

RESOLUCIÓN (Expte. 430/98, Onda Ramblas/Agedi)

Pleno

Excmos. Sres.:
Petitbò Juan, Presidente
Berenguer Fuster, Vicepresidente
Bermejo Zofío, Vocal
Alonso Soto, Vocal
Hernández Delgado, Vocal
Rubí Navarrete, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 14 de diciembre de 1998.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Luis Berenguer Fuster, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 430/98 (1482/96 del Servicio de Defensa de la Competencia) iniciado por denuncia de Onda Ramblas S.A. contra la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI), por abuso de posición de dominio por imponer precios no equitativos y condiciones suplementarias (arts. 6 Ley de Defensa de la Competencia y 86 del Tratado de Roma) en la gestión de derechos de producción y reproducción fonográficos.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. En fecha 5 de diciembre de 1996 Onda Ramblas S.A. presentó denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio) contra la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) por infracción de los arts. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) y 86 del Tratado de Roma (en adelante, el Tratado).

Los hechos denunciados consisten en la imposición por AGEDI -única entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas en España- a la emisora denunciante de un contrato de autorización y recaudación de derechos de la propiedad intelectual.

2. Tras la correspondiente información reservada, el 12 de febrero de 1997

se acordó la incoación de expediente. Una vez llevada a cabo la correspondiente instrucción, en fecha 15 de septiembre de 1997 se formuló el correspondiente Pliego de Concreción de Hechos en el que se consideraba que la conducta de AGEDI suponía la infracción de los artículos 6.2.a) y d) LDC y 86.a) y c) del Tratado.

3. AGEDI formuló alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos, cuyos argumentos fueron rebatidos por el Servicio en su Informe-Propuesta, que concluye con la siguiente propuesta:

Primero: Que declare la existencia de conductas prohibidas por el art. 6.2.a) y 6.2.d) de la LDC consistentes en la imposición de precios no equitativos y la exigencia de condiciones suplementarias no directamente relacionadas con la prestación. Se considera responsable a la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales.

Segundo: Que declare la existencia de conductas prohibidas por el art. 86.a) y 86.c) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea consistentes en la imposición de precios no equitativos y prestaciones suplementarias por parte de la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales, como única entidad de gestión de derechos de producción y reproducción fonográficos autorizada en España, afectando a la libre prestación de servicios de otros operadores comunitarios.

Tercero: Que se intime a la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales a que se abstenga en lo sucesivo de realizar prácticas semejantes y corrija el nivel abusivo en sus tarifas, según prevé el art. 9 de la LDC.

Cuarto: Que se imponga la correspondiente sanción económica. Para ello, es preciso que se tenga presente la duración, gravedad y generalización de dichas conductas entre las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual.

Quinto: Que se ordene a la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de la Resolución que en su momento se dicte en el B.O.E. y uno de los diarios de mayor tirada nacional, de conformidad con el art. 46.5 de la LDC.

Sexto: Que el Tribunal interese al Servicio para que en lo sucesivo vigile la evolución del mercado de servicios de gestión del uso de los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas a nivel nacional.

Séptimo: Que se adopten los demás pronunciamientos a que se refiere el

art. 46 de la LDC que el Tribunal considere procedentes."

4. Con estos antecedentes el Tribunal admitió a trámite el expediente y, por Providencia de 30 de abril de 1998, concedió un plazo de quince días a las partes para que pudieran proponer pruebas y solicitar, en su caso, la celebración de Vista.
5. El día 29 de abril el Servicio remitió al Tribunal una carta enviada por AGEDI al Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia.

Con fecha 5 de mayo el Servicio remitió al Tribunal un documento consistente en una carta enviada al Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia por la Federación Internacional de la Industria Fonográfica (IFPI).

6. Dentro del plazo concedido al efecto, los interesados propusieron la práctica de diversos medios de prueba, que fueron admitidos parcialmente por Auto de 22 de junio de 1998, por el que se concedió el plazo de 30 días para su práctica y se acordó la celebración de Vista que había sido solicitada por AGEDI y Onda Ramblas.
7. Transcurrido el plazo concedido para la práctica de la prueba con el resultado que obra en el expediente, se concedió plazo para la valoración de la prueba, en el que los distintos interesados formularon sus correspondientes escritos y en fecha 16 de noviembre tuvo lugar la celebración de la Vista en la que intervinieron el Servicio y los representantes de Onda Ramblas, AIE y AGEDI, el primero como denunciante, el segundo como interesado y el último como denunciado.
8. El Tribunal deliberó y adoptó la presente Resolución en el Pleno del día 1 de diciembre de 1998, encargando su redacción al Vocal Ponente.
9. Son interesados:
 - Onda Ramblas, S.A.
 - Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE)
 - Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI).

HECHOS PROBADOS

1. Onda Ramblas S.A. es la titular de una emisora de radio de tipo convencional que emite en Barcelona en frecuencia modulada con la

denominación Barcelona 89.8 FM. La mayor parte de su programación consiste en debates, tertulias, informativos y programas que no incluyen música, si bien emite un programa diario titulado "Protagonista la Música" de una hora aproximada de duración. Hasta el mes de junio de 1993 esta emisora fue gestionada por Onda Cero.

