE aporte en el plazo de un mes un Informe elaborado por la mercantil LECG sobre “la naturaleza y configuración de la tarifa así como los demás aspectos económicos suscitados en el Informe Propuesta”.

Además, AIE solicita que tenga lugar la celebración de vista.

10. El 3 de noviembre de 2008 el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictó Acuerdo dando por reproducida toda la documentación obrante en el Expediente, admitiendo la incorporación al Expediente de la información relativa a las tarifas comunicadas, presentada como anexo 1 en el escrito de solicitud de prueba y vista de AIE. El Consejo no admitió como prueba el Informe aportado por AIE, señalando que podrá ser aportado como documentación de parte. Además, el Consejo acordó no celebrar vista.

11. Con fecha 12 de diciembre de 2008 se recibe en la CNC escrito de AIE en el que incorpora el informe elaborado en su nombre como documentación de parte y según consta en el Acuerdo de 3 de noviembre de 2008 del Consejo, para cuya presentación se le dio el plazo de un mes.

12. Con fecha 18 de diciembre de 2008 se recibió en la CNC escrito de alegaciones de T5, en el que se afirma que la documentación de AIE no introduce ninguna novedad y que lo único que logra es reforzar el intento por parte de AIE de defender la equidad y la no discriminación de sus tarifas comparándolas con las aplicadas por otras entidades. Por el contrario se reafirma lo ya constatado por la DI sobre el carácter inequitativo y discriminatorio de las tarifas de AIE (en relación en este caso con el convenio FORTA), como ya apuntó el Consejo en su Resolución de 4 de febrero de 2008.

13. Con fecha 22 de diciembre de 2008 se recibe en la CNC escrito de alegaciones presentado por AIE aludiendo a la importancia de los resultados presentados por la documentación enviada, cuyas investigaciones concluyen que las tarifas aplicadas a T5 por AIE no son ni discriminatorias ni inequitativas.

14. Con fecha 2 de febrero de 2009 se recibe en la CNC escrito de conclusiones de T5, de conformidad con el artículo 41.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio..

15. Con fecha 10 de febrero de 2009 se recibe en la CNC escrito de conclusiones de AIE.

16. Con fecha 1 del abril de 2009 se recibe en la CNC escrito de T5 con el que se adjunta texto de la Sentencia nº 55/2009 (Sala de lo Civil) del Tribunal Supremo, T5-AIE, en la

que se resuelve el recurso de casación interpuesto por T5 frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de marzo de 2003 que había condenado a T5 a abonar a AIE la remuneración correspondiente tomando como criterio exclusivo de cálculo las tarifas generales comunicadas por esa entidad de gestión al Ministerio de Cultura. En este escrito T5 subraya lo que considera más relevante de la STS referida y señala que “concuera plenamente con la postura mantenida por T5 en su denuncia frente a AIE por imposición de tarifas discriminatorias, no equitativas y desproporcionadas al no tener en cuenta en ningún momento, y como parámetro determinante, la utilización real y efectiva que se haga del repertorio de la entidad de gestión”. A lo que añade que en su opinión la STS “concuera con la posición fijada” por la CNC en su Resolución de 4 de febrero de 2008.

17. Con fecha 17 de abril de 2009 y de acuerdo con el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003, se envía a la Comisión Europea el Informe Propuesta presentado por la DI. Transcurridos más de treinta días desde el envío, en la CNC no se ha recibido documento escrito procedente de la Comisión referido al caso.

18. El 16 de junio de 2009 se recibe en la sede de la CNC escrito de alegaciones de AIE a la vista de las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2009 en el litigio AIE-T5 relativa a la tarifa general que se analiza en este expediente y la Sentencia de 7 de abril de 2009 en el litigio AIE y Sogecable relativa a esta misma tarifa general.

Dice AIE que dichas sentencias aclaran de forma definitiva que AIE interpretaba correctamente tanto el concepto de usuario obligado al pago como el ámbito de aplicación del derecho. Además de confirmar que las tarifas generales deben comprender el pago del conjunto de los derechos que los usuarios deben a todos los titulares susceptibles de afiliarse a la entidad de gestión colectiva. Otra cuestión que llevaba a la DI a criticar la tarifa general era que la existencia del derecho era discutida y discutible, tema que zanja el Tribunal Supremo, así como el argumento de T5 aduciendo que el gobierno había excedido sus facultades (*ultra vires*) al refundir el texto de la Ley de Propiedad Intelectual, argumento que también desecha el Tribunal Supremo. Concluye que *“las dudas de la DI a dudar de la interpretación y aplicación de las normas de propiedad intelectual y que según ella, deberían haberse traducido en una rebaja de la tarifa, carecen de razón de ser como confirman las Sentencias del Tribunal Supremo que se aportan mediante este escrito”*.

Respecto al tema de abuso de posición de dominio, afirma que no se está ante un derecho exclusivo y los juzgados y tribunales controlan la equidad de la tarifa. Confirmando que las tarifas no se imponen en el caso de simple remuneración o débiles, sino que su aplicación se insta a fin de que, previa revisión por parte de la jurisdicción civil, donde finalmente el Juzgado o Tribunal correspondiente fija la remuneración equitativa, que corresponde satisfacer al usuario, por ello se confirma que AIE no puede abusar de su

posición de dominio en tanto no tiene medio para compeler al usuario a que pague, incluso por vía judicial, una concreta cantidad económica preestablecida. No existe una auténtica independencia de comportamiento dado que se trata de un derecho de simple remuneración, en el que la entidad de gestión colectiva no puede prohibir el uso de los derechos en cuestión, y no existe en la práctica una facultad de imponer unilateralmente los precios.

En cuanto a la cuestión del pago por uso como única forma de lograr tarifas equitativas, sin embargo afirma AIE que en el momento de fijar estas tarifas en 1995 resultaba coherente y lícito hacerlo de esta manera y nada hacía pensar en que una tarifa por disponibilidad fuese inequitativa o restrictiva de la competencia. Sin embargo, como señala el Tribunal Supremo “resulta más equitativo el criterio de efectividad de uso del repertorio, en la medida en que sea posible su aplicación”. AIE dice que en su caso, elaboró junto a AGEDI y una televisión generalista un plan de remuneración por uso y que las conclusiones fueron que exigía un alto grado de dedicación, de recursos, de revisión de resultados y que por tanto, una tarifa de este tipo no resultaba recomendable y aumentaría además los gastos de gestión de AIE en perjuicio de “la protección de los intereses de los autores, compositores y productores de música”.

Respecto al carácter equitativo de la tarifa, el Tribunal Supremo afirma que debería compararse con los resultados obtenidos en acuerdos con otras televisiones, sin embargo AIE recuerda que lo acordado con la FORTA se le ofreció a T5 y esta no quiso aceptar esas condiciones y a día de hoy sigue sin quererlas ni solicitarlas. Por otra parte debe tenerse en cuenta las circunstancias en las que se negoció el Convenio Forta dado que los datos han cambiado, y por tanto si se firmase hoy el convenio las condiciones, posiblemente, fuesen distintas.

No deben olvidarse las circunstancias en las cuales se dieron las conductas realizadas por AIE, y que resulta claro que las entidades de gestión colectiva deben empezar a estudiar como implantar una tarifa general por uso para el futuro pero que no debe sancionarse las conductas del pasado a la luz de las resoluciones judiciales más recientes.

Por todo ello concluye AIE que “para imponer una sanción debe concurrir un “elemento subjetivo que justifique la imposición de la sanción”, cosa que no ocurre en este caso. Se trataría en todo caso, de un supuesto de inobservancia de la LDC, lo que permite en su caso, constatar que existió una infracción, pero no justifica que se imponga una sanción económica”.

19. Con fecha 6 de julio de 2009 se recibe en la CNC nuevo escrito de alegaciones de AIE. Se adjunta al mismo como Anexo 1 copia del Acuerdo de inicio de terminación convencional adoptado por la DI el 30 de junio de 2009 del expediente 2785/07, relativo a un expediente sancionador en fase de instrucción en el que la mercantil Sogecable

denuncia a AISGE y AIE por sus tarifas generales. Solicita AIE que, a la vista de ello y en tanto que “*ambos procedimientos giran sobre las tarifas generales de AIE*” y que “*ambos expedientes tienen un mismo objeto*”, “*se acuerde la suspensión de este procedimiento hasta que se resuelva el procedimiento de terminación convencional en el expediente 2785/07*” y, subsidiariamente, se requiera “*a la DI que elabore un Informe relativo al impacto que tendrá dicho Acuerdo de terminación convencional en las conductas analizadas en el presente expediente, suspendiendo el procedimiento hasta que se evacue dicho trámite*”.

