

RESOLUCIÓN (Expte. 593/05, Televisiones)

Pleno

Excmos. Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Antonio del Cacho Frago, Vicepresidente
D. Antonio Castañeda Boniche, Vocal
D. Francisco Javier Huerta Trolèz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vocal
D. Julio Costas Comesaña, Vocal

En Madrid, a 13 de julio de 2006.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Castañeda Boniche, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 593/05 (2523/04), del Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio, SDC) iniciado en virtud de denuncias de ANTENA 3 DE TELEVISIÓN S.A. (ANTENA 3 ó A3-TV) contra la ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y la ASOCIACIÓN FONOGRAFICA Y VIDEOGRAFICA ESPAÑOLA (AFYVE) y de GESTEVISIÓN TELECINCO S.A. (TELE 5 ó T5-TV) contra AGEDI por conductas presuntamente prohibidas por el art. 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en establecer unilateralmente remuneraciones abusivas y discriminatorias respecto de otras televisiones por el uso de fonogramas.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 13 de mayo de 2004 se recibió en el Servicio denuncia formulada por ANTENA 3 DE TELEVISIÓN S.A. (A3-TV), contra la ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y la ASOCIACIÓN FONOGRAFICA Y VIDEOGRAFICA ESPAÑOLA (AFYVE), por prácticas contrarias al artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en el abuso por las denunciadas de su posición de dominio al fijar unilateralmente tarifas no basadas en el uso real de los fonogramas por las entidades de radiodifusión, y discriminatorias, en comparación con las aplicadas a Televisión Española, para la regularización de la deuda

pendiente (periodo 1990-2003). Dicha denuncia fue tramitada con el número 2.523 (folios 1 a 31, siempre del Servicio mientras no se diga del Tribunal).

2. El 24 de mayo de 2004 se recibió en el Servicio denuncia formulada por GESTEVISIÓN TELECINCO S.A. (T5-TV), contra AGEDI, por prácticas contrarias al mismo artículo 6 consistentes en exigir remuneraciones abusivas a T5-TV por su utilización del repertorio de AGEDI y en imponerle tarifas no equitativas y discriminatorias respecto de otros operadores televisivos similares.
3. Tras realizar el Servicio una información reservada, el 15 de julio de 2004 la Directora General de Defensa de la Competencia dictó Providencia (folios 623 y 624) acordando la admisión a trámite de las denuncias de A3-TV, expediente 2.523, y de T5-TV, expediente 2.528, contra AGEDI, por conductas prohibidas por los arts. 6 LDC y 82 del Tratado de la Unión Europea (TUE o TCE), acumulando ambos expedientes en uno solo, el 2.523 y declarando interesadas en el mismo a A3-TV y a T5-TV, que lo habían solicitado.
4. El 30 de septiembre de 2004 y el 14 de octubre de 2004, AUNA TELECOMUNICACIONES S.A. y SOGECABLE S.A. respectivamente, solicitaron ser parte interesada en el expediente (folios 741 y 742 y 749 a 765), lo que el Servicio acordó con fecha 19 de octubre de 2004.
5. El 19 de abril de 2005 la AGRUPACIÓN DE OPERADORES DE CABLE (AOC) envió escrito al Servicio solicitando personarse como interesado en el expediente (folios 1.272 a 1.290), accediéndose a dicha solicitud por Acuerdo de la Directora General de Defensa de la Competencia de 28 de abril de 2005 (folios 1.330 y 1.331).
6. Con fecha 24 de mayo de 2005 el ENTE PÚBLICO RADIO TELEVISIÓN ESPAÑOLA (RTVE) solicitó igualmente personarse en el expediente, lo cual se admitió por Acuerdo de 27 de mayo de 2005 de la Directora General de Defensa de la Competencia.
7. Con fecha 29 de marzo de 2005 el Servicio formuló Pliego de Concreción de Hechos (PCH) (folios 1.202 a 1.226), que se incluye en el Informe-Propuesta, así como la valoración correspondiente.

8. A la vista de la calificación jurídica de los hechos y valoradas las alegaciones de las partes, la propuesta que realiza el Servicio al Tribunal es la siguiente:

“Primero: Que una vez admitido a trámite el expediente y tras el procedimiento previsto en la LDC, se declare por ese Tribunal la existencia de un abuso de posición de dominio de la que es responsable la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI), que se ha materializado en las siguientes actuaciones:

- *El establecimiento de tarifas generales abusivas.*
- *La ocultación a A3-TV y T5-TV del contrato AFYVE-RTVE para la utilización por TVE de los fonogramas del repertorio de AGEDI, que estuvo en vigor entre 1986 y 2002; el no ofrecimiento a A3-TV y T5-TV de condiciones equiparables a las que se pactaron con TVE; y el requerimiento a las mismas, para la satisfacción de su deuda pasada con los productores de fonogramas, de cantidades muy superiores a las cobradas de TVE por las mismas prestaciones.*

Segundo: Que se intime a AGEDI para que en el futuro se abstenga de realizar prácticas prohibidas semejantes.

Tercero: Que se ordene a AGEDI la publicación a su costa, en el BOE, de la parte dispositiva de la Resolución que en su momento se dicte y en un diario de información general que tenga difusión en todo el territorio nacional.

Quinto (sic): Que se adopten los demás pronunciamientos previstos en el artículo 46 de la LDC.

No obstante, ese Tribunal resolverá.”

9. El 13 de julio de 2005 se recibió en el Tribunal el expediente, el cual, mediante Providencia de 21 de julio de 2005, acordó su admisión a trámite y su puesta de manifiesto a los interesados para que en el plazo legal pudieran proponer las pruebas que a su derecho convinieran y solicitar la celebración de Vista.
10. Mediante Auto de 27 de febrero de 2006 el Tribunal acordó lo siguiente sobre las pruebas y celebración de Vista solicitadas, cuyos escritos tuvieron entrada los días: 28 de septiembre de 2005, los de Sogecable y AGEDI; 29 de septiembre, los de A3-TV y T5-TV; y 3 de octubre, el de TVE.

“Primero.- Dar por reproducidos todos los documentos que obran en el expediente 2523/04 del Servicio de Defensa de la

Competencia.

Segundo.- *En cuanto a las pruebas solicitadas por AGEDI, admitir toda la prueba documental propuesta, con la excepción de las señaladas como A₃) y A₁₁) y no admitir las testificales -sin perjuicio de dar por reproducido el Dictamen Pericial aportado al Servicio (Documento 86) del que es autora D^a M^a Jesús Yagüe Guillén- ni los dictámenes periciales económicos señalados en el Antecedente de Hecho 4 como C) PERICIAL. En relación con la A₁₃), la Secretaría del Tribunal librará oficio a SGAE, concediéndole un plazo de diez días para aportar la información requerida.*

Tercero.- *Respecto de las pruebas interesadas por Sogecable S.A., admitir las documentales privadas designadas como A₁) y A₃) y no admitir la testifical ni la documental privada A₂) que se unirá al expediente como alegación de parte. Para cumplimentar la citada A₃), la Secretaría del Tribunal librará el correspondiente oficio a AGEDI para que aporte la documentación requerida en el plazo de diez días.*

Cuarto.- *De las pruebas propuestas por Antena 3 de Televisión S.A., no admitir la denominada Pericial única, sin perjuicio de unir al expediente el informe emitido por NERA como alegación de parte, ni, en consecuencia, la testifical designada como B₁) ni, por otra parte, la también testifical designada como B₂).*

Quinto.- *Sobre las pruebas propuestas por Gestevisión Telecinco S.A., no admitir la denominada Documental A₁), sin perjuicio de unir al expediente como alegación de parte el informe de NERA; y admitir la prueba A₂) Más documental, para lo cual la Secretaría del Tribunal procederá a librar el correspondiente oficio a AGEDI, concediéndole un plazo de diez días para que aporte lo solicitado.*

Sexto.- *En cuanto a las pruebas solicitadas por el Ente Público Radio Televisión Española, no admitir la designada como Documental A₁), uniendo al expediente el documento correspondiente como alegación de parte. Admitir la señalada como A₂) Más documental e inadmitir tanto la testifical como la pericial propuestas.*

Séptimo.- *Celebrar el trámite de conclusiones por el procedimiento de Vista oral, en el día que se señalará oportunamente.”*

11. Según lo dispuesto en el art. 11.4 del Reglamento 1/2003, se remitió a la Comisión Europea copia del Informe-Propuesta del Servicio, así como un resumen del caso, dejándose constancia de lo cual en el

expediente mediante Diligencia del Secretario del Tribunal de 30 de marzo de 2006.