La Asociación Española de Radiodifusión Comercial (AERC), anteriormente Asociación Española de Radiodifusión Privada (AERP), agrupa en su seno a un total de 643 emisoras privadas españolas, entre las que se encuentran las tres grandes cadenas nacionales (SER, COPE y Onda Cero) y Onda Ramblas.

La Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) 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 e integra a la práctica totalidad de los productores fonográficos españoles, buena parte de ellos filiales de las grandes empresas multinacionales del sector.

La Asociación de Artistas Intérpretes y Ejecutantes (AIE) es otra entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual autorizada por el Ministerio de Cultura el 29 de junio de 1989, encargada de gestionar los derechos que corresponden a los intérpretes y ejecutantes de obras musicales. Agrupa un número no determinado de socios.

Tanto AGEDI como AIE son las únicas entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual existentes en España para su respectivo ámbito de actuación. Dado el número de empresas que agrupa AGEDI es prácticamente imposible que se autorice otra entidad de gestión para los derechos de los productores fonográficos. Es posible, sin embargo, a efectos teóricos que se constituyan otras entidades que engloben artistas musicales, ya que no se ha acreditado que la inmensa mayoría de los mismos esté incluido en la Asociación.

2. Desde los años cuarenta las emisoras han venido pagando un porcentaje de sus ingresos como retribución a los derechos de los productores fonográficos. Inicialmente eran gestionados tales derechos por la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE). El 1 de julio de 1955 la SGAE, actuando como mandataria de los productores fonográficos, firmó con la AERP un contrato-autorización para la explotación del derecho de utilización pública de discos. Este contrato fue novado por nuevos convenios firmados en fechas 1 de febrero de 1979, 12 de julio de 1979, 12 de julio de 1983 y 22 de octubre de 1987 (folios 102 y ss. del Expte. del

Servicio). En todos ellos se establecía con carácter general que la retribución de las emisoras a los productores fonográficos se realizaría tomando como base la cifra de publicidad y se establecían categorías según el grado de utilización del repertorio musical. Al menos en el último de estos contratos se establecieron tres categorías según las emisoras utilizaran música en cantidad inferior al 30% de su tiempo de emisión, entre el 30,1% y el 70% y más del 70%, aplicándose a los diferentes supuestos tipos diferentes.

3. En fecha 29 de enero de 1990 se firma un contrato entre la SGAE, AGEDI y AERP (Expte. Servicio folios 111 y ss.) por el que transigían los diversos procedimientos existentes entre las partes y se establecía un "contrato general", a tenor de lo establecido en el artículo 142.1.c) de la Ley de Propiedad Intelectual. Este contrato concedía el derecho a los titulares de emisoras de radiodifusión y establecía la obligación para SGAE y AGEDI de celebrar contratos en los términos contenidos en los correspondientes anexos (Pacto 3º.2). En desarrollo de este contrato general se firman determinados contratos que reúnen las condiciones pactadas, recibiendo la denominación de "Contrato-tipo para comunicación pública del repertorio de fonogramas por el medio de radiodifusión sonora para empresas pertenecientes a la AERP" (Expte. Servicio Folios 83-92).

Como consecuencia de lo pactado entre SGAE, AGEDI y AERP, el contrato contenía cláusulas en virtud de las cuales la base del canon estaba constituida por "los ingresos brutos de publicidad radiada" que obtenga la emisora (art. IV.3); y se establecían tres categorías según el tiempo de utilización del repertorio: categoría A, en la que se incluyen las emisoras que utilizan el repertorio musical hasta un 30% de su total tiempo de emisión; categoría B más del 30% y menos del 70%; y C el 70% o más (art. IV.7); y a las citadas categorías se les establecía unos coeficientes correctores respectivamente del 0'3, 0'8 y 1'1. Las emisoras se autoclasificaban en la categoría correspondiente (anexo 1) si bien AGEDI podía comprobar la clasificación y finalmente se establecían determinadas bonificaciones transitorias sobre la base del canon que desaparecían en el año 1995 (pacto 2º de los complementarios al contrato-tipo).

La totalidad de las 693 emisoras miembros de la AERC firmaron el contrato-tipo con AGEDI (Expte. Servicio folios 214-216). Onda Ramblas estaba en esos momentos gestionada por Onda Cero y fue incluida dentro del contrato firmado entre esta cadena y la SGAE en fecha 31 de julio de 1990 con la clasificación B.

4. En fecha 30 de diciembre de 1994, AERC denuncia el contrato

anteriormente pactado y surgen determinadas divergencias que dan lugar a diversos procedimientos entre las emisoras y AGEDI .

Para poner fin a esos conflictos, el día 30 de junio de 1997 se firma un nuevo contrato entre AGEDI y AERC por el que deciden poner fin a las diferencias surgidas en el contrato de 1987, transigen los distintos procedimientos iniciados y otorgan un nuevo "contrato general" (Expte. Servicio folios 449 y ss.) al que se añade un anexo 1 en los que constan las características de los contratos- tipo. A tales efectos acuerdan lo siguiente:

"Segundo.- La suscripción de este contrato general no dispensa en modo alguno a AGEDI ni a las entidades de radio comercial integradas en AERC de suscribir sus particulares contratos, cuyo contenido quedará aquí igualmente convenido (Anexo 1)".