20. En sus reuniones de 9 y 13 de julio el Consejo deliberó y falló la presente Resolución.

21. Son interesados:

- ARTISTAS, INTERPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE)
- GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A.
- ANTENA 3 TELEVISIÓN, S.A.

HECHOS PROBADOS

1. Gestevisión Telecinco, S.A. constituida el día 10 de marzo de 1989 es una de las empresas de Televisión privada otorgadas en concurso público conforme a la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada. En virtud del Plan de Televisión Digital Terrenal (Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre), comenzó las emisiones con tecnología digital el 3 de abril de 2002, emitiendo en *simulcast*. Los principales accionistas del grupo son: el Grupo MEDIASET (50,1%) y VOCENTO (13%)

2. Artistas, Intérpretes o Ejecutantes (AIE) 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, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual para actuar como Entidad de Gestión de los derechos reconocidos por dicha Ley.

El fin principal de dicha 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, esta Entidad se ha especializado en la gestión de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales.

3. 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 remuneración por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales a favor de los productores, artistas intérpretes o ejecutantes.

4. El TRLPI en su artículo 108 establece lo siguiente:

“1. Corresponde al artista, intérprete o ejecutante el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública:

a) de sus actuaciones, salvo cuando dicha actuación constituya en sí una actuación transmitida por radiodifusión o se realice a partir de una fijación previamente autorizada.

b) en cualquier caso, de las fijaciones de sus actuaciones mediante la puesta a disposición del público en la forma establecida en el artículo 20.2.i).

En ambos casos, la autorización deberá otorgarse por escrito.

Cuando la comunicación al público se realice vía satélite o por cable y en los términos previstos, respectivamente, en los apartados 3 y 4 del artículo 20 y concordantes de esta Ley, será de aplicación lo dispuesto en tales preceptos.

2. Cuando el artista, intérprete o ejecutante celebre individual o colectivamente con su productor de fonogramas o de grabaciones audiovisuales contratos relativos a la producción de estos, se presumirá que, salvo pacto en contrario en el contrato y a salvo el derecho irrenunciable a la remuneración equitativa a que se refiere el apartado siguiente, ha transferido su derecho de puesta a disposición del público a que se refiere el apartado 1.b.

3. El artista, intérprete o ejecutante que haya transferido o cedido a un productor de fonogramas o de grabaciones audiovisuales su derecho de puesta a disposición del público a que se refiere el apartado 1.b, respecto de un fonograma o de un original o una copia de una grabación audiovisual, conservará el derecho irrenunciable a obtener una remuneración equitativa de quien realice tal puesta a disposición.

4. Los usuarios de un fonograma publicado con fines audiovisuales o de una reproducción de dicho fonograma que se utilice para cualquier forma de comunicación

pública, tienen obligación de pagar una remuneración equitativa y única a los artista, intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas, entre los cuales se efectuará el reparto de aquello. A falta de acuerdo entre ellos sobre dicho reparto, éste se realizará por partes iguales. Se excluye de dicha obligación de pago la puesta a disposición del público en la forma establecida en el artículo 20.2.i, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 de este artículo.

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 la 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”.

Además, el artículo 157 de la misma ley establece:

“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.

3. Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a la gestión de derechos relativos a las obras literarias, gramáticas, gramático-musicales, coreográficas o de pantomima, ni respecto de la utilización singular de una o varias obras de cualquier clase que requiera la autorización individualizada de su titular.

4. Asimismo, las entidades de gestión están obligadas a hacer efectivos los derechos a una remuneración equitativa correspondientes a los distintos supuestos previstos en esta Ley y a ejercitar el derecho de autorizar la distribución por cable.”

5. Con fechas 17 de abril de 1995 y 19 de abril de 1995, AISGE y AIE comunicaron al Ministerio de Cultura, respectivamente, sus tarifas generales correspondientes a los derechos de los colectivos que administran (la tarifa plena de AIE se fijó en el 0,375% de los ingresos de explotación mensuales de la entidad usuaria). En 1998, según consta en la documentación entregada por AIE (folio 42 del Expediente en el Consejo), como sistema tarifario, “la tarifa plena de AIE se fija en el 0,370% de los ingresos de explotación que obtenga mensualmente la entidad usuaria”, si bien sobre la base de un calendario de transición hasta 1999 y siguientes, que partía de una tarifas del 0,074% para 1995 y aclaraba que “a efectos de aplicación de las tarifas se entenderá por ingresos de explotación la totalidad de los obtenidos por la entidad usuaria, incluidos los procedentes de cuotas de asociados o abonados, subvenciones u otras formas de financiación procedente de las Administraciones Públicas, e ingresos por publicidad”.

6. El 15 de enero de 1996, AIE y AISGE enviaron a T5 una carta conjunta en la que hacían referencia a una reunión previa habida en octubre de 1995 entre los equipos jurídicos de las partes y tenía como fin poder entablar las oportunas negociaciones.

7. El 31 de julio de 1996, AIE y AISGE remitían una carta conjunta a T5 en la que convocaban una reunión para septiembre de 1996, con el objeto de fijar los criterios económicos a aplicar por la comunicación pública del repertorio por ellas gestionado (folios 1085-1088). Dicha reunión tuvo lugar, a juzgar por la misiva remitida por AISGE a T5, el 28 de octubre. Ese día AISGE enviaba un escrito a T5 en el que manifestaba la necesidad de articular la remuneración por la comunicación pública de las interpretaciones de los actores con base en criterios de utilización real del repertorio, convocando una nueva reunión para el 7 de noviembre de 1996. (Folios 1089-1092). Dicha reunión no tuvo lugar, a tenor de la carta remitida por AISGE a T5 el 14 de noviembre de 1996 (Folios 1094-1098).

8. Con fecha 9 de diciembre de 1996, AISGE comunicó un nuevo sistema tarifario al Ministerio de Cultura. Tras una reunión el 15 de enero de 1997, las conversaciones entre AISGE y diferentes televisiones giraron en torno a una nueva propuesta de sistema tarifario, basado en el criterio solicitado por las televisiones. A saber: “VALOR MINUTO” (Folios 1104 y ss.) y criterios de: utilización real, no discriminación, valor minuto protegido, fomento de la utilización, etc., (Folios 1126 y ss.). Según consta en escrito de AISGE a T5 (folio 1135), estas negociaciones con AISGE se mantuvieron hasta el 2 de julio de 1997.

9. Entre julio y octubre de 1997, AISGE, AIE y T5 negociaron en torno a un borrador de contrato sobre el derecho de remuneración por los actos de comunicación pública del repertorio de AIE y AISGE (folios 1139-1144 vta.) y que según la propia AISGE, sería “[...] prácticamente idéntico al remitido a la Federación de Organismos de Radio y Televisión Autonómicos (FORTA) [...]” determinándose en él la tarifa de AISGE-AIE y al que T5 hacía una contraoferta con diferencias cualitativas en relación al Convenio que posteriormente se firmó con la FORTA.

10. En octubre de 1997, AIE y AISGE firmaron un Convenio Marco con la FORTA 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, cifraba en 7.000 millones de pesetas (4.000 millones para AISGE y 3.000 millones 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 T5 un porcentaje del 16,26% de la cifra global del sector, lo que suponía unos derechos de remuneración que ascendían para AISGE y AIE, por el referido periodo, a 650,59 y 487,94 millones de pesetas, respectivamente (Folio 3088 y explicado en las alegaciones de AIE)

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 firmante del Convenio, estableciendo la prórroga tácita de los mismos a partir de 2002, así como ciertas bonificaciones sobre la remuneración a satisfacer.

11. El 15 de diciembre de 1997 AIE y AISGE enviaban carta conjunta a T5 en la que se informaba que “[...] con fecha 31 de octubre de 1997, las dos Entidades de Gestión habían suscrito Convenio marco con todos los organismos de [...] FORTA [...] En dicha misiva, las Entidades AIE y AISGE ofrecían a TELE5 las mismas condiciones pactadas con las televisiones integradas en FORTA, respetando, como es obvio, las particularidades propias del negocio televisivo de dicha cadena de televisión. [...]”

12. EL 26 de enero de 1998, los representantes de TVE, Sogecable, A3 y T5 enviaron a AIE y AISGE sendas cartas notariales como respuesta a la carta anterior, en las que, entre otras cuestiones, señalaban 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 a la tarifas resultante a los principio 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.