12. Una vez practicadas las pruebas que fueron admitidas, el Tribunal concedió a los interesados el plazo de diez días para su valoración, plazo que fue prorrogado por otros cinco días a instancia de AGEDI, para todos los interesados mediante Providencia de 4 de abril de 2006.
13. En el trámite de valoración de prueba han comparecido: AGEDI, A3-TV, T5-TV y SOGECABLE. Las tres primeras interesadas mediante escritos con entrada en el Tribunal el 18 de abril de 2006 y SOGECABLE el 19 de dichos mes y año.
14. El 12 de mayo de 2006 SOGECABLE presentó un escrito, adjuntando una demanda de AGEDI interpuesta en los Juzgados de lo Mercantil de Madrid, por el que planteaba la confidencialidad del mismo para las demás televisiones privadas interesadas en el expediente.
15. Mediante Providencia de 22 de mayo de 2006 el Tribunal acordó devolver a SOGECABLE dicho documento de demanda y conceder un plazo de 48 horas con la posibilidad de levantar dicha petición de confidencialidad.
16. El 29 de mayo de 2006 SOGECABLE presentó en el Tribunal otro escrito con la solicitud de que se incluyera en el expediente la versión no confidencial de la mencionada demanda que acompañaba, lo que fue acordado por el Tribunal el siguiente día 30, poniendo dicha versión de manifiesto a las partes para que en el acto de la Vista oral pudieran hacer alegaciones al respecto.
17. El 1 de junio de 2006 AGEDI presentó otro escrito, de 31 de mayo de 2006, solicitando que se uniera al expediente otro consistente en la versión íntegra de dicha demanda y, mediante otrosí, que la versión no confidencial lo fuera sólo para las otras televisiones personadas, pero que ello no afecte al derecho de defensa de AGEDI como imputada en el caso, porque la declaración de confidencialidad es algo sólo solicitado por SOGECABLE.
18. Con la misma fecha, por Diligencia del Secretario del Tribunal, se incorporó al expediente el escrito de AGEDI, dejando los documentos que lo acompañaban en pieza separada de documentación confidencial, atendiendo a la petición de SOGECABLE y sin perjuicio de que su carácter confidencial lo fuera sólo para las otras televisiones como había pedido AGEDI.

19. El día 6 de junio de 2006 se celebró la Vista oral del expediente, en la que las partes interesadas formularon sus conclusiones, quedando visto para dictar Resolución, de todo lo cual se dejó constancia en el expediente mediante Diligencia del Secretario del Tribunal con el Visto Bueno del Presidente, Diligencia que concluye señalando que la Vista fue grabada en audio y que su soporte se incorpora al expediente junto con los documentos presentados por las partes a tal fin.
20. El Pleno del Tribunal deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 28 de junio de 2006, encargando su redacción al Vocal Ponente.
21. Son interesados:
 - Antena 3 de Televisión S.A.
 - Gestevisión Telecinco S.A.
 - Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI)
 - Auna Telecomunicaciones S.A.
 - Sogecable S.A.
 - Agrupación de Operadores de Cable (AOC)
 - Ente Público Radio Televisión Española (RTVE)

HECHOS PROBADOS

1. SOBRE LAS PARTES

AGEDI, Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales, es una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual constituida conforme a lo dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual, debidamente autorizada por el Ministerio de Cultura en fecha 15 de febrero de 1989, que integra a la práctica totalidad de los productores fonográficos españoles, buena parte de ellos filiales de las grandes empresas multinacionales del sector. AGEDI es la única entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual existente en España para su ámbito de actuación: la gestión colectiva del derecho de comunicación pública y el derecho de reproducción para dicha comunicación pública de los fonogramas y de los vídeos musicales de los productores fonográficos. En este ámbito de actuación sustituyó a la Asociación Fonográfica y Videográfica (AFYVE) que llevaba a cabo estas funciones con anterioridad y que aún subsiste como Asociación profesional de dichos productores fonográficos.

A3-TV es la empresa concesionaria de una de las tres licencias de TV privada otorgadas en concurso público celebrado de conformidad con lo establecido en la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada. Se constituyó el 7 de junio de 1988 y empezó a emitir en enero de 1990.

T5-TV es otra de las tres empresas concesionarias de las citadas licencias de televisión privada con cobertura nacional y comenzó sus emisiones el 3 de abril de 1990.

2. RELACIONES DE AGEDI CON TVE

Con fecha 3 de marzo de 1986, el ente público Radio Televisión Española (RTVE) y AFYVE suscribieron un contrato cuyo objeto era la autorización a RTVE para:

La utilización pública, por sus sociedades estatales de radiodifusión y televisión, de los fonogramas publicados por los productores asociados a AFYVE.

La exhibición, por su sociedad estatal de televisión, de los vídeos musicales publicados por compañías representadas por AFYVE, dentro del ámbito de derechos que esta Entidad puede conceder.

Asimismo, se concede autorización a RTVE para copiar en cinta magnetofónica los fonogramas publicados por los productores encuadrados en AFYVE.

En contraprestación por los derechos que los productores de fonogramas le ceden, RTVE se compromete a pagar unas cantidades anuales a tanto alzado, por cada una de sus sociedades y por cada concepto, de acuerdo con la siguiente tabla:

PAGOS DEL GRUPO RTVE POR USO DE FONOGRAMAS Y VIDEOS MUSICALES

CONTRATO RTVE-AFYVE DE 1986

–Millones de pesetas–

	1985	1986	1987
Radio Cadena Española (Fonogramas)	19	19	19
Radio Nacional de España (Fonogramas)	10	11,5	13
Televisión Española (Fonogramas)	13	15,5	18
Televisión Española (Vídeos musicales)	8	9	10

Fuente: RTVE

A partir de 1987, las cantidades se incrementarían, en cada uno de los conceptos, según el Índice General de Precios al Consumo.

El contrato se renovaba de forma tácita por periodos de un año, salvo denuncia hecha por cualquiera de las partes con cuatro meses de antelación a la finalización de su vigencia o a la de cualquiera de sus prórrogas.

Tras su constitución y autorización en 1989, AGEDI sustituyó a AFYVE en la gestión de los derechos de propiedad intelectual de los productores fonográficos, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Propiedad Intelectual de 1987.

Con fecha 29 de abril de 1993, AGEDI se dirigió a Televisión Española, S.A. en los siguientes términos:

“El contrato por el cual los productores fonográficos autorizan a TVE el uso de sus grabaciones sonoras es de fecha 3 de marzo de 1986, y está suscrito con el Ente Público RTVE. Dicho contrato amparaba todos los derechos de nuestros productores tanto para TVE como para RNE. Sin embargo, últimamente se han convenido ya contratos por separado con ambas emisoras, quedando pendiente de actualizar el audio de TVE.

Con el fin de adecuar nuestras relaciones a la situación actual, tanto jurídica como económica, es por lo que les pedimos nos indiquen fecha y personas responsables de esa Emisora con las que podamos iniciar las debidas negociaciones.”

Con fechas 15 de octubre de 1993 y 2 de febrero de 1994 AGEDI se dirigió a TVE reiterando lo anterior.

Con fecha 25 de mayo de 1994, AGEDI envió a TVE un escrito con el texto siguiente:

“Según conversación telefónica, te adjunto fotocopia del extracto de nuestra tarifa general, donde se detalla la escala gradual de aplicación de los cánones correspondientes a la comunicación pública de fonogramas y reproducción. Como te he comentado, esta es la escala que figura en nuestros contratos, por ejemplo con las emisoras de TV de la FORTA.”

Con fecha 18 de octubre de 1994, AGEDI escribió nuevamente a TVE con lo siguiente:

“Adjunto te envío, tal como quedamos, borrador del contrato para la autorización del uso del repertorio fonográfico por esa Emisora.”

El objeto de dicho contrato era la concesión no exclusiva a TVE para el uso de los derechos de comunicación pública y de reproducción de los fonogramas del repertorio de AGEDI.

Se proponía a TVE el pago de una contraprestación económica basada en un porcentaje de sus ingresos brutos, incluidas subvenciones, por cada uno de los dos derechos autorizados de la forma siguiente:

PROPUESTA DE CONTRATO DE AGEDI DE 1994 RELATIVA A

PAGOS DE TVE POR EL USO DE FONOGRAMAS

–% sobre ingresos brutos anuales–

Año	Comunicación pública	Reproducción
1995	0,066	0,022
1996	0,090	0,032
1997	0,108	0,138
1998 y siguientes	0,179	0,064

Fuente: AGEDI

La duración del contrato sería de cinco años, con renovación tácita por periodos de un año salvo denuncia por cualquiera de las partes con cuatro meses de antelación a la finalización de su vigencia.

Con fecha 22 de enero de 2002, el presidente de AGEDI, Don C. G., volvió a dirigirse a TVE indicándole que:

“En 1986, con anterioridad a la promulgación de la LPI, TVE y la Asociación Fonográfica y Videográfica Española (AFYVE) suscribieron un contrato por el que ésta les autorizaba a utilizar los fonogramas de sus asociados, sin embargo, como en anteriores ocasiones les hemos manifestado, tal contrato no tiene encaje en el vigente marco normativo sobre propiedad intelectual por lo que es imperativo adecuar las relaciones entre la industria fonográfica y TVE a dicho marco normativo. En consecuencia, dado que la utilización de fonogramas por parte de TVE no está autorizada por la entidad de gestión de los productores de fonogramas (AGEDI), quien por mandato legal debe autorizar la comunicación pública de fonogramas, resulta urgente regularizar esta anómala situación y suscribir un contrato entre AGEDI y TVE a fin de que ésta quede debidamente autorizada para utilizar el repertorio de fonogramas de AGEDI a cambio de la correspondiente remuneración.”