En el contrato-tipo (Expte. Servicio folios 453-459) se establece, al igual que anteriormente, que la base del canon estaría constituida por los ingresos brutos de publicidad (cláusula 4ª.3) y sobre esa base se practicarían determinados coeficientes correctores en función del uso del repertorio en las respectivas emisiones. Las categorías se establecían en la cláusula 4ª.9 de la siguiente manera:

"Categoría A: Emisoras que utilizan el repertorio musical hasta un diez por ciento de su total tiempo de emisión.

Categoría B: Emisoras que utilizan dicho repertorio en más de un diez por ciento y en menos de un setenta por ciento de su tiempo de emisión.

Categoría C: Emisoras que utilizan el citado repertorio en un setenta por ciento o más de su total tiempo de emisión".

Los coeficientes correctores para las diversas categorías se establecían en el 0,25 para la categoría A; 0,80 para la B y 1 para la C. Las emisoras se autoclasificaban en las categorías correspondientes (cláusula 4ª.11 y anexo 2 al documento), estableciéndose un sistema para la comprobación y el cambio de la categoría.

Sobre la base corregida se establecía una bonificación general del 20% (cláusula 4ª.12) más una bonificación por colaboración (cláusula 4ª.12 bis) que ascenderá al 10% más un 5% para 1997; 10% más un 4% para 1998; 10% más un 3% para 1999; 10% más un 2% para el año 2000; 10% más un 1% para el año 2001 y un 10% para el 2002. Esta bonificación se perderá si la emisora incumple alguna de las obligaciones contenidas en

el contrato y, en especial, las obligaciones relativas a las declaraciones de fonogramas utilizados. Según la cláusula sexta del contrato-tipo, AGEDI declara su voluntad de sustituir el sistema de declaraciones de la emisora por otro de muestreo para la toma de información de los fonogramas utilizados, a cuyo procedimiento la emisora se obliga a prestar la máxima colaboración. Las partes manifiestan la posibilidad de poner en marcha un sistema informático que proporcione los datos precisos para el reparto de los derechos y, a tales efectos, la emisora se obliga a remitir trimestralmente un disquete conteniendo la relación detallada de su programación trimestral.

Este sistema se ha establecido para facilitar la tarea de reparto de los derechos a los correspondientes productores fonográficos. A tales efectos, con anterioridad a este contrato se remitían por las emisoras los correspondientes partes en los que constaban los títulos emitidos, procedimiento que al parecer implicaba considerables complicaciones y gastos tanto para las emisoras como para AGEDI y era frecuentemente incumplido.

En el contrato se pacta expresamente la cláusula de parte más favorecida (cláusula 2ª.7), un canon del 2,6% por comunicación pública y un 0,1 % por reproducción y un canon mínimo cuando por aplicación de los sistemas anteriores no se obtuvieran determinadas cantidades (cláusula 4ª.13 y 15).

Al contrato se añade una cláusula adicional por la que AGEDI se obliga a entregar a AIE o cualquier otra entidad de gestión de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes que pueda constituirse en el futuro, la parte del derecho que le corresponda. AGEDI responderá de cualquier reclamación que al efecto pudiera ser dirigida a una emisora por AIE o cualquier otra entidad de gestión, siempre que la emisora se encuentre al corriente de los pagos.

5. Junto a las emisoras comerciales miembros de la AERC existen en España otras emisoras públicas pertenecientes al Estado, a las Comunidades Autónomas -agrupadas en la FORTA- y a los Ayuntamientos. Las emisoras pertenecientes al Estado -Radio Nacional de España- no emiten publicidad y sí las restantes. Las relaciones entre AGEDI y RTVE se basan en acuerdos plurianuales por el que las emisoras de Radio Nacional pagan un canon fijo que durante el año 1996 ascendió a 150 millones de pesetas.

En cuanto a las emisoras pertenecientes a la FORTA, el acuerdo con AGEDI consiste en aplicar dos cánones a los ingresos por publicidad , las

cuotas de abonados y las subvenciones públicas. De la cifra así obtenida se practican determinadas deducciones y bonificaciones por pérdidas y por ser entidades culturales con fines parcialmente no lucrativos.

6. La relación entre las asociaciones de productores fonográficos, emisoras de radiodifusión, autores e intérpretes en relación con el pago de derechos de propiedad intelectual ha sido siempre conflictiva y ha dado lugar a un número considerable de procedimientos de toda índole. Los conflictos han girado en torno a cuestiones tales como el concepto de ingresos brutos, la inclusión o no en la base de los intercambios de publicidad, la inclusión o no de los fallidos, los cambios de clasificación, las diferencias de trato entre las emisoras comerciales y las de la FORTA, las bonificaciones, los períodos transitorios, etc., pero de la totalidad de los contratos se ha aceptado que la base del cálculo de los derechos de los productores fonográficos la constituían los ingresos por publicidad y que eran tres las categorías (cuyos porcentajes han variado en el último contrato) en las que se dividían las emisoras según el porcentaje de emisión del repertorio musical.