13. El 6 de mayo de 1998 AISGE y AIE enviaron documento conjunto a la sede del Ministerio de Cultura con el objetivo de notificar las respectivas tarifas por el derecho de remuneración equitativa y única correspondiente a los artistas intérpretes o ejecutantes previsto en el artículo 108.3 del TRLPI en relación con los actos de comunicación al público previstos en el artículo 20.2 c) del mismo cuerpo legal. Con anterioridad a esta notificación cada una de las entidades de gestión tenía depositado el sistema tarifario propio en el Ministerio de Educación y Cultura. En esta actualización se fija la tarifa plena de AISGE en el 1,500% y en el 0,370 la tarifa plena de AIE, ambas determinadas sobre los ingresos de explotación que obtenga mensualmente la entidad usuaria. (Folio 38 y ss.)

14. El 5 de septiembre 2001, el Juzgado de Primera Instancia nº17 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. 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 el recurso de casación ante el Tribunal Supremo interpuesto por T5 contra la Sentencia ya citada en el Hecho Probado 14, AIE no decayó en sus derechos, mientras AISGE y T5 alcanzaron un acuerdo en enero de 2003 para el periodo 1995-2012. La Sentencia referida del Tribunal Supremo se dictó con fecha 18 de febrero de 2009.

15. T5 y AISGE recuperaron los contactos en abril-mayo de 2002, con la presencia de AIE, llegándose a un principio de acuerdo en junio de ese año. En este acuerdo las entidades de gestión rebajaban la tarifa general y la aplicaban sobre un sistema acorde con la utilización del repertorio. Posteriormente AIE remitió escrito a AISGE manifestando su desacuerdo en cuanto al reparto de la cantidad a satisfacer por la televisión, ya que mientras AISGE sostenía que el reparto debía ser del 80%-20%, AIE consideraba que correspondía uno del 66,66%-33,33%, según los antecedentes existentes

y los acuerdos establecidos entre ambas entidades, razón por la que el acuerdo no se llegó a firmar. AISGE y T5 hicieron efectivo el acuerdo a partir del año 2003.

16. El 25 de julio de 2002 AIE envía carta a AISGE en la que dice literalmente que *“Por lo que a la negociación con TELECINCO se refiere, me permito recordarte que desde la intervención de AIE en la misma, se ha conseguido una considerable elevación de los términos económicos del acuerdo que AISGE tenía unilateralmente pactado con TELECINCO (elevando de 1.500 millones de ptas. A 2.500 millones de ptas., en números redondos, el tanto alzado para liquidar el pasado, elevando el volumen del repertorio protegido, y reduciendo de 15 a 10 años el término para la implantación total de la tarifa).”*

Por otro lado, en esa misma carta se trata el tema de la falta de acuerdo entre AIE y AISGE y se señala que *“4º) En relación con el acuerdo de principio existente con TELECINCO, AIE tiene que manifestar que, siendo cierto que existe un acuerdo en el contenido económico de la remuneración a satisfacer por TELECINCO, existe sin embargo un desacuerdo entre AIE y AISGE sobre los porcentajes de reparto de dicho contenido económico, toda vez que AISGE pretende un reparto 80% AISGE – 20% AIE, cuando AIE entiende que corresponde - según los antecedentes existentes, y los acuerdos establecidos entre ambas Entidades, -un reparto 66,66% AISGE – 33,33% AIE. [...]”*. Ese nuevo porcentaje de reparto al que hace referencia AIE no fue reconocido por AISGE, lo que ha llevado a un contencioso entre ambas entidades, que actualmente se está dirimiendo ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, señalado como Procedimiento Ordinario, nº12/2004.

17. De acuerdo con los datos de la memoria anual de AIE, el total recaudado por esta entidad en 2008 ascendió a 26,7 millones de euros, mientras que en 2007 la facturación total se situó en 22,4 millones de euros. La recaudación por derechos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales en 2007 supuso para AIE más de 6 millones de euros, mientras que en 2008 superó los 7,7 millones de euros por ese mismo concepto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En este Expediente y de acuerdo con la Propuesta de la DI, el Consejo debe ventilar si AIE ha impuesto a T5 unas tarifas generales no equitativas y discriminatorias, en relación con la comunicación pública de grabaciones audiovisuales de su repertorio desde 1995 y, por lo tanto, si estas conductas constituyen una infracción del artículo 6 Ley 16/1989 y del artículo 82 TCE.

En su origen, AIE exigió a T5 unas tarifas generales, en relación con la retribución de los citados derechos, basadas en un porcentaje sobre los ingresos de explotación de la televisión, cuando no llegaron a un acuerdo que, según la denunciada, se estuvo

negociando entre 1995 y 1997. En 1997, AIE y AISGE llegaron a un acuerdo con la FORTA, denominado Convenio FORTA, del que trasladaron las condiciones al resto de televisiones. Entre otras entidades televisivas, T5 se negó a suscribirlo y, entonces, AIE la demandó ante la jurisdicción ordinaria, reclamándole el pago correspondiente a las tarifas generales.

En 2004 T5 presentó una denuncia contra AIE ante el Servicio de Defensa de la Competencia por imposición de tarifas generales abusivas, no equitativas y discriminatorias desde 1995. Incoado e instruido, el expediente fue sobreseído por el SDC, mediante auto de 15 de enero de 2007, por falta de acreditación de las conductas denunciadas. Posteriormente, el Consejo de la CNC, mediante Resolución de 4 de febrero de 2008, estimó el recurso de T5 contra el Acuerdo de Sobreseimiento del SDC en este asunto. Por una parte, en la estimación del recurso, el Consejo de la CNC definió el mercado relevante como el de los derechos de propiedad intelectual de la comunicación pública de grabaciones audiovisuales de artistas, intérpretes o ejecutantes. En este mercado, y desde el lado de la gestión de estos derechos, aparecían como entidades de gestión colectiva de los mismos tanto AIE –artistas, intérpretes o ejecutantes musicales - como AISGE –artistas, intérpretes o ejecutantes actorales-.

Asimismo, citando la STS de 18 de octubre de 2006, el Consejo señalaba que el hecho de que el Ministerio de Cultura no apreciara una infracción en la confección de las tarifas comunicadas por AIE no agotaba la posibilidad de que las mismas pudieran estar quebrantando las normas de la competencia. El Consejo constataba *“también la posición de fuerza de la entidad de gestión”* y recordaba que el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, en la Resolución del Expediente 593/05, Televisiones, se había pronunciado sobre la deseabilidad de que las tarifas quedasen estructuradas *“en base a la explotación real”*. Esto era coherente con lo que había establecido en su Resolución 430/98, Onda Ramblas/AGEDI, donde se incidía en lo discutible del sistema de disponibilidad, desde el punto de vista de la competencia, sobre todo cuando la técnica permitía el empleo de remuneración por uso. Además, en su Resolución r686/06, Artistas Intérpretes o Ejecutantes, decía que lo equitativo estaba unido al propio repertorio y a su grado de utilización. A mayor abundamiento de ello, en su Resolución de 2008 el Consejo de la CNC consideraba que, en el caso de la actividad concreta de T5, *“la fijación de una tarifa exclusivamente sobre los ingresos totales del usuario no es razonable y pudiera no ser equitativa, ya que éstos no están directamente relacionados con el mayor o menor uso de los fonogramas o de las grabaciones audiovisuales, como tampoco puede aceptar que el mayor o menor éxito comercial de una cadena de televisión esté vinculado de forma directa con el mayor o menor uso de la música”*.

Por todo ello, el Consejo demandaba de la DI un análisis de las motivaciones por las que el nivel de las tarifas de fonogramas y grabaciones audiovisuales son diferentes cuando se ponen en relación las convenidas por T5 y AISGE y las tarifas generales que pretende

cobrar AIE. Del mismo modo, en relación con el posible carácter discriminatorio de las tarifas que se pretenden cobrar a T5, el Consejo señalaba que quedaba claro el proceso de negociación por el que se llegaba al Convenio FORTA, cuyas emisoras representaban una cuota inferior al 15% de las televisiones en abierto y, una vez firmado, se ofrecían esas mismas condiciones al 85% del sector, a pesar de no haber participado en las negociaciones y, en todo caso, el Consejo apreciaba “*una gran desproporción entre lo que T5 podría pagar con arreglo al Convenio y lo exigido aplicando las tarifas*”. Por todo ello estimó el recurso y permitió una ampliación de la instrucción.

SEGUNDO. Ampliada la instrucción después de la estimación del recurso referido, la Dirección de Investigación remitió al Consejo de la CNC la siguiente Propuesta de Resolución:

“Primero.- Que por el Tribunal de Defensa de la Competencia –ahora Consejo de la CNC- se declare la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 6.2 apartados a) y d) de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia y el artículo 82, apartados a) y c) del Tratado, consistentes en establecer unilateralmente unas Tarifas generales, por los derechos de comunicación pública que administra, no equitativas. A su vez AIE ha llevado a cabo una práctica de discriminación de precios desde una posición de dominio en el mercado, que ha ocasionado desventajas competitivas a unos operadores frente a otros.