Con fecha 21 de junio de 2002, Don C. G., esta vez en calidad de presidente de AFYVE, se dirigió a TVE para rescindir el contrato de 3 de marzo de 1986 en los siguientes términos:

“Como ustedes conocen la Asociación Fonográfica y Videográfica Española (AFYVE) suscribió el 3 de marzo de 1986 un contrato (el CONTRATO) con el Ente Público RTVE en cuya virtud, entre otras cuestiones, los productores fonográficos agrupados en AFYVE autorizaron la utilización por Televisión española de los fonogramas de su titularidad.

Dado que esta autorización, contenida en el CONTRATO para la utilización de fonogramas, no tiene encaje en el vigente marco normativo de Propiedad Intelectual, les comunicamos que, de acuerdo a lo previsto en la cláusula octava del CONTRATO denunciamos la extinción del mismo con efectos desde el 31 de diciembre de 2002. En consecuencia, a partir del próximo 1 de enero de 2003 no estarán uds. autorizados para utilizar los fonogramas titularidad de nuestros asociados, a no ser que concierten un contrato de autorización a tal efecto con la entidad de gestión de los productores de fonogramas autorizada en España (AGEDI) o bien, conforme prescribe el artículo 157.2 de la vigente Ley de Propiedad Intelectual, paguen bajo reserva o consignen a favor de AGEDI el importe de sus tarifas generales desde el 1 de enero de 2003.”

TVE respetó el contenido del contrato suscrito el 3 de marzo de 1986 y pagó a los productores de fonogramas por el uso de los derechos de comunicación pública y reproducción de los fonogramas en sus dos canales de televisión las siguientes cantidades anuales (en pesetas) correspondientes a los años 1985 a 2002:

PAGOS REALIZADOS POR TVE POR USO DE DERECHOS DE COMUNICACIÓN PÚBLICA Y REPRODUCCIÓN DE FONOGRAMAS

Año	–Pesetas–
1985	13.000.000
1986	15.500.000
1987	18.000.000
1988	18.828.000
1989	19.920.024
1990	21.294.506
1991	22.678.649
1992	23.925.974
1993	25.194.051
1994	26.428.560

1995	27.564.990
1996	28.750.283
1997	29.670.298
1998	30.268.697
1999	30.687.389
2000	31.577.526
2001	32.840.420
2002	33.727.108

En total, 459.856.475 pesetas (2.759.750 euros) por los 18 años comprendidos entre 1985 y 2002, ambos inclusive.

Tras la comunicación de la rescisión del contrato en junio de 2002, AGEDI intentó en numerosas ocasiones que TVE suscribiera con ella un contrato sobre la autorización para el uso de fonogramas; en la última que consta en el expediente, de fecha 10 de enero de 2003 (ya vencido el plazo de vigencia del contrato de 1986), AGEDI ponía de manifiesto a TVE que:

“Nuestro propósito siempre ha sido, y así se lo hemos comunicado, que la utilización de los fonogramas por TVE contara con la necesaria autorización, a cuyo efecto les hemos advertido reiteradamente y con mucha antelación de la necesidad de suscribir un acuerdo antes del 1 de enero de 2003 o bien ustedes a partir de esa fecha pagasen bajo reserva o consignasen las tarifas generales de AGEDI.”

3. RELACIONES DE AGEDI CON LA FORTA

Con fecha 23 de enero de 1992, la Federación de Organismos o Entidades de Radio y Televisión Autonómicas (FORTA) firmó con AGEDI un Acuerdo Marco, al amparo de lo previsto en el artículo 142.1.c) de la Ley de Propiedad Intelectual, para establecer las condiciones en que las televisiones asociadas en FORTA podían utilizar los fonogramas del repertorio de AGEDI, previa firma de un contrato-tipo cuyo modelo se anexó al Acuerdo Marco.

En cuanto a las contraprestaciones a satisfacer por cada emisora de televisión a AGEDI por los derechos de comunicación pública y de reproducción, se establecían sendos porcentajes anuales sobre los ingresos de explotación, incluidas las subvenciones, de la emisora. Los

porcentajes acordados eran los siguientes:

PAGOS DEL ACUERDO MARCO FORTA-AGEDI		
–% sobre ingresos totales de explotación–		
Año	Comunicación pública	Reproducción
1991	0,1870%	0,064%
1992	0,2025%	0,070%
1993	0,2180%	0,076%
1994	0,2335%	0,082%
1995	0,2490%	0,088%
1996	0,2645%	0,094%
1997 y ss	0,2800%	0,100%

En cuanto a los atrasos por los pagos correspondientes a los años anteriores al 1991 se acordó el pago del 10% sobre las correspondientes cantidades que por derechos de autor hubieran satisfecho o hubieran de satisfacer las emisoras a la SGAE.

El contrato duraría hasta finales del 1997 con prórrogas anuales tácitas siempre que no lo denunciara previamente alguna de las partes con una antelación mínima de seis meses antes de su finalización.

4. LAS TARIFAS GENERALES DE AGEDI

La legislación sectorial establece 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” y “a establecer las tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio” que deberá ser notificada al Ministerio de Cultura. Así lo ha venido haciendo AGEDI desde su constitución y autorización, incluyendo entre sus tarifas un epígrafe (el número 2) dedicado a la “UTILIZACIÓN DE LOS FONOGRAMAS DEL REPERTORIO DE AGEDI POR EMISORAS DE TELEVISIÓN DE DIFUSIÓN INALÁMBRICA”. La remuneración establecida en el año 1989 para dicho epígrafe ha sido modificada en seis ocasiones: 1994, 2000, 2002, 2003 y 2004, de la forma siguiente:

Año 1989: establece un porcentaje anual del 0,38% de los ingresos

brutos de explotación de cada emisora por otorgarles el derecho a utilizar los fonogramas de su repertorio.

Modificación en 1994: el 0,38% sería un objetivo a alcanzar a partir del año 1997 (inclusive); hasta entonces, y partiendo del 0,1865% en 1988, se incrementaría anualmente el porcentaje de la tarifa.

Modificación en 2000: Se establece una nueva tarifa objetivo cifrada en un porcentaje del 0,50% que se alcanzaría gradualmente en el año 2007, empezando con un 0,38% que sería la tarifa del año 2000.

Modificación del año 2002: Se mantienen los porcentajes objetivos o finales pero se alarga hasta 2015 el momento de su consecución (la implantación es más gradual).

Modificación del año 2003: cambia ligeramente el porcentaje final (0,508 en el año 2015) y el de partida (se partiría de 0,310% para el año 2000 y anteriores) y mantiene el periodo de implantación: del 2000 al 2015.

Modificación del año 2004: a raíz del acuerdo de 14 de julio de 2003 con la entidad Asociación de Artistas Intérpretes o Ejecutantes (AIE), con fecha 20 de enero de 2004 se notifica un nueva tarifa general única (de las dos entidades AGEDI y AIE) para el derecho de Comunicación Pública de los fonogramas: 0,370% (0,1887% para AGEDI y 0,1813% para AIE) que se alcanzaría en el año 2015 partiendo en el 2003 de un porcentaje de 0,2970% (0,15147% para AGEDI y 0,14553% para AIE).

5. RELACIONES DE AGEDI CON A3-TV

a) Vídeos musicales:

Con fecha 1 de diciembre de 1999, las dos partes firmaron un contrato estableciendo las condiciones en las que AGEDI autoriza a A3-TV a comunicar públicamente y a reproducir los vídeos musicales de su repertorio. Se acuerda que se devengará la correspondiente remuneración “cada vez que se emita un “video musical”, cualquiera que sea el lugar que aparezca en su programación”. Esa remuneración por cada vez que se emita un vídeo está acordada también en el Anexo

2 del contrato (folio 1062). A3-TV se obliga a proporcionar a AGEDI la información necesaria para llevar a cabo la facturación correspondiente a este contrato. La duración del contrato es de cinco años con prórrogas tácitas de duración anual, siempre a salvo de denuncia por cualquiera de las partes antes de seis meses de la conclusión de cada periodo de vigencia.

b) Fonogramas:

Tras su constitución y autorización en 1989 y hasta el 1 de enero de 1995, AGEDI encomendó a SGAE la contratación y administración del derecho de comunicación pública de fonogramas que corresponde a los productores fonográficos con las emisoras privadas de televisión. A partir de dicha fecha AGEDI decidió ocuparse directamente y se puso a disposición de A3-TV para suscribir el correspondiente contrato de licencia, “sin el cual no es posible la utilización de las grabaciones fonográficas en su emisora” (ver carta de AGEDI a A3-TV, de fecha 20 de febrero de 1995, folio 356).

Con fecha 6 de noviembre del mismo año 1995, AGEDI se volvió a dirigir a A3-TV para recordarle que aún no había suscrito el contrato para la comunicación pública de fonogramas en su emisora y anunciarle que se pondrán en contacto en plazo breve (folio 361).

No consta en el expediente que hubiera nuevos intentos por ninguna de las partes hasta el año 1999 cuando, en fecha 27 de enero, AGEDI vuelve a dirigirse a A3-TV en los siguientes términos:

“En diversas ocasiones hemos hablado con ustedes, y nos hemos dirigido por carta, para advertirles que esa emisora está haciendo uso de los fonogramas de los que son titulares los productores miembros de esta Asociación sin contrato que ampare tal actividad, y, por supuesto, sin abono a AGEDI de ningún tipo de remuneración.

Entendemos que esta situación no puede ni debe prolongarse por más tiempo, por lo que les urgimos, de nuevo, para que se pongan en contacto con nosotros con objeto de regularizarla.”

Con fecha 16 de abril de mismo año 1999, le envió un recordatorio.

Con fecha 13 de octubre de 1999, AGEDI escribió a A3-TV lo siguiente:

“Como continuación a nuestra carta del pasado día 29 de septiembre y tras la conversación mantenida hace unos días con C. G., en la que le manifestaste vuestro deseo de normalizar la situación de Antena 3TV con AGEDI, acompañamos a la presente un ejemplar del contrato para la comunicación pública y reproducción de fonogramas y otro para la de videos musicales.

Te agradeceríamos que, si no ves inconveniente, nos facilites los datos necesarios para cumplimentarlos y proceder a su firma.”

El 27 del mismo mes y año, AGEDI escribe a A3-TV:

“De acuerdo con la conversación telefónica que mantuviste ayer con nuestro Gerente, C. G., te confirmo que la fecha de nuestra reunión para tratar el contrato de videos musicales, será el 8 de noviembre a las 12,30, en nuestras oficinas.

En nuestra reunión no hablaremos del contrato de utilización de fonogramas, teniendo en cuenta tu manifestación, tanto en la conversación con C. G. como en ocasiones anteriores, de que esa emisora no se usa nada de música grabada del repertorio que representamos.”

El 1 de diciembre de 1999 se firmó el contrato sobre vídeos musicales entre AGEDI y A3-TV.

Con fecha 1 de marzo de 2001, el Tribunal Supremo declaró la subsistencia del derecho exclusivo de los productores de fonogramas a autorizar la comunicación pública de éstos y de sus copias, como estaba establecido en el artículo 109, apartado 1, de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual y que el Gobierno se había excedido en los límites de la delegación para elaborar el Texto Refundido de dicha Ley al derogar o considerar derogado dicho derecho.

Con fecha 10 de mayo, AGEDI volvió a escribir a A3-TV para

comunicarle el contenido de la Sentencia y la inexistencia de contrato sobre el uso de fonogramas. La reiteró el 6 de septiembre del mismo año ofreciendo la posibilidad de acudir, como último intento, a la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual para que ésta determinara la cantidad adeudada por A3-TV por la utilización en el pasado de su repertorio de fonogramas, estableciera el canon y garantizara la razonabilidad de las condiciones del contrato a suscribir para la utilización futura.

Con fecha 13 de septiembre de 2001, A3-TV y T5-TV respondieron conjuntamente a la misiva y, tras diversas reuniones, firmaron todos el 15 de octubre de 2001 un “Compromiso de arbitraje entre AGEDI, GESTEVISION TELECINCO y ANTENA3-TV DE TV”.

Con fecha 29 de enero de 2002, el Estudio Jurídico Bercovitz-Carvajal informó a A3-TV de que *“la deuda de la emisora por el periodo 1990 a 2000 en concepto de principal y de acuerdo con los datos de facturación de publicidad que nos habéis suministrado ascendería a 2.298.169.601 pesetas más IVA si se aplican las tarifas vigentes en el periodo y a 2.031.357.975 pesetas más IVA si se aplican condiciones homogéneas a los contratos suscritos por AGEDI con otra emisoras de televisión.”*

Con fecha 25 de marzo de 2002, A3-TV escribió a AGEDI, en nombre propio y de T5-TV, haciendo referencia a los contactos mantenidos entre ambas partes y haciéndole notar que su iniciativa e interés *“son susceptibles de verse frustrados, ya en su origen, si se nos exige su confirmación mediante la realización de un pago previo, cualquiera que sea su cuantía. Es, por tanto, irrelevante la cantidad que, individualmente, nos han solicitado (500 millones).”* Asimismo, en el escrito señala que *“En cuanto a tal futuro, nuestra propuesta es clara. Cualquier sistema lo más cercano al pago por utilización”* (folio 408).

Prosiguió el intercambio de escritos entre las partes a lo largo de ese año 2002.

A3-TV tuvo conocimiento de la existencia del contrato entre AGEDI y RTVE, de 1986, a lo largo del mes de mayo de 2002 *“que multiplicaban casi por diez las tarifas pagadas por RTVE con las que se exigen a ANTENA 3”* (folio 619).

Con fecha 21 de noviembre de 2002, AGEDI dirigió un escrito al presidente de la Comisión Mediadora Arbitral de la Propiedad Intelectual (CMAPI) para que, a la vista del “Compromiso de Arbitraje” suscrito con A3-TV y T5-TV, antes citado, procediera a iniciar el procedimiento arbitral previsto en el Real Decreto 479/1989, de 5 de mayo, por el que se regula la composición y el procedimiento de actuación de la CMAPI. Esta Comisión, entendiendo que era de aplicación el artículo 9 de dicho Real Decreto, que exige el requisito del sometimiento expreso y voluntario de las partes a la Comisión, manifestado por escrito a su Presidente, y dado que ni A3-TV ni T5-TV lo habían hecho, decidió inadmitir la solicitud de AGEDI de iniciar el procedimiento arbitral (Acta de la reunión de la CMAPI, del 30 de enero de 2003, folio 466).

AGEDI interpuso una demanda contra A3-TV ante la jurisdicción civil, que fue admitida a trámite el 6 de marzo del mismo año por el Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Alcobendas (Madrid), que dictó Sentencia, el 14 de mayo de 2004, condenando a la demandada a suspender la reproducción y la comunicación pública de los fonogramas del repertorio de AGEDI en sus emisiones y prohibiéndole la reanudación de tales actividades hasta que no exista autorización por parte de AGEDI. Y condenó a la demandada a abonar a AGEDI la cantidad de 18.552.177,00 euros, más los impuestos correspondientes.

En el Fundamento de Derecho tercero de la citada Sentencia se señala:

“Por tanto, aceptado por la demandada el hecho de que no se han abonado ningún tipo de cantidad por la utilización de los fonogramas y quedando acreditado que la actora ha intentado en numerosas ocasiones reclamar las cantidades que consideraba de aplicación, siendo la controversia entre las partes el tipo de tarifa a aplicar, es procedente determinar si las cantidades solicitadas por AGEDI son excesivas y desproporcionadas según lo manifestado por la demandada. En cuanto a la utilización de las tarifas generales, el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de marzo de 1990 ha declarado la eficacia de las tarifas generales en defecto de acuerdo entre las partes. La sección 14 de la Audiencia Provincial de Madrid mantuvo el mismo criterio en sentencias 19 de enero de 1999 y 28 de octubre de 2003, y así para la aplicación de este criterio es necesario por tanto que no haya acuerdo entre las partes. Dicho acuerdo a tenor de lo manifestado con anterioridad no se ha podido llevar a cabo dada la discrepancia en la cantidad solicitada por la actora y la pretendida por

la demandada[...], es más al margen de este no acuerdo las tarifas que se aplican a RTVE no podrían ser en ningún caso iguales a las de ANTENA 3 al tratarse de entidades distintas, la primera un ente público que obtiene sus fondos, parte por las subvenciones estatales y otras por publicidad, y ANTENA 3 ente privado cuyos ingresos fundamentales son obtenidos por la publicidad, debiéndose estimar la demanda íntegramente, toda vez que a lo largo de la dilatada negociación AGEDI aplicó las tarifas generales ante la falta de acuerdo, [...]” (folios 620 y 621, subrayado propio).

6. RELACIONES DE AGEDI CON T5-TV.

Los hechos son paralelos a los recogidos en relación con A3-TV como señala la propia AGEDI (folio 813), que presenta sus documentos referidos a T5-TV como Bises de los documentos presentados previamente con referencia a A3-TV (folio 814).

Como ya se ha señalado, las dos emisoras trataron de negociar conjuntamente con AGEDI.

En este caso, la disputa ante la jurisdicción civil fue resuelta en primera instancia por el Juzgado nº 41 de Madrid mediante Sentencia de fecha 11 de junio de 2004, en cuyo Fundamento cuarto se puede leer:

“En relación con la acción de indemnización de daños y perjuicios que se derivan de la utilización ilícita,[...]la suma resultante en aplicación de las Tarifas Generales a las actividades de reproducción para comunicación pública de fonogramas desde 1990 hasta la fecha de presentación de la demanda, el 26 de febrero de 2003, en 17.717.399 euros, IVA incluido[...]”

El juez de primera instancia se expresa así en el fundamento sexto:

“...Por otro lado, y en atención a las dudas de hecho que surgen en torno a la remuneración equitativa a la que alude el art. 116.2 de la Ley de Propiedad Intelectual en relación con las Tarifas Generales que se han aplicado para el cálculo de la cuantía indemnizatoria,[...]toda vez que la controversia que se mantiene respecto al valor real de la

utilización efectiva de los derechos de reproducción de productos fonográficos, que de acuerdo con las máximas de la experiencia no alcanzaría la desorbitada cifra resultante de la aplicación de las indicadas Tarifas,[...]” (folios 611 y 612, subrayado propio).

7. CONCLUSIONES.

De todo lo anterior cabe concluir que están acreditados los siguientes hechos:

- 7.1. AFYVE suscribió con RTVE un contrato en 1986 que contemplaba el pago de una cantidad anual fija por el uso de su repertorio.
- 7.2. AGEDI recibió de TVE, entre los años 1990 y 2002, una cantidad fija anual como contraprestación económica por la licencia de comunicación pública y reproducción de los fonogramas del repertorio de AGEDI en sus dos canales de televisión.
- 7.3. AGEDI estableció unilateralmente, como Tarifas Generales a satisfacer por cada emisora de televisión por los conceptos de comunicación pública y reproducción de fonogramas, un sistema de porcentaje sobre los ingresos brutos anuales de la emisora.
- 7.4. La cantidad anual pagada por TVE a AGEDI es inferior a la sexta parte de la cantidad que le correspondería pagar de haber utilizado la Tarifa General correspondiente.
- 7.5. AGEDI propuso a TVE, en 1994, un nuevo contrato de licencia para el uso de los fonogramas en el que el precio propuesto era un porcentaje anual sobre los ingresos brutos; porcentaje sensiblemente inferior a las correspondientes Tarifas Generales establecidas por AGEDI. TVE no aceptó y siguió pagando las cantidades fijas anuales como venía haciendo.
- 7.6. AGEDI ha suscrito con emisoras de televisión, entre ellas A3-TV y T5-TV, en relación con el uso de los derechos de comunicación pública y de reproducción de los vídeos musicales de su repertorio, un precio

que está relacionado con la utilización que la emisora hace de cada vídeo musical.

- 7.7 A3-TV y T5-TV han mantenido contactos con AGEDI con vistas a la celebración de un contrato de licencia para el uso de los derechos de comunicación pública y reproducción de los fonogramas de su repertorio. En el curso de las negociaciones las dos emisoras de televisión solicitaron el establecimiento de un sistema de precios análogo al utilizado en el contrato con la propia AGEDI para el uso de los vídeos musicales: el precio en función de la utilización que hace la emisora de los fonogramas.
- 7.8 Los contactos entre A3-TV y T5-TV y AGEDI sobre el uso de fonogramas no concluyeron con éxito y en febrero de 2003 AGEDI demandó a las dos emisoras de televisión ante la jurisdicción ordinaria por uso ilícito de los derechos de propiedad intelectual que ella gestiona. En el curso de los juicios celebrados en primera instancia para resolver la demandas interpuestas por AGEDI contra A3-TV y contra T5-TV, AGEDI exigió el pago de la Tarifa General que ella había establecido: un porcentaje sobre los ingresos anuales. La cantidad a pagar por cada emisora en aplicación de estas tarifas es muy superior a la pagada por TVE en el mismo período.
- 7.9 El Tribunal Supremo ha determinado la eficacia de las tarifas generales establecidas por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual en defecto de acuerdo entre las partes (Sentencia de 18 de marzo de 1990).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Por tratar este expediente de dilucidar una imputación relativa a un abuso de la posición dominante en el mercado, corresponde delimitar, como cuestión previa, cuál es el mercado de referencia y la posición que en el mismo ostenta la entidad denunciada.

El Servicio, en la valoración jurídica que realiza en el Pliego de Concreción de Hechos, había señalado lo que seguidamente se transcribe literalmente sobre ambas cuestiones:

“El mercado de referencia en el que se produce la conducta de AGEDI es el de gestión de los derechos de propiedad intelectual

(comunicación pública) de los productores de fonogramas en España.

Resulta evidente que AGEDI dispone de posición de dominio en el mercado de gestión de los derechos de propiedad intelectual (comunicación pública) de los productores de fonogramas, ya que es la única entidad en España dedicada a ello”.

AGEDI no realizó ninguna alegación a este respecto en la fase de instrucción ante el Servicio. Sin embargo, ante el Tribunal ha alegado que los fonogramas publicados con fines comerciales, que son los que gestiona AGEDI, tienen sustitutivos en la música en directo y en la música grabada sin finalidad comercial, de modo que si AGEDI elevara sus precios a un nivel antieconómico, provocaría en los usuarios la sustitución de los fonogramas de AGEDI por otros tipos de música. No obstante, la propia AGEDI admite que las denunciantes hicieron público en el año 2003 (al iniciarse los procedimientos judiciales contra ellas) su propósito de no volver a emitir fonogramas de AGEDI, sin que llegaran a cumplirlo. Aún así, entiende AGEDI que, existiendo productos sustitutivos y careciendo de capacidad para actuar con independencia de los suministradores de otros tipos de música, debería matizarse la consideración de que disfruta de posición dominante (folio 607 y 608 del expediente del Tribunal).

El Tribunal, teniendo en cuenta la dificultad mencionada de disponer de suficientes alternativas al repertorio de AGEDI, así como la Comunicación de la Comisión de 1997 y los casos precedentes resueltos por el Tribunal en este mercado, considera que la delimitación del mismo realizada por el Servicio es en todo correcta, sin que quepa deducir que la haya definido de forma restrictiva alguna, resultando evidente la posición dominadora de AGEDI en el mercado, prácticamente monopolística, como dice, al agrupar a la casi totalidad de los productores fonográficos existentes en España (también llamadas empresas discográficas).

2. Tras la delimitación del mercado relevante y de la posición prácticamente de monopolista legal que ostenta AGEDI en el mismo, podría resultar conveniente hacer algunas consideraciones relativas a los derechos de propiedad intelectual que corresponden a los productores fonográficos y al sistema establecido para su satisfacción en la vigente Ley de Propiedad Intelectual (cuyo Texto Refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril de 1996), cuestión que siempre ha supuesto dificultades muy considerables.

No obstante, a pocas fechas de la publicación de la última reforma de dicha Ley, relativa a la armonización de derechos en la sociedad de la información, que proyecta habilitar al Gobierno para que, con carácter provisional, refuerce los mecanismos de actuación de la CMAPI, el Tribunal ha optado por completar lo dicho en el relato fáctico de esta Resolución remitiéndose a la doctrina contenida en las consideraciones hechas en las que la precedieron y, concretamente, en las de 14 de diciembre de 1998, expte. 430/2000, Onda Ramblas/AGEDI (F.D. 2 al 5) y de 27 de julio de 2000, expte. 465/1999, Propiedad Intelectual Audiovisual (F.D. 3 y 4), confirmadas por Auto y Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2000 y de 14 de enero de 2004, respectivamente, siendo firme la primera y estando pendiente de casación la segunda.

3. Antes de resolver el asunto principal que se ventila en este expediente, conviene señalar que el Servicio concluyó su Informe-Propuesta imputando a AGEDI la realización de una conducta de abuso de su posición dominante en el mercado, que en lo fundamental se transcribe en el Antecedente de Hecho 8 de esta Resolución, y que puede resumirse afirmando que consistió en establecer unas tarifas generales abusivas y en ocultar y no ofrecer a las televisiones denunciadas condiciones equiparables a las del contrato de 1986 entre AFYVE y RTVE, que rigió las relaciones entre ambas entidades hasta 1989 y las que pactaron desde ese año hasta 2002 entre AGEDI y TVE, lo que suponía una discriminación y una desventaja para las televisiones privadas que emiten en abierto.
4. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el Servicio, tras valorar las alegaciones de AGEDI al Pliego de Concreción de Hechos, reconoció *“no haber quedado acreditada en el expediente la imposición, o el intento de imposición, por AGEDI de sus tarifas a T5-TV y A3-TV”*.

En efecto, el Servicio realiza esta apreciación sobre la conducta denunciada que le había llevado a concluir el Pliego de Concreción de Hechos señalando que AGEDI había cometido la doble infracción de abuso de posición de dominio mediante la imposición, por un lado, de precios no equitativos por las tarifas generales fijadas y reclamadas a las denunciadas y, por otro, mediante la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, al exigir el pago de contraprestaciones económicas sustancialmente superiores a las reclamadas a TVE (folios 2088 y 2089).

Esta precisión la realiza el Servicio en el apartado de Calificación Jurídica de su Informe-Propuesta que finaliza con la conclusión que

seguidamente se transcribe:

“A la vista de todo lo anterior, el Servicio considera que AGEDI ha infringido los artículos 6 de la LDC y 82 del TCE:

- Al establecer unas tarifas generales excesivas, en comparación con las de otras entidades de gestión europeas homólogas de AGEDI, y arbitrarias, al dictar modificaciones en las mismas, tanto en cuantía como en su ritmo de implantación, que no tienen justificación objetiva.*
- Al ocultar a las televisiones privadas, con las que debía negociar el importe de la deuda acumulada desde 1990 y las condiciones de autorización del uso de fonogramas en el futuro, la existencia del contrato firmado en 1986 entre AFYVE y RTVE, que rigió las relaciones entre TVE y AFYVE hasta 1989 y entre TVE y AGEDI entre 1989 y 2002, al no ofrecerles condiciones equiparables a las de aquel contrato, incurriendo en una discriminación que ha colocado a unos competidores (A3-TV y T5-TV) en una situación desventajosa frente a otro (TVE), y en su lugar reclamarles, para la satisfacción de su deuda pasada con los productores de fonogramas, cantidades muy superiores a las cobradas de TVE por las mismas prestaciones” (folio 2119).*

Por otra parte, en el apartado de Sanciones del Informe-Propuesta, el Servicio también consideró necesario que el Tribunal, en su caso, tuviera en cuenta lo siguiente:

- “Que no ha quedado acreditado que AGEDI se negase a mantener una negociación real con los usuarios de los fonogramas de su repertorio.*
- Que ha quedado acreditado que AGEDI estaba dispuesta a someterse a la CMAPI al término de sus infructuosas negociaciones con A3-TV y T5-TV.*
- Que ha quedado acreditado que A3-TV y T5-TV se negaron a someterse a la CMAPI” (folios 2120 y 2121).*

Sentadas estas precisiones, el Tribunal constata que el Servicio imputa, en síntesis, una única conducta abusiva con dos manifestaciones: establecer, por un lado, unas tarifas generales excesivas y arbitrarias, que resultan, por otro lado, discriminatorias, al reclamar a A3-TV y T5-TV cantidades muy superiores a las que se pactaron con TVE sin razón objetiva alguna.

5. Corresponde ya abordar la cuestión fundamental planteada de si las tarifas generales, establecidas desde una posición de dominio evidente, fueron abusivas, por excesivas y arbitrarias, en el sentido que al término abusivo, le dan los arts. 6 LDC y 82 TCE, para pasar a analizar, a continuación, si se produjo la mencionada discriminación, prohibida por los mismos artículos.

El Servicio señala en la Calificación Jurídica de su Informe-Propuesta que, a pesar de no haber quedado acreditada la conducta de imposición, corresponde a las Autoridades de Competencia entender sobre la inequidad de las tarifas generales “per se” porque, de ser inequitativas, su fijación unilateral podría desvirtuar el proceso negociador, dada su tendencia a prevalecer, incluso en los Tribunales.

Esta pretensión la apoya el Servicio en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de enero de 2004, citada en el Fundamento de Derecho 2, y en la Resolución del Tribunal de 14 de diciembre de 1998, también ahí citada, en la que el Tribunal entró a valorar la supuesta inequidad de las tarifas a pesar de que figuraban en un convenio firmado entre la entidad de gestión y los usuarios de su repertorio, y de que no existía prueba de que la primera hubiera impuesto sus condiciones a los segundos.

Esta calificación del Servicio no es compartida por la imputada. En efecto, AGEDI argumentó en la Vista, como ya lo hiciera ante el Servicio, que según entiende la doctrina del Tribunal, sobre la existencia de un abuso de posición de dominio, es necesario analizar previamente la concurrencia como premisa de una conducta de imposición y ello no sólo por el tenor literal del tipo infractor del art. 6 LDC, sino también como elemento de un procedimiento administrativo sancionador que enjuicia conductas de agentes en el mercado, pues la finalidad de la LDC es la de garantizar la existencia de una competencia suficiente en el mercado que, en este caso, regula la LPI con su especial diseño de formación de los precios de la gestión colectiva de los derechos de la propiedad intelectual.

Pues bien, el Tribunal disiente de AGEDI y comparte el razonamiento del Servicio que sigue su consolidada doctrina sobre la aplicación del art. 6 LDC y las muy diferentes actuaciones que pueden calificarse como abuso de posición dominante, que el apartado 2 del mismo no contiene una relación exhaustiva de las que “podrá consistir” y, en fin, que incumbe al dominante una especial responsabilidad de mantener condiciones no distorsionadas de competencia, particularmente, a los

que ostentan monopolios legales.

Como ha alegado AGEDI en la Vista, es cierto que el Tribunal ha sancionado en ocasiones las conductas de imposición unilateral sin negociación o, incluso, que ha considerado como una relación de simétrica incompatibilidad la que existe entre los conceptos de imposición de condiciones discriminatorias y negociación (Vid Resolución del Tribunal de 25 de enero de 2002, expte. 511/20001, SGAE/Vale Music, F.D. 4). Pero es más cierto que inmediatamente antes y después de hacer el Tribunal la alegada simétrica relación se refirió al abuso que significa que una entidad de gestión imponga condiciones no razonables ni equitativas ni objetivamente justificadas o exija el cobro de cantidades notablemente superiores por la utilización de un mismo repertorio, sin justificar debidamente tan desigual trato. Tan fragmentada e incompleta cita de la relación que estableció el Tribunal la saca AGEDI de contexto y le da, realmente, cuando se analiza con atención, el sentido opuesto (vid folios 856 y 857 del expediente del Tribunal).

Sobre la posibilidad de que las tarifas generales “per se” sean inequitativas o discriminatorias, procede recordar también que el Tribunal Supremo ha reiterado en numerosas ocasiones sus criterios al respecto, como al señalar el siguiente:

“Sólo puede aducirse que el principio de igualdad ha sido violado, cuando, dándose los requisitos previos de una igualdad de situaciones entre sujetos afectados por la norma, se produce un tratamiento diferenciado de los mismos en razón a una conducta arbitraria o injustificada” (STS de 8 de julio de 1994).

Muy recientemente, el Tribunal Supremo ha destacado la importancia que tiene en el abuso el carácter objetivamente antijurídico de la conducta, al señalar:

“A nuestro juicio lo decisivo para sancionar una conducta empresarial a título de explotación abusiva de la posición de dominio no es sólo el propósito subjetivo de la empresa sino el carácter objetivamente antijurídico de su actuación” (STS de 20 de junio de 2006, en recurso de casación nº 9174/2003, F.D. 8º).

En fin, resulta preceptivo sobre esta cuestión referirse a las dos siguientes clásicas Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad

Europea explicando que basta con analizar la relación existente entre el servicio prestado y el precio aplicado para deducir si hay abuso por ser el precio o la tasa inequitativos:

- Sentencia del TJCE, de 14 de febrero de 1978, Asunto United Brands: *“Un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 86.a) puede consistir en la práctica de un precio excesivo sin relación razonable con el valor económico de la prestación proporcionada”*.
- Sentencia del TJCE, de 11 de noviembre de 1986, Asunto British Leyland: *“hay explotación abusiva de una posición dominante cuando una empresa que se beneficia de una situación de monopolio legal exige por sus servicios unas tasas desproporcionadas con relación al valor económico de la prestación proporcionada”*.

Puede, pues, concluir el Tribunal con el TJCE en su Sentencia Michelin que *“incumbe a la empresa con posición dominante una especial responsabilidad en el mantenimiento en el mercado de unas condiciones no distorsionadas de la competencia, lo que implica que la conducta de la empresa dominante, para ser legítima, debe tener una justificación objetiva”*.

Con esta importante doctrina, el Tribunal ha abordado la posible existencia de abuso de posición dominante a través del análisis de diversos tests. Así, en su citada Resolución de 14 de diciembre de 1998, en el Fundamento de Derecho 4 señaló lo siguiente:

“El mayor problema que se encuentra cualquier intérprete para considerar si se han infringido los artículos 6.2.a) LDC y 86.a) TUE por imposición de un precio no equitativo consiste en determinar cuál es el precio justo. Existen varios tests al respecto, tales como considerar que el precio justo es el que existiría en situación de competencia, el que existe en otros países del entorno o el que corresponde a otros servicios similares o bien los incrementos moderados en comparación con los precios anteriormente existentes”.

Sin embargo, el Tribunal tenía que abandonar de forma inmediata ese primer test de situación de competencia, como lo hiciera en aquel caso, porque se trata de un mercado en el que nunca ha existido tal situación, pero quedaban el de la comparación internacional y el de servicios similares.

6. Aclarada la posible existencia de un abuso de posición dominante por parte de AGEDI no sólo en los casos de imposición unilateral de tarifas sin permitir la negociación, sino también cuando las tarifas generales fijadas se consideren, de por sí, inequitativas o discriminatorias, la imputación de una conducta abusiva a AGEDI exige acreditar debidamente este carácter inequitativo o discriminatorio de sus tarifas, una vez que el propio Informe-Propuesta del Servicio reconoce la inexistencia de elementos que prueben la ausencia de voluntad negociadora por parte de AGEDI en el relato de los Hechos Probados.

Con respecto al carácter inequitativo de las tarifas generales fijadas por AGEDI, el Servicio, en su Informe-Propuesta, considera que dichas tarifas son inequitativas por ser excesivas y arbitrarias. Para alcanzar esta conclusión, el Servicio, partiendo del concepto de precios no equitativos de la Sentencia *United Brands* de 1978, acude a la metodología utilizada por la jurisprudencia comunitaria para evaluar casos de abuso de posición de dominio en materia de propiedad intelectual (Sentencia del TJUE de 13 de julio de 1989, As. C-110/89, *LUCAZEAU v. SACEM*) y, mediante la comparación de las tarifas impuestas por AGEDI con la remuneración aplicada en otros Estados miembros de la Unión, alcanza la conclusión de que las tarifas generales aplicadas por AGEDI son excesivas en comparación con las de otras entidades de gestión europeas homólogas de AGEDI.

La comparación de las tarifas generales de AGEDI con las aplicadas en otros Estados europeos y la metodología para realizar tal análisis ha constituido uno de los puntos centrales discutidos en el expediente, tanto en la tramitación del mismo ante el Servicio, como ante este Tribunal, en fase de prueba y en la propia Vista. AGEDI ha alegado que la comparación internacional efectuada por el Servicio carece de la homogeneidad necesaria para alcanzar las conclusiones pretendidas sobre el carácter excesivo de sus tarifas. Ante este Tribunal ha aportado un amplio repertorio de nuevos datos procedentes de distintas entidades de gestión europeas. Con base en estos nuevos datos y aplicando distintos métodos correctores, AGEDI propone una comparativa alternativa a la presentada por el Servicio en la que sus tarifas generales no son superiores a las de entidades de gestión europeas homólogas. Este nuevo análisis comparativo de AGEDI fue contestado por los representantes del Servicio y de las distintas televisiones privadas afectadas durante la Vista oral, aduciendo sobre todo que AGEDI limita su comparación al año 2004, lo que impide una valoración adecuada de su comportamiento en el mercado durante los últimos años, porque AGEDI y AIE no consumaron su acuerdo hasta el

año 2003 y, hasta entonces, AGEDI comunicaba sus tarifas al Ministerio de Cultura sin sumar las de AIE, de modo que en los años anteriores a aquel acuerdo, procedería hacer un ajuste consistente en duplicar las tarifas españolas o dividir por dos las extranjeras.

El Tribunal desea destacar la dificultad y complejidad que requiere la comparación sobre bases homogéneas propuesta por la jurisprudencia europea para abordar los casos de abuso en materia de propiedad intelectual. La información aportada al expediente por AGEDI, procedente de otras entidades de gestión europeas homólogas, no resulta inequívoca y suscita numerosas dudas sobre el alcance e importe de las retribuciones pagadas en otros países en los últimos años y los derechos de propiedad intelectual cubiertos por estos pagos. Sin embargo, la tramitación del expediente tampoco ha conseguido acreditar de manera inequívoca la existencia de unas tarifas sustancialmente superiores en España a las existentes en otros países del entorno europeo. Las dificultades de la comparación respecto a los ejercicios económicos a evaluar, los derechos de propiedad intelectual cubiertos, los pagos realizados o los sistemas de pago existentes en los diferentes países persisten y no han sido suficientemente despejados, por lo que, ante la duda, no puede considerarse acreditada la conducta de abuso imputada por el Servicio a AGEDI de establecer unas tarifas generales abusivas en comparación con las de otras entidades de gestión europeas homólogas de AGEDI.

Debe señalarse que en la Sentencia, de 11 de junio de 2004, del Juzgado de Primera Instancia nº 41 de Madrid, que estimó la demanda interpuesta por AGEDI contra T5-TV, en su Fundamento de Derecho 5º indica lo siguiente “... *valor real de la utilización efectiva de los derechos de reproducción de productos fonográficos ... no alcanzaría la desorbitada cifra resultante de la aplicación de las indicadas Tarifas ...*”

No obstante, el Tribunal se ha venido mostrando partidario de no calificar las tarifas como abusivas mientras no lo sean manifiestamente o en tanto no supongan un “supuesto patológico” de abuso que mereciera la declaración del Tribunal, siguiendo así el sistema aplicado por el TJCE en la Sentencia de 13 de julio de 1989 (Asunto Tournier) que es citada por el Tribunal en su Resolución de 14 de diciembre de 1998, F.D. 4, al considerar condiciones no equitativas de una sociedad nacional de derechos de autor cuando las remuneraciones que cobre a las discotecas sean notablemente más elevadas que las aplicadas en los restantes Estados miembros, siempre comparando sobre bases homogéneas.

7. La segunda imputación que realiza el Servicio a AGEDI es la de que el abuso se ha materializado también en su actuación consistente en la discriminación que supone ocultar a las televisiones denunciantes el contrato AFYVE-RTVE, el no ofrecimiento de condiciones equiparables a las pactadas con TVE y el requerimiento de cantidades muy superiores a las cobradas de esta televisión para saldar la deuda pasada, cuando se trata de servicios similares en los que no cabe discriminación.

En relación con esta imputación de discriminación, alega AGEDI, aparte de la ausencia de imposición de precios y, por tanto, de desventajas competitivas, la necesidad de homogeneizar las condiciones de la transacción con TVE, para lo cual habría que tener en cuenta que los pagos de TVE no incluyen los derechos de los artistas ni de la reproducción instrumental, que TVE es pública y que en el momento de la negociación con TVE los productores de fonogramas se encontraban en situación de debilidad.

El Tribunal entiende que ya admitía el Servicio que no quedó acreditado que AGEDI no llevara la iniciativa en las negociaciones, pero también indicaba que ocultó a A3-TV y T5-TV la existencia del contrato de 1986, el cual reguló las relaciones entre AGEDI y TVE hasta el año 2003, ocultación que un monopolio legal no puede hacer, porque así, ocultando un hecho fundamental, no cabe homogeneizar condición alguna, en el sentido que acertadamente indicó el Tribunal en su Resolución de 14 de febrero de 2000, expte. 458/99, Gas Sabadell el, F.D. 9, así como la citada Sentencia British Leyland del TJCE.

Afirma adicionalmente AGEDI que al no haber abonado cantidad alguna las televisiones privadas, de ocasionarse alguna desventaja competitiva, dicha desventaja se hubiera ocasionado a las televisiones que sí pagaban. Obvia así AGEDI que las televisiones privadas pagarían tarde o temprano. La duda era cuánto y la cantidad que se les reclamó era muy superior a la que pagaba TVE, lo que abría la vía de las denuncias por abuso, ante la carga financiera y las repercusiones de todo tipo que tal deuda podría suponer.

AGEDI alega que las cantidades de TVE no incluían ni los derechos de artistas, ni los derechos de reproducción instrumental. Independientemente de las dudas que la consideración de estas alegaciones genera, el Tribunal aprecia que el Servicio ya realizó las comparaciones en el supuesto de que dichas alegaciones fueran admitidas, concluyendo que, en ese caso (el más favorable para

AGEDI), las cantidades pagadas por TVE eran alrededor de 3,5 veces inferiores a las de la oferta a las televisiones de enero de 2002, en términos absolutos y, alrededor de seis veces inferiores, en términos relativos, en porcentaje sobre los ingresos de la publicidad.

Además, el Servicio puntualizaba también que, en caso de considerar todos los ingresos de TVE (y no sólo los procedentes de la publicidad), la diferencia sería aún mayor. De modo que, al utilizar como denominador sólo los ingresos de la publicidad, se está teniendo en cuenta el carácter público de TVE, para el caso en que se considerase que TVE, por tal carácter, mereciera un tratamiento más ventajoso que las privadas.

En relación con esta alegación, AGEDI se refiere a que la especial consideración de las televisiones públicas se debe a que, por su vocación de servicio público, condiciona y recorta sus ingresos procedentes de la venta de espacios televisivos y de los ingresos procedentes de la publicidad. Pues bien, el Tribunal coincide con el Servicio en que en los casos de TVE, A3-TV y T5-TV esa tendencia no se cumple, pues los ingresos sólo por publicidad de TVE han sido superiores a los de T5-TV en todos los períodos entre 1990 y 2002, y superiores a los de A3-TV en todos esos períodos, salvo en los años 1996 y 2000.

Expone AGEDI la situación en varios países europeos (Austria, Alemania, Italia y Holanda) para intentar demostrar que, en éstos, los tipos aplicados a la televisión pública son inferiores a los aplicados a la televisión privada, pero no tiene en cuenta que en la comparación que hace el Servicio en su Informe-Propuesta ya se está considerando el carácter público de TVE, al utilizar como denominador para el cálculo de los pagos en términos relativos el ingreso por publicidad, no el ingreso total, mientras que los datos que explicita sobre el extranjero indican menores tipos para las televisiones públicas siempre sobre sus ingresos totales. Del caso alemán no se puede afirmar nada en concreto porque la tarifa pública está dividida en un porcentaje sobre ingresos públicos y otro sobre ingresos publicitarios. En el caso de Portugal, la cantidad mínima anual exigida a la televisión pública (350.000 euros) es mayor, precisamente, que la exigida a la privada (300.000 euros).

En cuanto a la supuesta posición de debilidad de los productores de fonogramas frente a TVE en el momento de la negociación del contrato de 1986, aunque esto hubiera sido así, lo cual es dudoso, no se entiende que tras la promulgación de la Ley de Propiedad Intelectual de

1987 y tras la autorización de AGEDI por el Ministerio de Cultura en 1989, el contrato de 1986 no fuera denunciado inmediatamente (su duración era por los períodos 1986, 1987 y 1988, con prórrogas tácitas por anualidades salvo denuncia por una de las partes). Por el contrario, se dejó que funcionara hasta el año 2003. La obligación de AGEDI durante su negociación con A3-TV y T5-TV era haberles ofrecido a éstas condiciones equiparables a las que estaba consintiendo con TVE, para no generar desventajas competitivas entre operadores de televisión. Así, pudo haberles advertido, en todo caso, de que la situación era coyuntural y de que se procedería a una revisión para los períodos a partir de 2002.

Más bien lo que se deduce es que no se sostienen las razones de AGEDI para explicar las diferencias entre las tarifas aplicadas a TVE y las que correspondían a A3-TV y T5-TV, de acuerdo con las tarifas generales. Como alegan las televisiones privadas, AGEDI monopolizaba la gestión de los derechos de reproducción de fonogramas y la pretendida posición monopsonista de TVE se veía enfrentada al monopolista de oferta que era AFYVE, lo que supondría una situación de mercado de monopolio bilateral, con indeterminación del precio de equilibrio, que condicionaría la negociación según el poder de las partes que, por el lado de la televisión pública, estaba limitado, entonces, por el de otros medios y usuarios interesados en el repertorio de AGEDI.

Además, debe recordarse ahora que otras comparaciones se realizaron acertadamente por el Servicio en el Informe-Propuesta, derivándose de ellas los siguientes resultados:

- la oferta de AGEDI a A3-TV, de septiembre de 2003, iniciado el procedimiento judicial, es entre 2,4 y 3,7 veces los pagos realizados por TVE, en términos absolutos, y entre 3,55 y 5,46 veces los pagos realizados por TVE, en términos relativos (sobre los ingresos sólo publicitarios);
- en 1994 AGEDI realizó una propuesta a TVE que no hizo extensible ni a las televisiones privadas ni a las televisiones de la FORTA. Pues bien, las tarifas del contrato AGEDI-FORTA son entre 1,56 y 3,96 veces las de la oferta que AGEDI realizó a TVE en 1994. Teniendo en cuenta que el contrato AGEDI-FORTA preveía la aplicación de descuentos sobre la base de ingresos de explotación, de los cuales las televisiones privadas tendrían acceso únicamente a los aplicables a los ingresos publicitarios, referidos a las comisiones satisfechas a las agencias o

intermediarios publicitarios y con el límite del 25 % de la cantidad que cada anunciante hubiera pagado a la emisora, las diferencias seguirían siendo muy importantes.

Por cuanto antecede, hay que tener en cuenta que están acreditadas las cantidades que AGEDI percibió de TVE por el uso de fonogramas en dos canales de televisión desde 1990 a 2002 (Hechos Probados 2, 7.2 y 7.4), que las cantidades reclamadas a cada una de las denunciadas por la misma prestación y en el mismo período de tiempo fueron alrededor de seis veces superiores en términos relativos, que las tres operadoras de televisión (A3-TV, T5-TV y TVE) son competidoras en el mercado español de televisión en abierto y que no ha habido justificación objetiva alguna para tal actuación. Todo lo cual ha ocasionado una desventaja competitiva a las dos primeras frente a su competidora TVE. En consecuencia, el Tribunal considera que no hay duda de que AGEDI ha cometido una infracción de abuso de su posición dominante en el mercado, incurso en los arts. 6.2 d) LDC y 82 TCE, por la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en la utilización de sus fonogramas por las emisoras denunciadas de televisión en abierto en el mercado nacional, cuando, precisamente, AGEDI como beneficiaria de un monopolio legal, no podía discriminarlas tan desproporcionadamente ni siquiera como punto de partida de una negociación que, de permitirse, quedaría viciada desde el principio.

8. Las sanciones que puede imponer el Tribunal se regulan en la sección segunda del Capítulo I, del Título I, LDC, que distingue, a los efectos que ahora interesa, entre intimaciones y multas sancionadoras. En cuanto a las primeras, el art. 9 LDC establece que quienes realicen conductas prohibidas podrán ser requeridos por el Tribunal para que cesen en las mismas y, en su caso, obligados a la remoción de sus efectos.

En lo referente a las multas sancionadoras, el art. 10 LDC, en relación con el art. 46.2 de la misma, faculta al Tribunal para imponer multa a los agentes económicos que deliberadamente o por negligencia infrinjan lo dispuesto, entre otros, en el art. 6 LDC. Asimismo, determina que el Tribunal podrá imponer multas de hasta 150 millones de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la Resolución del Tribunal. Según dicho art. 10, la cuantía de la sanción se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta una serie de factores. En este último sentido, según reiterada jurisprudencia, la multa debe

graduarse en función de las circunstancias de la violación y de la gravedad de la infracción, que deberá efectuarse tomando en consideración, en particular, la naturaleza de las restricciones ocasionadas a la competencia.

Teniendo en cuenta dichos criterios, el Tribunal considera que el abuso de posición dominante constituye una de las modalidades más perjudiciales para el mantenimiento de la competencia en el mercado y que, además, la infracción comprobada en este expediente es particularmente grave al tratarse de un abuso de AGEDI, la única entidad que gestiona en España como monopolio legal los derechos de propiedad intelectual de la práctica totalidad de los productores fonográficos, buena parte de ellos filiales de las empresas internacionales del sector, a lo que hay que añadir que el mercado afectado es el nacional y la larga duración de la infracción, al corresponder a los trece años transcurridos desde que las empresas de televisión privada denunciadas iniciaron su actividad en el año 1990 hasta el 2002.

En consecuencia, el Tribunal ha estimado adecuado ordenar el cese de la conducta e imponer la multa de 300.000 euros a AGEDI, sanción que se sitúa muy por debajo de la permitida en el art. 10 LDC, al tener especialmente en cuenta las atenuantes señaladas por el Servicio que se transcriben en el Fundamento de Derecho 4.

9. El Tribunal entiende que, por razones de ejemplaridad, hay que dar a la presente Resolución una amplia difusión. Así pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.5 LDC, el Tribunal debe ordenar la publicación, en el plazo de dos meses, de la parte dispositiva de esta Resolución en la sección de economía de dos diarios de información general, de máxima circulación nacional, a costa de AGEDI e imponiendo una multa coercitiva de seiscientos euros por cada día de retraso en la publicación.
10. Por último, este Tribunal considera de interés señalar, con independencia de que la cuestión sea analizada con todo detenimiento y a través de los cauces oportunos, que desde el punto de vista de la libre competencia resulta deseable que la base para el cálculo de las tarifas generales se establezca con relación fundamentalmente al uso real de los fonogramas. Es decir, al espacio de tiempo de emisión que ocupan estas producciones fonográficas en la programación de las emisoras de televisión, como tienen acordado con AGEDI en el caso de los vídeos musicales, cuando, además ese es también el sistema que aplica AGEDI como base de reparto de los derechos recaudados y dadas las mejoras técnicas experimentadas en los sistemas de

medición.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

Primero.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la realización de una conducta prohibida por los artículos 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, por haber explotado AGEDI abusivamente su posición dominante en la gestión de los derechos de propiedad intelectual que tiene encomendados, al aplicar para el uso de su repertorio condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que suponen la discriminación a Antena 3 de Televisión S. A. y a Gestevisión Telecinco S.A. frente a su competidora el Ente Público Televisión Española durante los años 1990 al 2002.

Se declara autora de dicha conducta a la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI).

Segundo.- Intimar a la citada AGEDI para que cese en la realización de la conducta declarada prohibida y para que en lo sucesivo se abstenga de repetirla.

Tercero.- Imponer a AGEDI una multa de trescientos mil euros.

Cuarto.- Ordenar la publicación, en el plazo de dos meses, de la parte dispositiva de esta Resolución en el la sección de economía de dos diarios de información general, de máxima circulación nacional, a costa de AGEDI e imponiendo, en caso de incumplimiento, una multa coercitiva de seiscientos euros por cada día de retraso en la publicación.

Quinto.- La justificación del cumplimiento de lo ordenado en los apartados anteriores deberá hacerse ante el Servicio de Defensa de la Competencia.

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