Onda Ramblas S.A. ingresó en AERC en abril de 1994, pues hasta junio de 1993 la emisora era gestionada por Onda Cero, que era miembro de dicha Asociación. Como quiera que, a partir de la denuncia del contrato de 1990, que tuvo lugar en diciembre de 1994, existía una relación conflictiva entre AERC y AGEDI, Onda Ramblas mantiene conversaciones con la Entidad en las que asume la postura de la Asociación a la que pertenece, cuyas gestiones apoya (carta de 11 de enero de 1995, Expte. Servicio folio 75, carta del Letrado Sr. Prats Solé, folio 82) y, aunque anuncia que está dispuesta a pagar cantidades a cuenta, según las instrucciones de AERC, suspende el ingreso "por la radicalización de la postura de AGEDI" (respuesta a la posición quinta, Expte. Tribunal folio 692). Tras la firma del convenio transaccional entre AERC y AGEDI, Onda Ramblas no acepta los términos del acuerdo, no firma el contrato-tipo y continúa sin pagar los derechos que pudieran corresponderle a los productores fonográficos. Tampoco se firma el contrato con la SGAE, si bien realiza ingresos (respuesta a la posición novena, Expte Tribunal folio 692) a esta entidad. AGEDI ha promovido un procedimiento declarativo ante el Juzgado de Primera Instancia nº 29 de Barcelona en reclamación de las cantidades que afirma que le adeuda Onda Ramblas.

Los conflictos entre AGEDI y AERC finalizan con la firma del contrato de 30 de junio de 1997. AERC ha firmado igualmente un contrato con SGAE en el que existen las mismas tres categorías y porcentajes por utilización del repertorio que en el contrato con AGEDI y el tipo de canon asciende al 3,75% por comunicación pública y al 1,25% por reproducción (Expte.

Tribunal, folio 107). Sin embargo, existe en la actualidad un conflicto entre SGAE y AGEDI que ha dado lugar a un procedimiento judicial y que afecta a los derechos de los artistas ejecutantes e intérpretes (Expte. Tribunal folio 583).

7. Como consecuencia del nuevo contrato negociado en el que se varían las categorías de las emisoras, los coeficientes correctores, el canon y las modificaciones, se producen variaciones en los porcentajes a pagar sobre la cifra de publicidad respecto del año 1994, último en el que rigió el contrato de 1990. Para los años 1995 y 1996 rigieron las tarifas del contrato de 1990, si bien se aplicaba una bonificación por colaboración pactada en el contrato de 1997. Con estos datos se obtienen los siguientes resultados:

8.

Tabla 2: EVOLUCIÓN DE LAS TARIFAS PARA EL PAGO DE DERECHOS POR COMUNICACIÓN PÚBLICA DERIVADAS DE LOS CONTRATOS FIRMADOS POR AGEDI Y AERP/AERC EN 1990 Y 1997.

CATEGORÍA MUSICAL A

Conceptos	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997
Base	100	100	100	100	100	100	100	100
Coeficiente corrector	0'3	0'3	0'3	0'3	0'3	0'3	0'3	0'25
Bonificación Convenio 90	0'25	0'2	0'15	0'10	0'05	0'0	0'0	
Bonificación Contrato 97								0'20
Base Bonificada	22'5	24'0	25'5	27'0	28'5	30'0	30'0	20'0
Bonificación colaboración Contrato 97						0'195	0'195	0'15
Base neta	22'50	24'00	25'50	27'00	28'50	24'15	25'15	17'00
Tipo canon	2'0%	2'0%	2'0%	2'0%	2'0%	2'0%	2'0%	2'6%
Cuota neta a pagar	0'45	0'48	0'54	0'54	0'57	0'483	0'483	0'442

Fuente: Informe del Dr. Cruz Roche obrante al folio 150 del Expte. del Tribunal.

Tabla 3: EVOLUCIÓN DE LAS TARIFAS PARA EL PAGO DE DERECHOS POR COMUNICACIÓN PÚBLICA DERIVADAS DE LOS CONTRATOS FIRMADOS POR AGEDI Y AERP/AERC EN 1990 Y 1997.

CATEGORÍA MUSICAL B

Conceptos	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997
Base	100	100	100	100	100	100	100	100
Coeficiente corrector	0'8	0'8	0'8	0'8	0'8	0'8	0'8	0'8
Bonificación Convenio 90	0'25	0'20	0'15	0'10	0'05	0'0	0'0	
Bonificación Contrato 97								0'20
Base Bonificada	60'00	64'00	68'00	72'00	76'00	80'00	80'00	64'00
Bonificación colaboración Contrato 97						0'195	0'195	0'15
Base neta	60'00	64'00	68'00	72'00	76'00	64'40	64'40	54'40
Tipo canon	2'0%	2'0%	2'0%	2'0%	2'0%	2'0%	2'0%	2'6%
Cuota neta a pagar	1'20	1'28	1'36	1'44	<u>1'52</u>	1'288	1'288	<u>1'414</u>

Fuente: Informe del Dr. Cruz Roche obrante al folio 151 del Expte. del Tribunal.

Tabla 4: EVOLUCIÓN DE LAS TARIFAS PARA EL PAGO DE DERECHOS POR COMUNICACIÓN PÚBLICA DERIVADAS DE LOS CONTRATOS FIRMADOS POR AGEDI Y AERP/AERC EN 1990 Y 1997.