Segundo.- Se intime 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.

Tercero.- 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.

Cuarto.- Se adopten los demás pronunciamientos a que se refiere el artículo 46 de la Ley 16/89 de Defensa de la Competencia.”

El Informe de la DI, que concluye con la citada Propuesta, parte del artículo 108 del TRLPI, donde se establece el derecho irrenunciable y exclusivo de artistas, intérpretes o ejecutantes a una remuneración equitativa de sus actuaciones mediante grabaciones audiovisuales, pagada por quien realice su puesta a disposición del público.

La DI recuerda que, en cuanto a las obligaciones de las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, el artículo 152 TRLPI establece la obligación de las entidades de gestión a aceptar la administración de los derechos de autor y otros derechos que les sean encomendados de acuerdo con su objeto o fines. Además, el artículo 157 TRLPI señala que estas entidades están también obligadas a establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio y a celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo

soliciten y sean representativas del sector correspondiente. El apartado 2 de este mismo artículo señala que en tanto las partes no lleguen a un acuerdo, se podrá entender autorizado el correspondiente uso del derecho, haciendo efectiva la tarifa general, “*bajo reserva*” o “*consigna judicialmente*”. Finalmente, en su apartado 4 se señala que las entidades de gestión están obligadas a hacer efectivos los derechos a una remuneración equitativa correspondientes a los distintos supuestos previstos en esta Ley.

La DI valora de forma separada la equidad de las tarifas generales y el posible carácter discriminatorio con que se aplicaron. En cuanto a la equidad, la DI considera que AIE viene obligada por ley a negociar sobre bases razonables, en tanto que el artículo 157 TRLPI señala que las entidades de gestión están obligadas a contratar en condiciones razonables y a establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida. En este sentido las tarifas generales tienen el mismo fin que las resultantes de la negociación, en tanto que unas y otras no pueden perder la cualidad de remuneración equitativa. Para la DI los principios que informan el carácter equitativo serían la proporcionalidad con el valor económico de la prestación, la definición del contenido de la prestación, la comparabilidad con respecto a remuneraciones similares y la no arbitrariedad.

Atendiendo a ello, la DI observa que el hecho de que AIE en 1998 exigiera a T5 unas tarifas generales superiores en al menos un 29,6% a otros operadores que actúan en el mismo mercado, sin razonar la diferencia entre operadores y sin factores objetivos evaluables que lo justifiquen, “*es cuando menos inequitativo*”. Además, la DI observa también que, en el establecimiento de la tarifa, se partió de una tarifa histórica de SGAE que se redujo en un 50% y luego se asignó un 80% de la misma a AISGE y un 20% a AIE –lo que resulta en un 0,375% de tarifa general sobre ingresos de explotación-, sin que se pongan de manifiesto criterios más objetivos en su formación como minutos emitidos, minutos protegidos, audiencia media, franjas horarias, ingresos por publicidad, etc. A lo que añade la DI que, reconociendo que no es la autoridad de la competencia la que tiene que interpretar el artículo 108.5 LPI, sí considera que tiene que conocer, a los efectos de la valoración de la remuneración, “*la definición clara del ámbito personal de los derechos gestionados o bien el peso de las diferentes categorías*”, más si la tarifa se fija “*sobre la disponibilidad de unos derechos de contenido, límites y valor independientes*”. Precisamente es la indefinición lo que hace, a juicio de la DI, que haya “*diferencias irreconciliables en la negociación con los operadores, puesto que la tarifa se está fijando sobre la disponibilidad de unos derechos de contenido, límites y valor indeterminados*”.

También considera la DI que, a efectos de establecer las tarifas generales, AIE puede acceder a una información pormenorizada, como se pone de manifiesto en el folio 3104, en relación con la utilización de su repertorio. Sin embargo, en la exigencia de AIE no hay una relación entre los criterios de recaudación y los de reparto y no se considera la utilización real de los repertorios que son remunerados.

Abundando en el análisis de la tarifa y haciendo mención a la Sentencia *United Brands* de 14 de febrero de 1978 del TJUE, la DI considera que en este caso “*no resulta viable basarse en una comparación entre los costes de producción y el precio de venta*”. Recuerda la Resolución del TDC de 14 de diciembre de 1998, Onda Ramblas/AGEDI, para señalar los diferentes tests que permitirían conocer si existe la imposición de un precio no equitativo, como la comparación con otros países del entorno o los precios de transacciones con servicios similares. La comparación con otros Estados Miembros de la UE no es posible, pero observa la DI que la remuneración exigida por AIE a T5, para el periodo 1995/1999, no está proporcionada a la exigida en el Convenio FORTA y no se han dado razones que lo justifiquen.

Además, la DI entiende que la tarifa general no sigue los mismos criterios en su fijación – totalidad de ingresos de explotación de la entidad usuaria- que los seguidos en el Convenio FORTA. En definitiva, para la DI a la “carencia de elementos objetivos evaluables” hay que unir “una ausencia de justificación objetiva de las diferencias”.

Cuando la DI pasa a valorar el posible carácter discriminatorio con el que AIE ha exigido las tarifas generales a T5, señala que no se trata de recibir el mismo trato, sino de evitar que se dé un trato discriminatorio. Recuerda la STS de 8 de julio de 1994, donde se dice que se rompe el principio de igualdad de trato si se dan los requisitos previos de una igualdad de situaciones y el tratamiento diferenciado es arbitrario o injustificado. Recuerda la Sentencia Michelin del TJCE donde se subraya la especial responsabilidad que le compete a un operador en posición dominante sobre todo en relación con el mantenimiento de unas condiciones no distorsionadas de competencia. En este sentido, la DI subraya que en 1997 AIE consideraba equivalentes en términos de operadores de mercado a T5 y a las televisiones autonómicas, porque esas tarifas fueron las que se ofrecieron a T5. Sin embargo, en 1998, ante la falta de acuerdo, se le exigió a T5 la tarifa general. En los folios 3110 y 3111, la DI calcula el importe a pagar por T5 con los criterios que se acordaron en el Convenio FORTA y, comparándolo con lo reclamado judicialmente a T5, se deduce que se le está exigiendo una tarifa que dobla prácticamente el importe de lo exigido a las televisiones FORTA para el periodo 1999-2005. La DI considera que AIE en ningún momento ha aportado pruebas que expliquen esta diferencia. Todo lo cual tiene para la DI una afectación en las condiciones de competencia de los adquirentes de estos derechos, que son las televisiones generalistas y en abierto, en cuyo mercado compiten por audiencia e ingresos publicitarios y en el que se encuentran tanto T5 como las de la FORTA. Es decir, que la aplicación discriminatoria a T5 de unas tarifas generales, como las exigidas por AIE, le ocasiona a la mercantil televisiva una “*desventaja competitiva*”, inevitable, si se tiene en cuenta que el uso de esos derechos, que en monopolio gestiona AIE, “*les resulta indispensable*” a estos operadores de televisión.

En definitiva, la DI considera acreditado que AIE es un monopolista en el mercado de derechos propiedad intelectual de comunicación pública de grabaciones audiovisuales de artistas, intérpretes o ejecutantes en su parte musical y que ha impuesto a T5 unas tarifas inequitativas y discriminatorias que infringen el artículo 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia y el artículo 82 del Tratado de las Comunidades Europeas.

TERCERO. T5 como mercantil denunciante entiende que AIE le ha impuesto unas tarifas generales no equitativas, abusivas y discriminatorias desde el año 1995 y, con ello, ha vulnerado los artículos 6.2.a) y 6.2.d) de la Ley de Defensa de la Competencia y 82.a) y 82.c) del Tratado CE. Considera que las entidades de gestión colectiva demandaron en jurisdicción ordinaria a T5 en 1998 por no haber llegado a un acuerdo y que, como consecuencia de ello, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Madrid, confirmando la Sentencia del primero, condenaron a T5 a abonar una cantidad basada en esas tarifas generales.

También señala T5 que en noviembre de 2001 AISGE y T5 recuperaron el diálogo y AISGE le hizo una propuesta en febrero de 2002, que no se formalizó por cambios en los órganos de gobierno de la entidad de gestión. Retomando el contacto en abril-mayo de 2002, con la presencia de AIE, se llegó a un principio de acuerdo, en el que, según T5, las entidades rebajaban la tarifa general y la aplicaban sobre un sistema acorde con la utilización real del repertorio. Sin embargo, finalmente AIE y AISGE pusieron de manifiesto un desacuerdo entre entidades de gestión colectiva en su reparto. Por ello, el acuerdo no llega a firmarse. En ese mismo sentido, recuerda T5 que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en su Resolución de 4 de febrero de 2008 constata el reducido número de comunicaciones de AIE a T5, muestra de la escasa predisposición a cualquier negociación, además de la consideración de que un sistema de pago por uso resulta más aceptable desde el punto de vista de la competencia y evitando la discriminación, junto con la “gran desproporción” entre lo que T5 podría pagar con arreglo al Convenio FORTA y lo exigido por la Tarifa General.

T5 afirma que, entre las razones por las cuales rechazó la oferta de aplicación del Convenio FORTA, estaba en primer lugar el que no formen parte del repertorio de AIE las interpretaciones o ejecuciones musicales de artistas de EEUU, también que las actuaciones artísticas fijadas o grabadas en un soporte hace más de 50 años y que no podía aceptarse por abusivo el doble cobro de derechos por parte de AIE, pero sobre todo que los únicos programas musicales de T5 se emiten de madrugada, representando en promedio un 2,36% del total de horas de emisión. Por tanto, para ser equitativa no debería aplicarse sobre el 100% de los ingresos de T5, sino sobre el 4% que se corresponde con el porcentaje de grabaciones audiovisuales y/o fonogramas que contienen interpretaciones musicales administradas por AIE. En términos monetarios, T5 alega que la cantidad reclamada a T5 en la vía judicial es de 14.414.214,99€ por los actos de comunicaciones públicas de grabaciones audiovisuales durante el periodo 20 de

septiembre de 1998 a 31 de diciembre de 2005. Esta cantidad supone el doble de la cantidad “equitativa” que resultaría de aplicar el Convenio Marco FORTA a T5, es decir, 7.266.902,20€

En cuanto al Convenio FORTA, T5 dice que no rechazó de plano el convenio, si no que pidió aclaraciones que nunca recibió. Referente al acuerdo AISGE/T5 del año 2002, del que se separó AIE por divergencias con AISGE, y que tuvo por objeto evitar la ejecución provisional de la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 17, calcula que la aplicación de las tarifas de AISGE hubiese supuesto en el periodo 1995-2002 una cantidad de 41.847.315,54€, mientras que a meros efectos transaccionales, y al objeto de buscar una solución más equitativa se acordó el pago de una cantidad a tanto alzado de 11.490.000€. Por ello resulta relevante algo que AIE no hace en sus alegaciones e informes presentados, como la comparación de las tarifas de AIE con lo que hubiese supuesto la aplicación del principio de Acuerdo. Por todo lo anterior, ha de concluirse a juicio de T5 que las tarifas establecidas por AIE son abusivas, discriminatorias e inequitativas.

Como fundamento de sus acusaciones, T5 recuerda las Directivas comunitarias sobre la materia (Directiva 92/100/CEE, Directiva 93/83/CEE, o la Directiva 2001/29/CEE), donde se establece la necesidad de garantizar que las sociedades de gestión colectiva de los derechos de autor consigan un mayor nivel de racionalización y transparencia en el respeto de las normas de competencia. Así mismo la Comunicación de la Comisión (COM (2004) 261 final) destacó la necesidad de aumentar la transparencia y responsabilidad de la gestión de derechos.

En definitiva, T5 afirma que AIE ha abusado de su posición de monopolio en el mercado de referencia y recuerda la Resolución de la CNC de 9 de diciembre de 2008 cuando señala que se genera una “*clara asimetría de poder entre las partes negociadoras a favor de la entidad de gestión y reduce los incentivos que ésta puede tener a alcanzar un acuerdo*”. Argumento que, dice T5, deja vacío de contenido el informe de consultoría que la denunciada ha incorporado al expediente.

CUARTO. AIE en su descargo ha alegado que el derecho a una remuneración equitativa por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales a artistas intérpretes o ejecutantes es “*un derecho de simple remuneración o ‘débil’*”, que por sus características no puede ser utilizado para excluir a un operador del mercado, puesto que las grabaciones audiovisuales están disponibles para el usuario, haga lo que haga la entidad de gestión al respecto.

AIE entiende también que, en la medida en que ofreció a T5 el Convenio FORTA y en la medida en que existió un proceso negociador, en el que participó T5 desde su inicio, y

después de varios requerimientos notariales por parte de AIE, con el fin de dar continuidad a ese proceso, no cabe la infracción de la competencia de la que se la acusa.

AIE no acepta que las nuevas tarifas generales de 1998 fueran un medio intimidatorio para que T5 o las otras televisiones en abierto se adhirieran al Convenio FORTA, sino una solución ante “*la nula voluntad negociadora*” de algunas televisiones, cuando ya habían pasado tres años desde la entrada en vigor de la obligación de remuneración de este derecho. Recuerda AIE que la tarifa tuvo un periodo transitorio para el cual se fijó un 0,074% en 1995 y hasta 1999 no alcanzaba el 0,37%. En estas condiciones, AIE señala que, en los años 1995-1997, lo que habría pagado T5 por tarifas generales era prácticamente igual que lo establecido en el Convenio FORTA.

Por otra parte, AIE considera que se están comparando “*situaciones no equivalentes*” cuando se aplican a T5 las condiciones del Convenio FORTA, porque en su opinión fue equivalente cuando tenían parecida cuota de pantalla, como en 1997, y hay otras “*circunstancias de carácter objetivo*” que impiden la comparación, como la existencia de un acuerdo con esos operadores. Mientras no es así en el caso de T5. Por tanto, es una obligación exigir la tarifa general a T5, de acuerdo con el TRLPI en su artículo 157, al no existir acuerdo con el usuario.

Para AIE la tarifa general se fija por un común de usuarios heterogéneos y no se reflejan características propias del usuario en concreto, ni se tienen en cuenta las circunstancias de la negociación. AIE cita los acuerdos con A3, TVE, FORTA para recalcar que cada acuerdo es distinto a los demás y subrayar que el valor para cada usuario de las grabaciones audiovisuales puede ser diferente. En tercer lugar, AIE entiende que la DI ha comparado datos sobre bases no homogéneas. En la lógica del Convenio FORTA aparece un valor de referencia -7000 millones de pesetas- que se repartía al 50% entre audiencia e ingresos por publicidad y cuotas de abonados en 1995.

En este sentido AIE considera que si se tienen en cuenta las mismas bases, dado que la facturación de T5 ha aumentado un 122% desde 1998, la comparación de lo que hubiera pagado T5 en uno y otro caso no puede obviar esta cuestión. Es decir, aunque el Convenio refleja una cantidad alzada para un periodo de cinco años, no se puede ocultar que las bases de cálculo responden a una estimación de audiencia e ingresos. Para AIE el carácter equitativo no se pierde si se establecen diferencias entre la tarifa general y la remuneración pactada, puesto que la segunda ha tenido en cuenta las características concretas del usuario que ha negociado, además de haber cumplido con las obligaciones previstas en la ley y atender a una voluntad negociadora.

En todo caso, AIE entiende que “*no se cumple ninguno de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para acreditar la existencia de tarifas inequitativas*”. No considera de aplicación el test derivado de la Sentencia United Brands, sobre la base de los propios

argumentos de la DI cuando señala que este test no ha probado que las tarifas de AIE sean inequitativas. Por otra parte, las Sentencias del TJCE, en los casos *Tournier* y *Lucazeau*, proponen tests de comparación de tarifas entre países comunitarios sobre una base homogénea, que no son de aplicación al caso, en la medida en que no existe en otros países el reconocimiento de este derecho. Recuerda la denunciada que el propio TDC en su Resolución de 4 de febrero de 2008 concluyó que las tarifas de AIE no parecen superiores a las establecidas por otras entidades similares (AISGE, AGEDI, SGAE). Recuerda también el Auto del TS de 3 de octubre de 2006 en el recurso de A3 donde rechaza el carácter inequitativo de las tarifas. Finalmente, apunta AIE que si el Ministerio de Cultura considerara inequitativas las tarifas comunicadas, hubiera actuado y no lo ha hecho.