CATEGORÍA MUSICAL C

Conceptos	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997
Base	100	100	100	100	100	100	100	100
Coeficiente corrector	1'1	1'1	1'1	1'1	1'1	1'1	1'1	1'0
Bonificación Convenio 90	0'25	0'20	0'15	0'10	0'05	0'00	0'00	
Bonificación Contrato 97								0'20
Base Bonificada	82'50	88'00	93'50	99'00	104'50	110'00	110'00	80'00
Bonificación colaboración Contrato 97						0'195	0'195	0'150
Base neta	82'50	88'00	93'50	99'00	104'50	88'55	88'55	68'00
Tipo canon	2'0%	2'0%	2'0%	2'0%	2'0%	2'0%	2'0%	2'6%
Cuota neta a pagar	1'65	1'76	1'87	1'98	<u>2'09</u>	1'771	1'771	<u>1'768</u>

Fuente: Informe del Dr. Cruz Roche obrante al folio 152 del Expte. del Tribunal. El mayor descuento se produce en la categoría A con el 22%, a continuación la categoría C (15%) y, por último, la categoría B (7%). (Declaración del testigo Sr. Cruz Roche, folio 779 Expte. Tribunal). Si bien, como consecuencia de las diferencias en los porcentajes de la categoría A, las emisoras que emitieran porcentaje de música entre el 10 y el 30% pagarán cantidades superiores.

- En los países de nuestro entorno, la retribución de los derechos de los productores fonográficos se realiza tomando como base los ingresos de las emisoras, excepción hecha de Dinamarca y Noruega, si bien en este último supuesto con la posibilidad de optar entre el sistema de tiempo de

aguja o un canon sobre los ingresos. Para comparar las tarifas aplicables la International Federation of the Phonographic Industry (IFPI) ha aportado el siguiente cuadro a iniciativa de AGEDI (folio 12 del Expte. del Tribunal):

COMPARATIVA TARIFAS EN EUROPA PARA EMISORAS DE RADIO

PAÍS	RADIOS COMERCIALES		Nº de emisoras Comentarios
	TARIFA EFECTIVA		
	BRUTA	NETA	
Reino Unido	5.00%	4.50%	Tarifa en base a ingresos. Hay 6 emisoras a nivel nacional y 170 locales
Alemania	4.50%	3.60%	Tarifa en base a ingresos. Hay 150 emisoras
Francia	4.25%	2.87%	Tarifa en base a ingresos. Hay unas 1.500 emisoras
Bélgica			Cantidad a tanto alzado, pero con la nueva Ley, serán 8.000 BEF por millón de ingresos
Holanda	3.10%		Tarifa sobre ingresos. Ded. gral. 13'4%. Mínimo anual 20.000 NLG
Italia	2.00%		Nº emisoras: 3.800. La tarifa oscila entre el 1'5% y el 4% s/ingresos
Irlanda	4.35%	3.35%	La tarifa varía en función de los ingresos. Hay 23 emisoras locales y 21 comerciales
Dinamarca			Nº de emisoras: 275. Tarifa en función del "tiempo de aguja" y cobertura: 0.62 Dkr/minuto protegido, con información sobre los usos
Noruega	1.00%	1.00%	Nº de emisoras: 450 (locales). Tiempo de aguja. Tarifa anual según área geográfica y tiempo de emisión. Un cálculo alternativo = % sobre ingresos
Finlandia	4.00%	3.40%	Nº de emisoras: 70 + 14 locales. Tarifa sobre ingresos
Austria	5.00%	3.40%	Tarifa en función de los ingresos
Suiza	0,03		Nº de emisoras: 50. Tarifa en función de ingresos
España	2.00%	1.74%	Nº de emisoras: unas 2.000. Tarifa en función de ingresos

Fuente: IFPI

Este cuadro no ha sido contradicho por ninguno de los interesados y en lo

referente a España debe ser corregido por la aplicación de las operaciones acordadas en el nuevo contrato de 1997. Hay que tener en cuenta que con estas tarifas se retribuyen los derechos de los productores fonográficos y los de los artistas, por lo que hay que dividir ese porcentaje entre uno y otro grupo de derechohabientes.

9. Las cantidades que AGEDI percibe como consecuencia de la aplicación de los diferentes contratos firmados con las emisoras deben ser repartidas con los artistas intérpretes y ejecutantes. A tales efectos AGEDI descuenta una cantidad por gastos de gestión y realiza un reparto teórico por mitades. De la mitad correspondiente a los artistas transfiere una cantidad de aproximadamente un tercio a AIE, única entidad de gestión española que agrupa a esos derechohabientes, y las dos restantes terceras partes las deja depositadas en una cuenta en el Banco de Sabadell en espera de su reclamación. Como consecuencia de esta actitud de AGEDI, existen procedimientos entre ambas entidades de gestión ante la jurisdicción ordinaria, pero en los contratos con los afiliados a AERC, se libera a éstos de las consecuencias de cualquier reclamación que les fuera dirigida por AIE, pues las posibles cantidades a que pudiera ser condenada serían pagadas por AGEDI, que se encarga igualmente de asumir la defensa frente a tales hipotéticas reclamaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Con carácter previo a la realización de una serie de consideraciones relativas a cuanto en este expediente se dilucida, al tratarse de una acusación relativa a abuso de posición dominante, corresponde delimitar el mercado relevante y la posición que en el mismo ostenta la denunciada.

Considera el Servicio que el mercado relevante objetivo es el de los servicios de gestión de los derechos que corresponden a los productores fonográficos por la comunicación pública mediante radiodifusión de sus obras musicales. Esta delimitación es discutida por la representación de AGEDI que considera que es el de la comunicación pública de fonogramas y las condiciones competitivas de su ejercicio. El Tribunal no considera admisible la delimitación realizada por la denunciada que intenta poner el acento en cuestiones ajenas a cuanto se discute en el expediente. Se trata de analizar cuál es el precio de determinados derechos, tales como los de propiedad intelectual que corresponden a los productores fonográficos, luego el mercado deberá de estar relacionado con esa faceta y, por lo tanto, será el de los servicios de gestión de tales productos, como correctamente considera el Servicio.

En cuanto a la delimitación geográfica del mercado relevante, todos los interesados coinciden que es el español, con independencia de determinadas consideraciones respecto de afectación al mercado comunitario, y en esos términos debe ser admitido.

Delimitado de esa manera el mercado relevante, resulta obvio que AGEDI tiene en el mismo posición de dominio, pues se trata de la única entidad de gestión que agrupa en su seno a la práctica totalidad de los productores fonográficos existentes en España.

2. Tras la delimitación del mercado relevante, y antes de determinar la existencia o inexistencia de la conducta prohibida consistente en un abuso de posición dominante, es preciso realizar una serie de consideraciones relativas a los derechos de propiedad intelectual que corresponden a los productores fonográficos, y al sistema establecido en la vigente Ley de Propiedad Intelectual para su satisfacción.

Las cuestiones relativas al precio correspondiente a los derechos de propiedad intelectual siempre han acarreado una dificultad considerable por lo que buena parte de los preceptos de la legislación reguladora de la materia se destinan a arbitrar sistemas para su determinación. En la vigente Ley de Propiedad Intelectual, cuyo Texto Refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo de 12 de abril de 1996, se establecen varios preceptos destinados a tal fin, entre los que merecen destacarse los contenidos en los artículos 108.2 y 116.2, que repiten el mismo texto relativo al derecho de los productores de los fonogramas y artistas a recibir una remuneración equitativa por la comunicación pública que se efectuará a través de las entidades de gestión; en el artículo 152.1, que establece la obligación de las entidades de gestión de contratar con quien lo solicite, establecer tarifas generales y celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios; y en el artículo 152.4, que establece la obligación de las entidades de gestión de hacer efectivos los derechos de remuneración. Finalmente el artículo 153 crea una Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual que dará solución, previo sometimiento de las partes, a los conflictos entre las entidades de gestión y las asociaciones de usuarios o las entidades de radiodifusión.

A toda esta lista de preceptos se une la debatida cuestión relativa a si el derecho de los productores fonográficos es exclusivamente un derecho de remuneración, como afirma el Servicio, o bien un derecho de exclusiva, como parece pretender AGEDI con base en la singular tramitación del artículo 116 del Texto Refundido.

Todos estos preceptos conducen a establecer un sistema para determinar

el precio de determinados derechos de propiedad intelectual, sistema que consiste en primar la negociación, incluso colectiva, y ofrecer un sistema voluntario de arbitraje cuando la negociación fracasa.

Es cierto que todo este sistema no supone la exclusión de la actuación de los órganos encargados de la defensa de la competencia cuando se produzca una infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, particularmente una conducta abusiva de posición dominante, pero este recurso debe quedar limitado a los casos más flagrantes en los que las entidades de gestión que tengan, como ocurre con AGEDI, una posición de dominio impongan o pretendan imponer condiciones inadmisiblemente abusivas. Pero ése es un supuesto y otro muy diferente la práctica de los usuarios de acudir a la denuncia ante las autoridades de la competencia como estrategia negociadora. Esta última conducta parece ser la realizada por la AERC en el supuesto que aquí se analiza, pues presentó una denuncia que posteriormente retiró, o bien la propia Onda Ramblas. El Tribunal debe rechazar ese sistema que no solamente puede producir distorsiones en la negociación, sino que obliga a dirimir sobre cuál es la remuneración equitativa no en sede de un procedimiento arbitral sino en sede de un procedimiento sancionador, lo cual obliga a sancionar a la entidad de gestión si se considera que su criterio para establecer el precio correspondiente a la comunicación pública no es adecuado. En definitiva, se trata de tal forma de dar alcance de arbitraje obligatorio a un procedimiento sancionador en el que, por mandato constitucional, rigen principios tales como el de la presunción de inocencia.

Resulta muy ilustrativa de esa actuación la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1996. Ante una denuncia contra la SGAE presentada por ciertas televisiones en las que se acusaba a esa entidad de gestión de abuso de posición dominante por establecer unas tarifas abusivas, este Tribunal consideró que la denuncia estaba fundada y declaró la existencia de una conducta abusiva de posición dominante, por lo que el Consejo de Ministros impuso una multa a la SGAE (se trataba de un supuesto en el que se aplicaba la Ley de 1963). El Tribunal Supremo estimó el recurso interpuesto por considerar que la imposición de una sanción en un supuesto en el que habían existido negociaciones entre las partes que finalizaron con la firma de un acuerdo, supondría la infracción del principio constitucional de la presunción de inocencia.

En aplicación de esa doctrina debe afirmarse, "contrario sensu", que una Resolución absolutoria de una entidad de gestión no significa tampoco una santificación de su conducta ni un respaldo a su actuación. Simplemente tal Resolución es la traducción de las dificultades que

existen para establecer cuáles son las condiciones de un contrato en un expediente sancionador.

3. El presente supuesto debe ser enjuiciado a la luz de la doctrina anteriormente expuesta y, por lo tanto, solamente se podría declarar que existe infracción del artículo 6 LDC si existiera una convicción absoluta de que existe una grave conducta abusiva, convicción que desvirtuaría la presunción de inocencia.

No se puede afirmar que se den los supuestos de hecho para fundamentar una condena. Es preciso, en primer lugar, tener en cuenta que los extremos del contrato que AGEDI le ofrece a Onda Ramblas son los que se deducen de los acuerdos firmados con AERC en 1990 y 1997, e incluso en un primer momento se trata de continuar el contrato existente entre AERP y Onda Ramblas cuando era gestionada por Onda Cero. Si se tiene en cuenta que Onda Ramblas es miembro de AERC, de estos hechos se pueden deducir dos consecuencias.

La primera de ellas es que, en el supuesto de que se considerara que los precios convenidos para la remuneración del derecho de comunicación pública no fueran equitativos, se trataría de condiciones que serían consecuencia de un convenio colusorio y, por lo tanto, de una posible infracción del artículo 1 LDC (y en su caso del art. 85.1 TUE) y no una conducta abusiva. Tan sólo esa afirmación conduciría a una recalificación a tenor de lo dispuesto en el artículo 43.1, pero con la circunstancia de que en el nuevo expediente no podría ser inculpada AERC, que no ha sido parte en el expediente, cuando algunas conductas que se han considerado abusivas por el Servicio y la denunciante parecen obedecer a una pretensión suya. Tal ocurre con las cuestiones relativas a las categorías y su cuantificación, que resultan idénticas en los contratos entre SGAE y AGEDI, por una parte, y AERC por otra, por lo que presumiblemente se trata de una iniciativa de quien es parte de ambos contratos, es decir, AERC.

Pero existe una segunda consecuencia que hace innecesaria cualquier posibilidad de recalificación. Conforme ha quedado acreditado, AGEDI ha negociado con una Asociación de usuarios -AERC- y el resultado de esa negociación ha sido la firma de un contrato tipo que ha de regir las relaciones entre las emisoras integrantes de AERC y AGEDI y de ese hecho se deduce que no puede haber condena por abuso de posición dominante, tal y como se deduce de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1996 anteriormente citada. Se trata de un sistema de negociación colectiva al que la Ley concede amparo legal - incluso para considerar que no constituye infracción del artículo 1 a tenor de lo

dispuesto en el artículo 2 LDC- para solucionar el problema existente en la determinación de la remuneración de los derechos de propiedad intelectual. Si la Ley concede una protección a la negociación colectiva, una Resolución de este Tribunal que considerara que el resultado de esa negociación infringe la LDC podría llegar a suponer el desmantelamiento del sistema establecido en la Ley de Propiedad Intelectual para la cuantificación de la remuneración. Parece por ello más idóneo conceder amparo, a los efectos de cumplimiento de la LDC, a lo negociado y pactado entre una entidad de gestión y una asociación de usuarios que califican como correcta la actitud de un miembro de esa asociación que se desvincula de sus acuerdos cuando no le convienen. Hay que tener en cuenta que la finalidad de la Ley de Propiedad Intelectual al contemplar la negociación colectiva es precisamente contrarrestar la posición de dominio de la entidad de gestión, por lo que si el Tribunal debilitara la negociación colectiva estaría, indirectamente, fortaleciendo la posición del monopolista.

4. Aun cuando se tenga en cuenta todo cuanto anteriormente se ha manifestado, debe analizarse también el contenido de las cláusulas por si, aún así, supusieran un supuesto patológico de abuso que mereciera un pronunciamiento de este Tribunal. Tampoco parece que así ocurra.

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 test 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.

No existe forma de determinar cuál habría sido el precio existente en situación de competencia porque se trata de un mercado en el que nunca ha existido tal situación. De la comparación con los sistemas de los países de nuestro entorno no puede deducirse que los precios de AGEDI sean abusivos, pues se trata de tarifas que se sitúan en la parte baja de la media de los países de nuestro entorno. Este sistema ha sido el que ha aplicado el TJCE en la Sentencia de 13 de julio de 1989 (Tournier) cuando se plantea cómo determinar el importe justo de la remuneración que las discotecas han de abonar a la entidad francesa de gestión de derechos de autor y resuelve que "una sociedad nacional de gestión de derechos de autor, que se encuentra en posición dominante sobre una parte sustancial del mercado común, impone condiciones de transacción no equitativas cuando las remuneraciones que cobra a las discotecas son notablemente

más elevadas que las que se aplican en los restantes Estados miembros, siempre que la comparación entre las cuantías se haya llevado a cabo sobre una base homogénea".

Es cierto que puede resultar, sobre todo de futuro, discutible el sistema basado en las tarifas de publicidad, y podría ser defendible otro sistema que posiblemente habrá de contemplarse en el futuro cuando la implantación de determinadas novedades técnicas lo permitan, pero no por ello se puede descalificar el sistema que toma como base la cifra de publicidad, que ha sido admitido en anteriores Resoluciones de este Tribunal tales como las de 14 de febrero y 12 de julio de 1991.

De la comparación de las tarifas de AGEDI con las de la SGAE, y aun teniendo en cuenta que el derecho de los autores es de mayor intensidad que el de los productores y artistas, tampoco se puede decir que sean abusivas las tarifas de la denunciada. Finalmente, si se comparan las tarifas existentes de AGEDI al finalizar el contrato de 1990 con las del contrato de 1997 se observa una disminución de los cánones en el nuevo contrato.

Todas estas consideraciones se pueden añadir a las anteriores y deducir que no solamente no existen conductas que se puedan calificar como manifiestamente abusivas, sino que a la luz de los diferentes test para determinar los precios justos, se deduce que no se puede afirmar que los de AGEDI merezcan la calificación de abusivos.

5. El Servicio y la denunciante consideran que existe también una infracción de los artículos 6.2.d) LDC y 86. c) TUE relativo a la imposición de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.

Para analizar si existe esa infracción, y con independencia de cuanto anteriormente se ha expuesto, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el principio de no discriminación, se obliga a quien se encuentra en posición de dominio a tratar de forma igual a quien se encuentre en iguales circunstancias. No existe nada del expediente que permita afirmar que ha existido una conducta encuadrable en esos preceptos.

No resulta aceptable la manifestación de que se trata de forma desigual a las emisoras de la FORTA y a las comerciales en perjuicio de éstas porque, a las emisoras públicas agrupadas en dicha entidad se les cobra no sólo por el importe de su publicidad, sino también por las subvenciones que reciben. Con independencia de que se trate de supuestos diferentes - las emisoras autonómicas son conceptuadas parcialmente como entidades de difusión cultural y sin ánimo de lucro- y sólo por eso ya no

puede aplicarse la prohibición de no discriminación, hay que tener en cuenta que la base sobre la que se aplican los cánones a unas emisoras y otras la constituyen sus ingresos de explotación.

Tampoco, en los términos en los que se debe centrar la cuestión, resulta aceptable el argumento del diferente trato a las emisoras de fórmula musical y las convencionales. La base del argumento consiste en el hecho de que las emisoras convencionales tienen más publicidad que las musicales, y los coeficientes correctores no producen el efecto de igualar con exactitud a la audiencia el importe de los derechos de propiedad intelectual abonada. Para desvirtuar este argumento ha de tenerse en cuenta cuanto anteriormente se ha manifestado respecto del hecho que en este expediente no se trata de dilucidar sobre diferentes sistemas de remuneración de derechos, sino exclusivamente si ha habido abuso de posición dominante y, más en concreto, si el sistema implica discriminación.

No puede afirmarse que el sistema pactado entre AGEDI y AERC sea discriminatorio a los efectos contemplados en el artículo 6.2.d) LDC. Este precepto obliga a tratar como iguales a los que son iguales y -en la medida en la que se establecen categorías de emisoras y a las emisoras de cada categoría se les aplica un coeficiente diferente entre categorías, pero igual para las emisoras de la misma categoría- se debe concluir que no existe discriminación.

6. Como resumen de cuanto anteriormente se ha expuesto debe afirmarse que cualquier argumento en orden a lo inadecuado que resulta la base de publicidad para determinar una variable de la audiencia, o bien los relativos a la inexistencia de relación entre la música y la publicidad, debe declinar ante las anteriores consideraciones. Igualmente deben ser desechados aquellos argumentos relativos a la diferencia entre el sistema de percibir los derechos y el reparto entre los asociados, pues el sistema de reparto entre los asociados consistente en una encuesta no es válido para establecer el número total y específico de tocadás que cada emisora ha efectuado.
7. Las cuestiones relativas a los conflictos entre AGEDI y AIE no deben modificar las conclusiones que con anterioridad se han obtenido. El hecho de que AGEDI cobre la totalidad de los derechos de productores y artistas y posteriormente no reconozca representatividad a la única entidad existente no constituye una conducta que afecte a las relaciones aquí denunciadas entre AGEDI y Onda Ramblas. Queda suficientemente acreditado que, si las emisoras son condenadas a pagar alguna cantidad a los artistas, tales cantidades deberán ser abonadas por AGEDI, por lo

que no existe conducta abusiva frente a ellas. Los conflictos entre AGEDI y AIE deben ser dirimidos, como lo están siendo, ante la jurisdicción ordinaria y no en este expediente donde no se ha acusado a AGEDI de realizar abusos frente a AIE.

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

HA RESUELTO

Declarar que no ha resultado acreditada la práctica de ninguna de las conductas prohibidas por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia y 86 del Tratado de Roma que el Servicio imputaba a la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales en su Informe-Propuesta de 16 de abril de 1998.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la citada Resolución agota la vía administrativa y, por tanto, sólo es susceptible de recurso contencioso-administrativo el cual podrá interponerse, en su caso, ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar de la notificación de esta Resolución.