En definitiva, AIE considera bien fundada la metodología de cálculo de las tarifas generales, que partían de la remuneración que históricamente cobraba SGAE y que se dividió por diez cuando se gestionaron los derechos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales por parte de AISGE y AIE. Esta reducción se basaba en la consideración de un menor valor de estos derechos frente a los derechos de autor propiamente dichos. Es decir, se trataría de derechos “débiles”. No obstante, en el punto de partida de su configuración hay una referencia a lo establecido expresamente por el legislador cuando señaló lo que correspondía a artistas, intérpretes y ejecutantes en el caso de remuneración compensatoria por copia privada. A partir de la tarifa general de SGAE –porcentaje sobre los ingresos de explotación de las televisiones-, en la que estaban contenidos los derechos de autores, artistas, intérpretes y ejecutantes, más productores, AIE y AISGE cobrarían 1,875%, es decir, la mitad de SGAE. A partir de aquí, AISGE y AIE pactaron un reparto entre ellas de 80/20 del derecho que recaudan conjuntamente que en este caso era en relación con la copia privada. Por lo tanto, el 0,375% sale de este reparto y con este origen, y se extiende a la comunicación pública de grabaciones audiovisuales.

Además, recuerda AIE que la propia DI consideró la tarifa general comunicada “*en cierto modo válida en el momento de entrada en vigor de la norma*”, aunque no así después de las negociaciones del Convenio FORTA. Alega, por tanto, la denunciada que si en principio eran equitativas y después quedaban sujetas en su valoración de equidad a las negociaciones y acuerdos posteriores, y dado que AIE se lo ofreció a T5, no cabe calificarlas de inequitativas. Por otra parte, AIE entiende que la acusación de tarifa inequitativa obliga a la DI a probar cuál sería el valor de la prestación que se correspondería con lo equitativo. En caso contrario, debería exculpar a la acusada.

Tampoco admite AIE que se le haya producido una “*desventaja competitiva*” a T5 por haberle reclamado el pago de las tarifas generales, entre otras cosas, porque T5 en 13 años solamente ha pagado los años correspondientes al periodo 1995-1998, por mandato

judicial, mientras que el resto de cadenas televisivas que si que han llegado a un acuerdo con AIE y han pagado por esos trece años los el uso de los derechos correspondientes.

En cuanto al pago en función de los contenidos del repertorio, recuerda AIE que los conflictos con entidades de gestión colectiva son cuestiones de carácter civil aquellas relativas a la “percepción sin justo título de derechos”, tal y como ha puesto de manifiesto la Comisión Europea en el caso *Daftpunk* y el propio TDC en su Resolución de 16 de diciembre de 2004, R609/04, *Ediciones Musicales*. Es decir, son las entidades de gestión colectiva las encargadas de gestionar todo el devengo de ciertos derechos de propiedad intelectual, se trate de artistas, intérpretes o ejecutantes nacionales o extranjeros y con independencia de la nacionalidad de origen de los mismos y de su obra, puesto que en España queda reconocido el derecho a remuneración por comunicación pública de grabaciones audiovisuales.

En relación con la cuestión de si la tarifa debe ser por uso o por disponibilidad, señala AIE que la propia DI en su Informe Propuesta dice que los dos sistemas pueden ser válidos, si bien remite a cada caso para lograr la deseada equidad. Recuerda la denunciada la Sentencia del TJCE de 6 de febrero de 2003, *Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten* (SENA), en la que se señalaba que para alcanzar la equidad había que atender a los propios intercambios económicos. AIE considera indubitable que una tarifa que se ajusta a un porcentaje de los ingresos por explotación es equitativa, y dice que así se pone de manifiesto en la reciente Sentencia del TJCE de 11 de diciembre de 2008, en el asunto STIM. En este mismo sentido, recuerda AIE que en contestación al PCH presentó un informe en el que se estudiaba el sistema de remuneración de estos derechos en función del uso y que concluía que no era viable por la intensidad de factor trabajo que requería –muy costoso-, por las diferencias de información facilitada por las televisiones y la inexistencia de elementos que permitan asignar el precio por los derechos objeto de negociación. Recuerda además que la inmensa mayoría de las entidades de gestión colectiva europeas utilizan tarifas por disponibilidad, por considerarse más eficiente.

AIE entiende que la crítica de la DI a una diferente metodología, que subyace en el cálculo de la tarifa general y de la del Convenio FORTA, está carente de fundamento. Para AIE “*no existe obligación de que todos los acuerdos sigan una misma estructura o utilicen los mismos criterios*”, como lo demuestra el contenido de los diferentes acuerdos con A3, TVE y FORTA. De hecho, algunos usuarios prefieren acuerdos a tanto alzado y otros en función de criterios como los del Convenio FORTA.

Finalmente, en las alegaciones presentadas el 16 de junio de 2009, AIE valora las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2009 en el litigio AIE-T5, relativa a la tarifa general que se analiza en este expediente, y la de 7 de abril de 2009 en el litigio AIE y Sogecable, relativa a esta misma tarifa general, señalando que el Alto Tribunal le da la razón respecto al ámbito que abarca el derecho que gestiona y que “la remuneración

establecida en el art. 108.5.2º TRLPI se agota con su propio contenido económico” y en el marco de un derecho de simple remuneración cuando el usuario no paga el único recurso para la entidad de gestión es acudir al Tribunal correspondiente quien fija la remuneración equitativa y, dado que el juez fija el precio “la independencia de comportamiento resulta muy discutible en este caso”. Por tanto, según AIE no puede haber abuso de posición de dominio, si bien reconoce que el TS sostiene que unas tarifas generales no son equitativas “en la medida en que no tienen adecuadamente en cuenta el uso ni los acuerdos alcanzados con otros usuarios”, aunque hasta ahora la práctica “habitual” según AIE fuera un criterio de disponibilidad, volviendo a reiterar como en otras alegaciones que en el Expte. R678/05, El Caserón/SGAE, el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia consideró que es posible aplicar tarifas generales a un usuario concreto al margen de lo pactado con otros usuarios.

A todo ello se añade que AIE en su último escrito de alegaciones de 6 de julio de 2009 solicita la suspensión del procedimiento en este Expediente sancionador por entender que al quedar abierto un expediente de terminación convencional en la CNC relacionado con los mismos derechos de propiedad intelectual, el Consejo debería pedir informe valorativo a la DI o suspender el procedimiento sancionador para cerrarlo una vez haya concluido el de terminación convencional.

QUINTO. T5 ha mantenido como parte de sus alegaciones que la exigencia de pago de estas tarifas suponía en su caso un doble pago a artistas intérpretes o ejecutantes, sobre todo porque buena parte de sus comunicaciones públicas están basadas en producciones propias. Así, consideraba T5 que estos artistas intérpretes o ejecutantes habían renunciado individualmente al cobro de esos derechos. En este sentido, el Consejo de la CNC está obligado a considerar la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 18 de febrero de 2009 en la que se señala con claridad que el derecho a la remuneración equitativa por la comunicación pública de las grabaciones audiovisuales a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes nace en el vigente 108.5 II LPI (equivalente al del artículo 108.3 II LPI, en la redacción vigente hasta la Ley 23/2006) y tiene el carácter de irrenunciable e indisponible. Es decir, el propio productor de una obra audiovisual puede actuar como productor de la obra y como usuario de la comunicación pública de la misma y obtener un derecho a la remuneración equitativa, no siendo este derecho incompatible con el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes a percibir una remuneración equitativa de la propia productora, derecho que la sentencia declara indisponible.

La STS citada considera también que se da el carácter irrenunciable de este derecho –a pesar de haber desaparecido este epíteto en la nueva redacción, el Supremo recuerda que la LPI vigente es un texto refundido por Real Decreto Legislativo el Gobierno y el término de irrenunciable existía en la redacción de la Ley 43/1994, por lo que interpretar su desaparición sería incurrir en un supuesto de *ultra vires*-. Según la STS, lo irrenunciable se funda tanto en la posibilidad de una situación de inferioridad de artistas

intérpretes o ejecutantes frente a productores, como en evitar la privación de participación en los resultados de la obra de acuerdo con “*los principios que informan la economía del arte en el mundo actual*” y, también, en la necesidad de garantizar su efectividad. Por esto último, su gestión se realiza a través de una entidad colectiva, que es incompatible con la negociación individual de artistas intérpretes o ejecutantes. Hay que señalar que esta reciente doctrina quedará confirmada en una nueva STS de 7 de abril de 2009. Por tanto, el uso para la comunicación pública de grabaciones audiovisuales por parte de T5 le obliga al pago de una tarifa equitativa por un derecho irrenunciable de gestión colectiva de los propios artistas intérpretes o ejecutantes musicales que, en todo caso, fundamenta la posición de dominio de AIE en el mercado relevante definido y el alcance que tiene el repertorio gestionado.

Así las cosas, el Consejo de la CNC considera que AIE es un monopolista en el mercado de la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual de artistas intérpretes o ejecutantes por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales, al menos en lo que atañe al repertorio de artistas intérpretes o ejecutantes musicales. En este mercado relevante a AIE se le imputa por parte de la DI y desde 1995 la imposición de unas tarifas generales inequitativas a T5 y un trato discriminatorio en relación con las tarifas cobradas a otras televisiones. Siendo esta la posición de AIE en el mercado relevante, sus alegaciones referidas a que se trata de la exigencia de un derecho ‘débil’ que impide la expulsión del mercado de los operadores televisivos, no obsta para que, con respaldo en su condición legal, exija unas tarifas discriminatorias e inequitativas y, con ello, afecte negativamente y de este modo al interés general, lo que a todas luces es sancionable por la legislación de defensa de la competencia. Por lo tanto, el presente expediente se debe resolver en sede del artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), donde se prohíbe el abuso de la posición de dominio, en particular y entre otros, cuando se imponen precios o condiciones no equitativas (Art. 6.2. letra a) y cuando se aplican condiciones desiguales para prestaciones equivalentes (Art. 6.2. letra d).

Por otra parte, la DI también le imputa a AIE la infracción del artículo 82 TCE. En este mismo sentido el Consejo considera 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.

SEXTO. En relación con las tarifas generales exigidas por AIE a T5 por los derechos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales, el Consejo considera que la DI ha puesto de manifiesto el carácter inequitativo de estas tarifas generales de AIE.

De acuerdo con el mandato del Consejo de la CNC en su Resolución de 4 de febrero de 2008, en el que se estimaba el recurso presentado por T5 contra el sobreseimiento acordado por el antiguo Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), se trataba de que la DI analizara si las tarifas generales de AIE se ajustaban a los criterios exigidos de razonabilidad y objetividad y si se seguían los principios propios que deben informar una remuneración equitativa y se utilizaba una metodología que permitiera fijar ese valor a partir del uso de un repertorio de grabaciones audiovisuales cuando se comunicaban públicamente por parte de las televisiones.

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 (Hecho Probado 5) 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.

En este punto, el Consejo entiende que el informe técnico que presenta AIE como alegación de parte se elabora sobre la errónea consideración de que no tiene por qué haber relación entre la tarifa general y los precios resultantes de una negociación. 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, presente también el informe presentado por la parte, 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 ó 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 Tonsattares Internationella Musikbyrå*, 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 según consta en los Hechos Probados 15 y 16.

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 criterio no aparece en la publicación de las tarifas generales, como también pone de manifiesto este Consejo en los Hechos Probados (5) relativos a la publicación de las tarifas generales. 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. Según el Alto Tribunal. En este sentido, señala la STS que *“debe proscribirse una excesiva desproporción que no aparezca justificada por razones de gestión u otras análogas”*. Recuerda asimismo la STS de 10 de septiembre de 2008, en la que se declaró nulo un convenio con una productora porque existía una desproporción injustificada en relación con las tarifas aprobadas posteriormente en el convenio con otra asociación.

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.

Realiza también la STS una consideración en relación con el hecho de comunicar las tarifas al Ministerio de Cultura, señalando que no resulta obligado estar a lo que establezcan estas tarifas sin más, puesto que el TRLPI *“no le atribuye facultades de aprobación de las tarifas”*. El Tribunal Supremo entiende que *“la jurisprudencia de esta Sala ha admitido ya implícitamente en relación con los derechos de autor dimanantes de la comunicación pública de obras audiovisuales, que la remuneración equitativa no puede fijarse de manera incondicionada, cualesquiera que sean las circunstancias en que ha tenido lugar la negociación, de acuerdo con las tarifas generales fijadas unilateralmente por las sociedades de gestión. Aun cuando las mismas no hayan sido objetadas por parte de la Administración.”*

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

Esta doctrina quedará confirmada por el Fundamento Décimo de la STS nº 228/2009 de 7 de abril de 2009, de recurso de casación de Sogecable contra la sentencia de 28 de octubre de 2003, en la cual se estimaba el recurso de apelación interpuesto por AIEGE y AIE. 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)”*.

Se recuerda también que en la STS de 15 de enero de 2008, referida a la remuneración equitativa a favor de los productores de obras audiovisuales por la comunicación pública de éstas en hoteles por medio de la televisión, se establece que no es abusiva la tarifa que, a falta de acuerdo, *“se reduce a la utilización real de la comunicación pública, por referirse a habitaciones y apartamentos “ocupados”. Distinta consideración merecería la pretensión indemnizatoria a calcular sobre número de habitaciones y apartamentos “disponibles”*”. Es decir, una vez más una metodología de cálculo basada en criterios de uso.

Por el mismo motivo, no cabe acoger la alegación de AIE en relación en el Expte. R678/05, El Caserón/SGAE, resuelto por el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, puesto que lo que se consideró en ese caso fue la aplicación de unas tarifas

generales fijadas por número de comensales y cuyos descuentos habían sido negociados por una asociación empresarial a la que pertenecía el denunciante, es decir, que la metodología de cálculo había sido pactado con un representante de ese mismo denunciado.

SEPTIMO. Establecido el carácter inequitativo de las tarifas generales exigidas por AIE a T5, la Dirección de Investigación imputa también a la Entidad de Gestión AIE la comisión de una conducta anticompetitiva consistente en la discriminación por el cobro de cantidades significativamente diferentes a T5 en relación con lo cobrado a otras televisiones generalistas que operan abierto en nuestro país.

El Consejo de la CNC está de acuerdo con dicha imputación, en primer lugar porque considera que estas televisiones operan en un mismo mercado y, por tanto, el cobro está referido a prestaciones equivalentes basadas en el uso del mismo repertorio gestionado por AIE. Sin embargo, la DI ha puesto de manifiesto que la cantidad exigida por AIE ante los juzgados a T5 tiene un margen excesivo en relación con lo pactado con otras televisiones para el mismo periodo. Además, AIE no traslada a la exigencia realizada ante los tribunales a T5 la metodología aplicada al Convenio FORTA de 1997, aunque se trate de un Convenio que se pretendiera aplicar a T5 por parte de AIE.

En este sentido, si AIE había ofrecido con anterioridad a T5 que se adhiriese al Convenio FORTA, el precio exigido ante los tribunales debería ser proporcional al resultante del mismo. Como ha puesto de manifiesto al Dirección de Investigación en su Informe Propuesta, “*De conformidad con la tarifa del 0’37% reclamada judicialmente, y por el periodo 1999-2005 (página 71 de la demanda) TELECINCO tendría que abonar, sin embargo, a AIE prácticamente el doble:*

AIE/TELECINCO: Tarifa de 0,43,64		
TOTAL		
Juzg. Mercantil (0’37%)		
Año	Ptas.	€
1999	289.146.263,00	1.737.804,04 €
2000	343.400.626,20	2.063.879,33 €
2001	318.715.333,02	1.915.517,73 €
2002	311.433.908,96	1.871.755,49 €
2003	340.389.928,10	2.045.784,67 €
2004	413.479.908,62	2.485.064,30 €
2005	327.194.075,74	1.966.476,00 €

(.../...) Aplicando el porcentaje que le correspondería a TELECINCO (16'26%) sobre dichas cantidades en función del "pacto global", resultarían las siguientes cifras:

AIE/TELECINCO: CONVENIO MARCO

Año	Ptas.	€
1999	146.340.000	879.521,11 €
2000	146.340.000	879.521,11 €
2001	157.461.840	946.364,72 €
2002	169.428.940	1.018.288,44€
2003	182.307.003	1.095.687,16€
2004	196.162.335	1.178.959,38€
2005	211.070.672	1.268.560,29€
TOTAL	1.209.110.790	7.266.902,20€

Por lo tanto, no parece que quepan dudas respecto a lo desproporcionado entre las tarifas generales exigidas y el precio resultante, aplicando los criterios de lo negociado a través del Convenio FORTA.

Por otro lado, no sirve el argumento de la denunciada referido a que las condiciones de mercado han evolucionado de modo distinto para T5 y para las televisiones FORTA, puesto que el cálculo se establece con lo conocido de ese mercado en el momento de fijar la remuneración para las televisiones FORTA.

Precisamente este carácter discriminatorio, palmario en los cuadros anteriores, imposibilita mantener que las tarifas generales sean equitativas. Además, contando con esta evolución de los porcentajes de la tarifa general establecida por AIE, la DI ha dejado claro con sus cálculos que para el periodo 1995-1999, también se habría producido una diferencia cercana al 30% entre lo que T5 hubiera pagado si se le hubieran aplicado las condiciones del Convenio FORTA. Así señala la DI:

“De acuerdo con la información suministrada por AIE “... si T5 hubiera aceptado suscribir el Convenio FORTA, hubiera podido obtener unas concretas condiciones económicas. Con arreglo a los datos de los que dispone AIE sobre audiencia e ingresos por publicidad que tenía T5 en 1995, le hubiera correspondido pagar 2.932.578'46€ en aplicación del

Convenio FORTA. En cambio, si se hubiera aplicado la tarifa general, la cantidad que hubiera debido pagar T5 por el mismo periodo hubiera sido de 4.166.079'16€...”

Además, como queda dicho en el Hecho Probado 15, AIE, AISGE y T5 llegaron a un comienzo de acuerdo que no llegó a firmarse por diferencias entre las entidades de gestión, al no llegar a un acuerdo de cómo realizar el reparto de la remuneración. Este problema de reparto entre ambas hizo que finalmente no se firmara el acuerdo con T5, trasladando por tanto todos los costes de ese fracaso a T5, cuando el problema no derivase de la negociación con esta televisión. En todo caso, ante los tribunales tampoco exige AIE que T5 le pague una cantidad definida según la metodología aplicada en el principio de acuerdo referido, sino que aplica directamente las tarifas generales declaradas inequitativas.

El Consejo quiere recordar también la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2008, en el caso ValeMusic/SGAE, en la que se señala que *“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”*. Para el Tribunal Supremo la distinción no puede ser entre unos contratos individuales impuestos y otros colectivos negociados, puesto que no se justifica que deba comportar *“efectos materiales en cuanto al trato que deba dispensarse a unos y a otros desde el punto de vista de una remuneración de idéntica naturaleza por idénticas prestaciones”*. En este sentido, tal y como ha recordado también la DI, la justificación de que el carácter colectivo de la negociación facilita la gestión de los contratos resulta insuficiente y *“no puede justificar una diferencia tan desproporcionada”* y, además, *“admitir lo contrario supondría la imposición indirecta de la obligación de integrarse en una asociación para obtener un trato más favorable de la sociedad demandante”*. Resalta también la STS que, dado que los contratos celebrados por las sociedades de gestión vienen impuestos por ley, no pueden imponer *“restricciones contrarias al principio de libre competencia o imponer condiciones discriminatorias a unos u otros usuarios”*. Por ello el establecimiento de tarifas más gravosas impuestas de manera unilateral es *“contrario al principio de igualdad”* y conculca el mandato de racionalidad del artículo 157 a) TRLPI.

OCTAVO. En cuanto a los efectos producidos por la conducta de AIE, el Consejo tiene que considerar que la exigencia de cobro a T5 para los años 1995-1998 por parte de los jueces y tribunales, solamente revocada parcialmente por el TS en 2009, ha producido en T5 lo que la DI ha denominado *“desventaja competitiva”*, puesto que al menos ha tenido que provisionar en sus cuentas por el pago de un *input* más caro que el que han pagado otros operadores y justificado en una metodología de cálculo claramente discriminatoria, como así ha quedado acreditado. Pero, además, ha introducido una importante

inseguridad jurídica, asociada al riesgo empresarial de T5, con efectos económicos sobre la cuenta de explotación, las provisiones y la composición patrimonial.

Por otra parte, 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. No cabe en este caso sino recordar la doctrina de la Sentencia del TJCE en el caso C-95/04, *British Airways/Comisión* y subrayar que la falta de un cálculo concreto de esos efectos no elimina su palmaria existencia en el caso que nos ocupa, con un tipo de tarifas generales de AIE mantenido desde 1995 que está en el origen de la distorsión del mercado.

Finalmente, en relación con las últimas alegaciones de AIE, referidas en el Antecedente de Hecho 19 de esta Resolución, el Consejo tiene que señalar que es la acreditación de un abuso de posición de dominio por parte de AIE en el mercado relevante definido, exigiendo unas tarifas generales inequitativas y discriminatorias, por lo que no cabe mayor dilación en la finalización de este procedimiento sancionador. En todo caso, hay que recordar que este Expediente se resuelve en aplicación de la Ley 16/1989 y que lo solicitado por la denunciada sólo hubiera sido posible en los términos que establece esta ley. Es decir, que al no haberse planteado en la fase de instrucción un procedimiento de terminación convencional ante la Dirección de Investigación, no ha lugar a plantearlo en esta fase procedimental en la que solamente cabe que el Consejo resuelva este procedimiento sancionador. Por otro lado, parece lógico que el Consejo se sienta suficientemente capacitado para valorar el impacto de una iniciativa como la señalada en estas alegaciones, referida a otro expediente y no necesite solicitar informe a la instancia administrativa que ha instruido este expediente y que propone la sanción para las conductas imputadas.

NOVENO. La acreditada comisión de un ilícito de los contemplados en la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, permite al Consejo de la CNC imponer sanciones, cuya regulación se establece en la Sección segunda del Capítulo I del Título I de la citada ley. En lo relativo a multas sancionadoras, el artículo 10 LDC prevé que aquellos agentes económicos que infrinjan los artículos 1,6 y 7 de la Ley 16/1989 podrán ser sancionados por el TDC con multas de hasta 901.518,16 euros, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la Resolución del Tribunal. En ese mismo artículo se señala que para la fijación de la cuantía final de la sanción habrá que tener en cuenta la modalidad y el alcance de la restricción, la dimensión del mercado afectado, la cuota de la empresa sancionada, así como los efectos. Del mismo modo y en lo relativo a las

intimaciones, el artículo 9 LDC establece que aquellos agentes que realicen conductas prohibidas podrán ser requeridos por el TDC para que cesen en las mismas.

En atención a ello, el Consejo de la CNC considera que las dos conductas imputadas a AIE han quedado acreditadas y que infringen tanto el artículo 6 LDC y el artículo 82 TCE, por abuso de posición de dominio en el mercado de la gestión de derechos de artistas intérpretes o ejecutante por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales, consistentes en la fijación y la exigencia de unas tarifas generales inequitativas y discriminatorias. Por lo tanto, corresponde a este Consejo imponer una sanción de acuerdo con la gravedad de las mismas.

En el caso que nos ocupa hay que tener presente que la conducta seguida por AIE se ha producido, al menos en relación con T5 desde que legalmente se pudo exigir estas tarifas, es decir, desde 1995. Además, hay que tener en cuenta que AIE es un monopolista y que ha sido objeto de sanción en el pasado por infracciones relativas a la defensa de la competencia. Por otra parte, desde el punto de vista de los efectos, se debe tener en cuenta que la existencia continuada de este tipo de tarifas inequitativas, aplicadas con carácter discriminatorio, como ha quedado probado en este Expediente sancionador, en relación con la posibilidad de llegar a acuerdos negociados, ha producido un tipo de efectos que, si bien no están cuantificados, no pueden soslayarse al valorar la distorsión que este tipo de tarifas ha producido en los propios precios negociados durante todo este periodo, dado que la alternativa a un acuerdo para las entidades de televisión era un horizonte judicial largo e inseguro que aumentaba su riesgo empresarial y debilitaba las cuentas de explotación y patrimonio de estos demandantes de grabaciones audiovisuales.

Por otra parte, en relación con el artículo 9 LDC, el Consejo considera necesario subrayar que la denunciada debe publicar y exigir tarifas generales que se rijan por los principios que informan el carácter equitativo de las mismas, señalados en esta Resolución, subrayando que no se pueden alejar de aquello que ha servido de guía y metodología a lo negociado efectivamente en el mercado.

En definitiva, por todas las razones expuestas en este y precedentes Fundamentos, dado el volumen de negocio generado por AIE, dado el mercado relevante definido afectado y los antecedentes de esta entidad de gestión colectiva en materia de defensa de la competencia, este Consejo considera que debe imponer una sanción de SETECIENTOS SETENTA MIL EUROS (770.000 €) a la Entidad ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE).

Vistos los preceptos citados y los de general aplicación, el Consejo de la CNC

HA RESUELTO

Primero. 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.

Segundo. Imponer a la Entidad ‘ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA’ (AIE) una multa sancionadora de SETECIENTOS SETENTA MIL EUROS (770.000 Euros) por la comisión de las conductas acreditadas.

Tercero. Instar a ‘ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA’ (AIE) a que en lo sucesivo se abstenga de publicar y exigir unas tarifas generales como las sancionadas u otras equivalentes que puedan distorsionar el mercado de gestión de derechos de artistas intérpretes o ejecutantes por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales.

Cuarto. La Dirección de Investigación de la CNC vigilará y cuidará del cumplimiento de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la CNC y al Ministerio de Cultura y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma agota la vía administrativa y que, por tanto, no cabe recurso en esta vía, siendo sólo susceptible de recurso contencioso-administrativo, el cual podrá interponerse ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución.