

RESOLUCIÓN (Expt. R 714/07, TELECINCO/AIE)

CONSEJO

Sras. y Sres.:

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

En Madrid, a 4 de febrero de 2008

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (el Consejo), con la composición expresada al margen y siendo Consejero ponente D. Emilio Conde Fernández-Oliva, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 714/07, de recurso formulado por D. I.C.G. en representación de GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A. (T5) contra el Acuerdo de Sobreseimiento de 15 de enero de 2007 del Servicio de Defensa de la Competencia (el Servicio, SDC), de la denuncia contra la entidad "ARTISTAS, INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA" (AIE) por presuntas conductas contrarias al artículo 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC) y al artículo 82 del Tratado de la Unión Europea (TCE) consistentes en la exigencia, por parte de AIE, de unos derechos de remuneración a T5 por el uso de su repertorio, determinados unilateralmente por ella y que resultarían ser, además, abusivos, no equitativos y discriminatorios.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 6 de febrero de 2007, se recibe en el Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC) escrito de recurso de T5 contra el Acuerdo de sobreseimiento de recurso formulado por D. I.C.G. en representación de GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A (T5) contra el Acuerdo de Sobreseimiento de 15 de enero de 2007 del Servicio de Defensa de la Competencia (el Servicio, SDC).
2. El 6 de febrero de 2007, la Secretaría del Tribunal solicita al SDC en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 48.1 de la Ley 16/1989,

informe sobre el citado recurso así como el expediente seguido y no constando en el TDC la fecha de notificación del Acuerdo recurrido, que se indique la misma.

3. El 12 de febrero de 2007, se recibe el informe solicitado al SDC en el que consta que en el recurso se reiteran los argumentos expuestos por el denunciante a lo largo de la tramitación del expediente, por lo que al no aportarse ningún elemento nuevo, se remite a lo estipulado en el Acuerdo de sobreseimiento, así como que el recurso ha sido interpuesto en plazo.
4. El 22 de febrero de 2007, se admite a trámite el expediente y se nombra Ponente.
5. El 26 de febrero de 2007, se dicta Providencia por la que se dispone poner de manifiesto el expediente a los interesados y darles un plazo de quince días hábiles para que formulen las alegaciones y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.
6. El 13 de marzo de 2007, se recibe escrito de AIE solicitando ampliación del plazo para alegaciones.
7. El 13 de marzo de 2007, se dicta Providencia por la que se amplía el plazo para alegaciones en ocho días hábiles a partir del último del plazo concedido.
8. El 26 de marzo de 2007, se recibe escrito de alegaciones de AIE.
9. El 27 de marzo de 2007, se recibe escrito de T5 en el que se señala que ha observado repeticiones de una serie de páginas en el escrito de alegaciones enviado por Correos por lo que procede a su subsanación.
10. El 28 de marzo de 2007, se recibe escrito de alegaciones de T5.
11. El 13 de septiembre de 2007, se dicta Providencia de cambio de Ponente por haber cesado el anterior en el Tribunal.
12. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló este expediente en su sesión de 23 de enero de 2008.
13. Son interesados:
 - GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A. (T5).

- ARTISTAS, INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE).
- ANTENA 3 de TELEVISIÓN, S.A.

HECHOS PROBADOS

1. AIE gestiona los derechos de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales y fonogramas y AISGE gestiona también derechos de la propiedad intelectual aunque, en su caso, relativos a los artistas de ámbito audiovisual (actores, bailarines, dobladores y directores de escena).
2. AISGE y AIE establecieron cada una sus tarifas generales correspondientes a los derechos de los colectivos que administran y, con fechas 17 de abril de 1995 y 19 de abril de 1995, respectivamente, las comunicaron al Ministerio de Cultura (la tarifa plena de AIE se fijó en el 0,375% de los ingresos de explotación mensuales de la entidad usuaria).
3. El derecho de comunicación pública que corresponde a los artistas intérpretes o ejecutantes musicales por las grabaciones audiovisuales en las que se encuentran fijadas sus interpretaciones o actuaciones entró en vigor el 1 de enero de 1995, de forma que los usuarios que utilicen esas grabaciones están obligados a pagar una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes musicales de los mismos.
4. El 15 de enero de 1996, AIE y AISGE enviaron a T5 una carta conjunta en la que hacían referencia a una reunión habida en octubre del año anterior de los equipos jurídicos de las tres partes con objeto de iniciar negociaciones para llegar a un acuerdo sobre las condiciones que deben regir la utilización por T5 del repertorio de ambas entidades de gestión. Más tarde, el 31 de julio de 1996, AIE y AISGE convocaron a T5 a una reunión para fijar los criterios económicos por la utilización de sus repertorios que tuvo lugar el 28 de octubre siguiente.
5. AISGE con fecha 28 de octubre de 1996 envió un escrito a T5 en el que manifestaba la necesidad de acordar la remuneración correspondiente a sus administrados en base a criterios de utilización real del repertorio y con fecha de 9 de diciembre de 1996 comunicó un nuevo sistema tarifario al Ministerio de Cultura.

6. En octubre de 1997 AIE y AISGE firmaron un Convenio Marco con la Federación de Organismos de Radio y Televisión Autonómicos (FORTA) que cifraba en 7.000 millones de pesetas (4.000 para AISGE y 3.000 para AIE) la cantidad a abonar por todas las televisiones por la utilización de sus repertorios en el período 1995-1999 ambos inclusive. El reparto entre los entes de televisión de la cantidad que correspondía pagar a cada uno se hizo en función de dos criterios, cada uno con peso del 50%: su audiencia general en 1995 y sus ingresos por publicidad y cuotas de abonados también de 1995. Sobre la base anterior se realizó una asignación para las cadenas ajenas a la FORTA, correspondiendo a T5 un porcentual del 16,26% de la cifra global del sector, lo que suponía derechos de remuneración que ascendían para AISGE y AIE por el referido periodo, respectivamente, a 650,59 y 487,94 millones de pesetas.
7. El 15 de diciembre de 1997, AIE y AISGE comunicaban por carta conjunta a T5 y a las demás televisiones generalistas el Convenio Marco acordado con FORTA y les ofrecían las mismas condiciones pactadas con las televisiones autonómicas. El 26 de enero de 1998 las televisiones generalistas enviaron cartas notariales en las que comunicaban que no aceptaban participar en el Convenio firmado con FORTA por diversas razones (ser un acuerdo concertado con una parte minoritaria del sector, no haberseles invitado a participar en las reuniones a pesar de representar al 85% del sector, estar en desacuerdo con un método de cálculo cuyo punto de partida son las cantidades que se quieren recaudar, no ajustarse las tarifas resultantes a los principios básicos de utilización real, ser incomprensible su reclamación en concepto de remuneración equitativa, etc.) y solicitaban que con carácter previo se precisaran una serie de extremos.
8. El 6 de mayo de 1998, AIE acordó con AISGE establecer una tarifa conjunta del 1,87% de los ingresos de explotación del usuario para 1999 y siguientes (1,50% para AISGE y 0,37% para AIE, si bien esos porcentuales para 1995 serían, respectivamente, del 0,50% y 0,074% y luego irían aumentando cada año hasta ese nivel) y la comunicaron al Ministerio de Cultura.
9. Las entidades de gestión alegando que en las negociaciones no había sido posible llegar a un acuerdo con T5, la demandaron en la jurisdicción, reclamando el pago de las tarifas generales. El 5 de septiembre de 2001 el Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Madrid dictó Sentencia, confirmada posteriormente por la Audiencia Provincial de Madrid condenando a T5 a abonar a AIE y AISGE la remuneración correspondiente por los derechos de la propiedad intelectual por el

periodo de 1995 a 1998 tomando como base de cálculo las tarifas comunicadas al Ministerio. El recurso en casación ante el Tribunal Supremo, sólo se mantiene por AIE, ya que AISGE y la televisión alcanzaron un acuerdo para el período 1995-2012, en base al 60% de los ingresos de la cadena por vincularlos al repertorio (supone pasar del 1,50% al 0,90%).

10. AISGE recuperó el dialogo con T5 en noviembre de 2001, y en febrero de 2002 le hizo una propuesta de aplicar la tarifa general de forma progresiva a lo largo de 15 años, que no se formalizó por cambio en los órganos de gobierno de la entidad de gestión. Los contactos se retomaron en abril-mayo de 2002, con la presencia de AIE, llegándose a un principio de acuerdo en junio de 2002, en el que según T5, las entidades de gestión rebajaban la tarifa general y la aplicaban sobre un sistema acorde con la utilización real del repertorio. Posteriormente, AIE remitía escrito a AISGE manifestando su desacuerdo en cuanto al reparto de la cantidad a satisfacer por la televisión, ya que mientras AISGE sostenía que el reparto debía ser del 80%-20%, AIE consideraba que correspondía uno del 66,66%-33,33%, según los antecedentes existentes y los acuerdos establecidos entre ambas entidades (folio 54), razón por la que el acuerdo no se llegó a firmar.
11. El 14 de julio de 2003, AIE también acordaría otra tarifa conjunta con AGEDI (que gestiona los derechos de los productores fonográficos) cifrada en el 0,37% de los ingresos brutos mensuales del usuario (0,1887% para AGEDI y 0,1813% para AIE).
12. No consta que ante la falta de acuerdo entre las partes se haya hecho efectiva bajo reserva o consigna judicial la cantidad exigida por la entidad de gestión de acuerdo con su tarifa general, como tampoco que haya intervenido la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual para dar solución, previo sometimiento de las partes, a los conflictos entre las entidades de gestión y las asociaciones de usuarios de su repertorio, en el caso de las entidades por considerar que la Comisión no tenía capacidad para resolver la problemática y por parte de T5 por estimar que la demanda presentada en la jurisdicción civil excluía de raíz cualquier intento de acudir a la Comisión. Tampoco se ha acreditado que T5 haya consignado ni satisfecho cantidad alguna desde el 1 de junio de 1995, y según AIE a la fecha actual, T5 sigue sin haber pagado nada (lo satisfecho por A3 no deriva de la consignación ex artículo 157.2, sino de la ejecución provisional de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Alcobendas).

13. Según escrito de 24 de octubre de 2005, T5 señala que el derecho de remuneración sobre el que versa el expediente sólo existe en otros países europeos en el caso de los fonogramas, ya que no hay un derecho adicional derivado de la utilización de piezas musicales en obras audiovisuales, como sucede en España.
14. El artículo 55 de los Estatutos de AIE dispone el reparto de los derechos recaudados y que los rendimientos económicos que hayan prescrito (el plazo de prescripción es de 5 años) incrementarán los fondos propios de la entidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El Tribunal debe analizar si el Acuerdo de sobreseimiento del Servicio es ajustado o no a Derecho, valorando las alegaciones del recurrente en relación a sus discrepancias con el criterio del SDC.
2. En la vigente Ley de Propiedad Intelectual, cuyo Texto Refundido (TRLPI) fue aprobado por el Real Decreto Legislativo de 12 de abril de 1996, y modificado según Ley 23/2006, se establecen varios preceptos en relación al precio correspondiente a los derechos de propiedad intelectual. A tal fin merecen destacarse los contenidos en el artículo 108 en relación a que a los artistas intérpretes o ejecutantes les corresponde percibir una remuneración equitativa por la comunicación al público de la fijación de sus actuaciones en grabaciones audiovisuales o fonogramas, la cual se hará efectiva por los usuarios a través de la correspondiente entidad de gestión, de acuerdo con la tarifa general establecida por ésta; el artículo 154 que establece que el reparto de los derechos recaudados debe efectuarse equitativamente entre los titulares de las obras o producciones utilizadas con arreglo a un sistema predeterminado en los estatutos y que excluya la arbitrariedad, debiendo las entidades de gestión reservar a los titulares una participación en los derechos recaudados proporcional a la utilización de sus obras; el artículo 157 que obliga a las entidades de gestión a establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de sus repertorios y la posibilidad en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, a entender la autorización concedida si el solicitante la hace efectiva bajo reserva o consigna judicial por la entidad de gestión de acuerdo con sus tarifas generales; el artículo 158 por el que se crea la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual; el artículo 159 relativo a las facultades del Ministerio de Cultura que puede exigir a las entidades de gestión cualquier tipo de información e incluso ordenar inspecciones o

auditorias, estando éstas obligadas a notificar las tarifas generales y sus modificaciones; y el artículo 164 (antiguo 161) que trata de la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes españoles o de otros países de la Unión Europea, pudiendo los de terceros países gozar de los mismos derechos en ciertas condiciones (residencia en España, etc. y por Convenios y Tratados Internacionales de los que España sea parte o por reciprocidad).

3. El SDC acordó el sobreseimiento del expediente centrándose fundamentalmente en el ámbito audiovisual sobre la base de la denuncia (en los fonogramas AIE gestiona sus derechos de acuerdo con los de los productores fonográficos que gestiona AGEDI) y como la conducta sancionable por las normas de la competencia son los abusos que pueda realizar un operador que tenga posición de dominio en el mercado, como sucede en este caso, analizó si las tarifas establecidas por AIE se han impuesto a los usuarios y si son discriminatorias y no equitativas.

En relación a la imposición de las tarifas por parte de AIE, el Servicio señala que según la propia T5 hubo un acuerdo verbal con AIE y AISGE en junio de 2002 para solucionar el problema de la falta de pago de las cantidades adeudadas para el periodo desde el 1 de enero de 1995 a 20 de septiembre de 1998, tomando como criterio de cálculo las tarifas generales comunicadas de forma conjunta por las referidas entidades en 1998 al Ministerio de Cultura, por lo que llega a la conclusión de la existencia de una voluntad de negociación, aparte de que la aceptación de la cantidad a pagar implicaba a la vez la de la tarifa. Según T5 el acuerdo no llegó a firmarse por discrepancias entre AIE y AISGE sobre el reparto de la cuantía a abonar por la televisión a partir de las tarifas generales.

En cuanto a la discriminación se refiere, el SDC comparó la tarifa que AIE aplica a las televisiones generalistas con la de las televisiones autonómicas integradas en la FORTA en virtud del Convenio Marco, deduciendo que ésta última era inferior, pero que dado que la misma se había ofrecido a T5, aunque no llegó a aplicarse, consideraba que no se había producido un comportamiento discriminatorio por parte de AIE.

Para analizar la equidad de la tarifa consideró inicialmente los sistemas que permiten determinar la remuneración que debe pagarse por las comunicaciones públicas de grabaciones audiovisuales y fonogramas, que son la remuneración por “disponibilidad” (independiente del uso, se aplica en forma de porcentaje sobre los ingresos del usuario) y la remuneración por “uso” (esto es, a pagar en función del mismo),

señalando que desde el punto de vista de la competencia este último parece más deseable (Resolución del TDC en Expt. 593/05, Televisión) o recomendable (Resolución del TDC en Expt. 430/98, Onda Rambla/AGEDI) si la técnica permite su implantación, pero que no puede afirmarse que el primer sistema sea contrario a la competencia, ya que se ha admitido por el TDC en Resoluciones de 14 de febrero y 12 de julio de 1991.

El SDC señala que en la Sentencia del TJCE de 14 de febrero de 1974 (United Brands) se consideró práctica abusiva la imposición de precios no equitativos por una empresa en posición de dominio, estableciendo que un precio es excesivo si su relación con el valor económico de la prestación ofrecida no es razonable y que en la Sentencia del TJCE de 13 de julio de 1989 (Lucazeau vs. SACEM) se establece que “cuando una empresa en posición dominante impone por los servicios que presta tarifas que son notablemente más elevadas que las que se aplican en los demás Estados miembros, y cuando la comparación entre las cuantías de las tarifas se haya llevado a cabo sobre una base homogénea, dicha diferencia deberá ser considerada como el indicio de la explotación abusiva de una posición dominante”.

El SDC no considera útil determinar el coste de producción del servicio prestado por AIE (si bien obtiene una aproximación para 2004 en base a la información contenida en el modelo de presupuesto que el ICAA - Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales- exige para optar a las ayudas públicas, estimando que los artistas intérpretes o ejecutantes musicales supusieron el 1,5% del coste de la película media y que el personal artístico supuso el 11,3%, esto es, sobre una base de 100, el 11,7% y 88,3% respectivamente; con datos de años anteriores dedujo que como media se remuneraba a los artistas musicales en un 12% y al resto de los artistas intérpretes en un 88%) cuando además no puede compararse con el de entidades competidoras, ya que éstas no existen, señalando que ello no permite conocer si la tarifa es excesiva o no, ya que sólo puede ser criterio para el reparto de derechos entre las entidades de gestión. Con datos de TNS Audiencia de Medios podría determinarse el porcentaje de minutos emitidos por las televisiones, lo que llevaría a analizar el reparto de derechos entre AIE y AISGE lo que estima fuera del caso. Por lo anterior, el SDC considera que no puede realizarse una comparación objetiva entre coste y tarifa.

La alternativa de realizar una comparación sobre bases homogéneas con las tarifas de otros Estados miembros de la UE (se analizó la información de varios países y se realizó una consulta a través de la

European Competition Network) no estima que haya proporcionado resultados satisfactorios, ya que en algún caso no están reconocidos los derechos, en otros se facturan de forma acumulada o diferente (por uso), y en otros no se aplican sobre bases homogéneas o no se aportan datos concretos sobre la tarifa.

La Comunicación de la Comisión al Consejo, Parlamento y Comité Económico Social Europeo, de abril de 2004, sobre la gestión de derechos de autor y afines, establece en su apartado 3.2.2: "(...) La gestión colectiva de los derechos mediante las sociedades de gestión colectiva se regula por ley en mayor o menor medida en la mayoría de los Estados miembros. Sin embargo, existen importantes diferencias tanto en la propia legislación como en la práctica. Además, la legislación (...) sigue evolucionando (...) han aparecido o están en preparación nuevas medidas (...) y las leyes no comparten necesariamente la estructura y objetivos".

La comparación de las tarifas de AIE con la de otras entidades de gestión con elementos comunes (AISGE, AGEDI, SGAE), llevó al SDC a deducir que no resultan superiores a las establecidas por otras entidades similares. Así, son 4 veces inferiores a las de AISGE, 0,9 veces inferiores a las de AGEDI, y unas 6 veces menores que las de SGAE.

La denuncia de T5 es por considerar la tarifa de AIE excesiva y no equitativa y se fundamenta en que es demasiado elevada en relación a la negociada y aceptada por AISGE cuando el valor añadido que aporta su repertorio a las grabaciones audiovisuales es mucho menor (tarifas del 0.9% de AISGE -por el pacto de aplicar el tipo del 1,5% sobre el 60% de los ingresos- y del 0,37% de AIE sobre los ingresos totales) así como en relación a lo que cobra por la comunicación pública de fonogramas (0,18% de los ingresos) cuando la utilización de éstos es bastante más intensa (del total reclamado a las televisiones el 67,27% remuneraría la comunicación audiovisual y el 32,73% la de fonogramas). Adicionalmente señala que AIE bajó repentinamente la tarifa en 1998 cuando añadió nuevos elementos al repertorio.

El SDC cuestiona que una tarifa sea excesiva porque en el marco de una negociación una de las partes (AISGE) reduzca la suya, así como porque en el caso de los fonogramas el razonamiento sólo sería útil para determinar el porcentaje de reparto de la tarifa única entre las entidades de gestión y no acepta que se haya ampliado el derecho en un determinado momento al incluir las grabaciones audiovisuales cuando antes sólo se hablaba de obras, ya que donde antes se decía

obra debía entenderse grabación audiovisual.

Por todo ello, llega a la conclusión de que no se ha acreditado un abuso de posición de dominio por imposición de tarifas (ya que hubo negociaciones y en algún momento no parecieron excesivas) ni que las tarifas sean discriminatorias o inequitativas.

4. AIE considera en sus conclusiones que T5 se ampara en una supuesta falta de instrucción por el SDC con la finalidad de instrumentalizar a los órganos de defensa de la competencia, ya que el recurso sólo trata de encubrir la no aceptación de la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia num. 17 de Madrid de 5 de septiembre de 2001, así como de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de marzo de 2003 que la condenaron al abono a AIE y AISGE de las cantidades que correspondieran en concepto de remuneración equitativa y única por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales de artistas intérpretes o ejecutantes. T5 ha cuestionado la existencia del derecho de remuneración exigido, planteamiento que mantiene en el recurso de casación ante el Tribunal Supremo (nº 2157/2003) en el que sólo continúa AIE al haber llegado posteriormente AISGE a un acuerdo T5 a la que reconoce tal derecho en el contrato suscrito. En la denuncia de T5 se plantean no sólo temas relativos a abusos de posición de dominio sino los mismos argumentos de fondo analizados por los Tribunales de Justicia.

AIE considera que el Auto del Tribunal Supremo (TS) de 3 de octubre de 2006 relativo a A3, al ser su demanda y la de AISGE contra las entidades de radiodifusión idénticas de fondo, es aplicable a este caso, señalando que en su Fundamento de Derecho 4 se hace referencia a que los "...reiterados intentos negociadores (referido a AIE) para llegar a un acuerdo sobre las tarifas a aplicar...", resultaron infructuosos por el rechazo a esas negociaciones tanto por A3 como por T5.

Sus alegaciones sobre lo que T5 considera "errores" fundamentales del Acuerdo de sobreseimiento son:

- a) Posición de T5 ante el derecho de remuneración del artículo 108.3.2ª TRLPI (actual 108.5.2º por la Ley 23/2006).

T5 no reconoce el derecho ni acepta una negociación para hacerlo efectivo, por lo que hasta la fecha no ha efectuado ningún pago a AIE. El derecho en este caso es de "simple remuneración" por lo que no hay derecho diferente del precio (remuneración) ni cabe considerar que la tarifa se imponga a los usuarios al no poderse autorizar o prohibir una

explotación como sería el caso de que fuera un derecho “fuerte” o exclusivo.

b) Sobre la falta de voluntad real de AIE de alcanzar un acuerdo con T5.

Considera manifiesta su voluntad de llegar a un acuerdo con T5, como prueba su ofrecimiento a T5 de las condiciones pactadas con las televisiones integradas en la FORTA y su postura siempre abierta a la negociación, incluso después del acuerdo de AISGE con la televisión sin contar con AIE.

c) Sobre la falta de aceptación por T5 de la aplicación automática de las tarifas generales de AIE sobre el total de ingresos de explotación de la cadena.

T5 inicialmente cuestionó las tarifas de AIE por establecerse sobre el volumen total de ingresos de la televisión y no sobre la utilización real del repertorio, pero en su recurso la inequitatividad de la tarifa se concreta en argumentos sin fundamento como el doble cobro que se realiza por fonogramas y por grabaciones audiovisuales y el cobro por los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes americanos, lo que se interpreta como un intento de perpetuar su situación de morosidad.

d) Sobre la discriminación entre las cantidades consideradas como equitativas y razonables en el Convenio Marco con la FORTA y las cantidades reclamadas a T5.

El Convenio suscrito con la FORTA se ofreció a las televisiones generalistas y fue rechazado por éstas, por lo que no se entiende que se cuestione la actuación de AIE consistente en la reclamación judicial del pago conforme a las tarifas generales notificadas conjuntamente con AISGE el 8 de mayo de 1998 al Ministerio de Cultura, ya que ante la falta de acuerdo es obligado exigir la tarifa notificada al Ministerio (artículos 157 a 159 TRLPI), lo que apoyan diversas sentencias en relación al tema, que atribuyen a la misma una función subsidiaria en tanto sólo se aplica a falta de pacto (entre otras, la STS de 18-1-1990).

T5 alega que las tarifas oficiales de 1996 eran sobre la “utilización real”, pero esas tarifas fueron una comunicación unilateral de AISGE (que modificaba el sistema tarifario comunicado el 17 de abril de 1995) y sin conocimiento ni consentimiento de AIE, y fueron anuladas por comunicación al Ministerio el 8 de mayo de 1998 de la tarifa conjunta

de AISGE y AIE, que suponía volver al sistema de 1995, con la diferencia de que ahora las tarifas eran más favorables para el usuario (se pasó del 0,375% al 0,37% en AIE) y se preveía su implantación gradual.

e) Sobre el doble cobro injustificado de AIE en relación con los derechos de remuneración por comunicación pública de fonogramas y de grabaciones audiovisuales.

Se insiste nuevamente en este argumento sin aportar nada para sustentarlo, cuando ya en el Acuerdo de sobreseimiento se señalaba que ambas tarifas son independientes, remuneran derechos distintos, no son comparables sobre bases homogéneas ni entre sí ni con las de otras entidades de gestión análogas, pues no existen (apartados 4 y 5 del artículo 108 TRLPI).

En el procedimiento se ha expuesto que estos derechos tienen distinto contenido y naturaleza estableciendo una protección diferenciada. El derecho sobre fonogramas aparece por primera vez en el artículo 104 de la Ley 27/1987, mientras que el que recae sobre las grabaciones audiovisuales tiene su origen en una enmienda de CIU y Coalición Canaria que se introdujo en nuestro ordenamiento por la Ley 43/1994.

Por ello, son derechos compatibles entre sí, ya que cuando se comunica al público una grabación audiovisual que contiene una fijación artística siempre existirá comunicación de grabación audiovisual y si la misma contiene la “sincronización” o fijación de un fonograma publicado con fines comerciales, también habrá una comunicación de fonogramas publicados con fines comerciales, todo ello con independencia de la utilización por las televisiones de fonogramas con fines comerciales fuera de grabaciones audiovisuales, ya que si se comunican grabaciones o fonogramas hay que satisfacer la remuneración correspondiente a cada caso se realicen o no a la vez.

f) Sobre los sistemas de pago (disponibilidad o utilización).

Estima que T5 no se opone al sistema de establecer un porcentaje sobre los ingresos como mecanismo de remuneración, ya que ahora se queja de que no contenga una graduación en función de la utilización, olvidando que en caso de los derechos débiles (o de simple remuneración) no es posible trasladar automáticamente el concepto de repertorio, tal como se establece en los derechos fuertes o exclusivos (autorizar o prohibir). En el caso del derecho contenido en el artículo 108.3.2 TRLPI sólo se puede hablar del repertorio legal que se deduce

del ámbito de aplicación de los derechos en cuestión de acuerdo con el artículo 164 (antes 161).

Considera difícil de imaginar un sistema de establecimiento del precio de la remuneración que graduara la “utilización” del repertorio de todos los artistas intérpretes o ejecutantes en sede tarifaria y que hiciera una distinción de trato objetiva y justificada. Además las últimas Sentencias confirman la legalidad y equidad de tarifas aplicadas a entidades de radiodifusión a un tipo fijo de remuneración. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid de 25 de enero de 2006 en su Fundamento de Derecho Tercero recoge que la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1989 (Tournier/SACEM, asunto 395/87), declara que “el tipo fijo de remuneración sólo podrá ponerse en tela de juicio en relación con la prohibición del artículo 86 en la medida en que otros métodos permitan alcanzar el mismo objetivo legítimo, que es la protección de los intereses de los autores, compositores y productores de música, sin que por ello aumenten los gastos a que da lugar la gestión de los contratos y el control de la utilización de las obras musicales protegidas” concluyendo en la parte dispositiva que una sociedad de gestión de derechos de propiedad intelectual que se encuentre en posición dominante impone condiciones de contratación no equitativas cuando las remuneraciones que cobra son notablemente más elevadas que las que se aplican en los demás Estados miembros, siempre que la comparación de las tarifas se haya hecho con arreglo a bases homogéneas.

g) Sobre la representación de artistas intérpretes o ejecutantes musicales americanos por AIE.

AIE representa a los artistas intérpretes o ejecutantes americanos conforme a lo dispuesto en el artículo 164 (antes 161) del TRLPI y España tiene suscrito un instrumento bilateral con EE.UU. en virtud del cual “los ciudadanos americanos disfrutan en España, sus provincias y posesiones de ultramar, en todo lo concerniente a la propiedad intelectual (artística y literaria), de los mismos derechos que los súbditos españoles” (Canje de notas de 6-15 de julio de 1895 entre los Plenipotenciarios de España y EE.UU. que está vigente y resulta de aplicación tanto a los artistas intérpretes o ejecutantes musicales como a los productores de fonogramas. En la jurisdicción civil se ha aplicado en diversas ocasiones, entre ellas, en la Sentencia de 28 de diciembre de 2005 de la Sección 13ª de la AP de Madrid, recurso 72/2005).

En el artículo 164.3 se concede a los artistas intérpretes o ejecutantes de terceros países (no UE) el goce de “la protección que corresponda

en virtud de los Convenios o Tratados internacionales en los que España sea parte y, en su defecto, estarán equiparados a los artistas intérpretes o ejecutantes españoles cuando éstos, a su vez, lo estén a los nacionales en el país respectivo”.

h) Sobre la comparativa con tarifas de otras entidades de gestión y sobre modificaciones tarifarias de AIE.

Señala que no es posible realizar una comparación de tarifas sobre bases homogéneas ya que la remuneración a los artistas intérpretes o ejecutantes es “cosecha” española, sin reconocimiento internacional. Lo que no se opone a la existencia de un derecho de remuneración por fonogramas y su tarificación por entidades de países de nuestro entorno, dado que los derechos del artículo 108, apartados 2 y 3, tienen distinto contenido y naturaleza.

Respecto a la pretendida variación de tarifas, como AIE en 1996 no comunicó al Ministerio ninguna, estima que no cabe imputarle ningún cambio de criterio. Por otra parte, señala que el Convenio con FORTA no es una tarifa, sino el fruto de un acuerdo.

5. Las conclusiones de T5, en síntesis, son:

PRIMERA.- T5 considera que el SDC no ha hecho un análisis exhaustivo de una serie de parámetros. Así estima que las tarifas AIE son arbitrarias e inequitativas (en relación con las de otras entidades de gestión españolas y europeas) así como discriminatorias frente a otros operadores televisivos.

La tarifa plena de AIE es un porcentual sobre los ingresos de explotación (el 0,37% y 0,18%, respectivamente, por la comunicación pública de obras audiovisuales y fonogramas de su repertorio) cuando el TRLPI no prevé su establecimiento en función de la “disponibilidad” de repertorios, sino por su “utilización”, ya que en el artículo 154 se dispone una participación de los titulares en los derechos recaudados proporcional a la utilización de sus obras.

El carácter discriminatorio de las tarifas de AIE se aprecia en el Convenio con FORTA que determinó la cantidad que debía pagar T5 en términos de equidad, cuando ahora reclama cantidades de 2 a 4 veces superiores.

El carácter inequitativo se aprecia por la comparación de las propias tarifas de AIE (0,37% en obras audiovisuales y 0,18% en fonogramas,

duplicando la primera a la segunda sin justificación alguna, cuando además hay una utilización más intensa de los fonogramas, que según apreciaciones de AISGE son el 80%), por su comparación con las tarifas de AISGE (según el SDC, el 12% AIE frente al 88% de AISGE), por lo que se viene cobrando a las televisiones autonómicas (se exigen a T5 cantidades que duplican o cuadriplican las cantidades que corresponderían aplicando el criterio acordado en la FORTA), y por la comparación con las tarifas exigidas en otros países europeos, que son inferiores, y se exigen en la mayoría de los casos por la utilización. Además hubo un principio de acuerdo entre AIE y T5 fijando las cantidades a recaudar por el periodo de 1995-2002 en 500 millones de pesetas, cuando conforme a tarifas se reclaman 1.700 millones de pesetas por el mismo período, aparte de que AIE no representa a los artistas de EE.UU. ya que sus interpretaciones no se gravan en España, dado que ese país no suscribió el Convenio de Roma de 1991 y se reserva el derecho por el Tratado WPPT de 1996 de la OMPI.

SEGUNDA.- Sobre el carácter abusivo de las tarifas de AIE.

Que el SDC no haya acreditado que las tarifas sean excesivas o inequitativas se debe a la falta de una instrucción más minuciosa del expediente, pues de seguir el criterio del Acuerdo de sobreseimiento cualquier tarifa sería válida por resultar imposible la comparación con otra.

Los errores en que incurre el SDC son:

- “Marco normativo” y conceptual incompleto.
- Comparaciones inútiles al considerar que ningún análisis se puede apoyar sobre bases homogéneas.
- Confunde elementos disponibles con elementos imperativos.
- Limita el resultado del análisis relevante a un “reparto proporcional entre entidades de gestión” que ni la Ley autoriza, ni T5, Ministerio, Abogacía del Estado y TDC consideran posible.
- Desprecia indicios importantes para la resolución del expediente (régimen de la prescripción).
- El análisis del “valor económico” de la prestación administrada por AIE omite los aspectos cualitativos.

Se estima que el factor normativo y conceptual delimitado es incompleto siendo los límites del ámbito de la prestación que administra AIE: temporales (sólo protegidas las actuaciones en soporte de los últimos 50 años según el artículo 112 TRLPI), intrínsecos (sólo protegidas las actuaciones en soporte, excluyendo las interpretaciones en vivo o directo) y derivados del ámbito de aplicación del TRLPI (sólo protegidas las actuaciones grabadas en soporte en los casos que determina el artículo 164, lo que deja fuera a la mayor parte de los artistas de terceros países de la UE).

Aspectos relevantes del factor normativo para la resolución y análisis del abuso de AIE al fijar tarifas abusivas o no equitativas son:

- El derecho de remuneración equitativa (art. 108.5.II) se encuadra dentro de los derechos de explotación, que pueden ser exclusivos (facultan al titular a autorizar o prohibir la explotación de su obra, y a participar económicamente en la explotación de actuaciones artísticas, esto es, se ejercitan antes, teniendo sólo en este caso sentido la remuneración por disposición) y de simple remuneración (de obligado ejercicio a través de la respectiva entidad de gestión, su contenido económico se concreta en la percepción de una remuneración en proporción a la explotación que de la misma se ha efectuado de manera efectiva, por lo que no puede aplicarse sobre la base de la disponibilidad, sino sobre el uso que el usuario realiza de cada obra, esto es, se ejercita después).

Debe tenerse en cuenta además que el reparto entre los titulares (art. 154) será equitativo y proporcional a la utilización de las obras (uso no significa exacto, sino proporcional).

- AIE sólo puede recaudar derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales a los que la Ley de Propiedad Intelectual reconoce tales derechos. Las cantidades imputadas a quienes no son socios de la entidad o no se ven amparados por acuerdos de reciprocidad se llevan a reservas (hasta la localización del titular). Así, los artistas de EE.UU. no tienen en España la protección de la Ley, por lo que si AIE recauda algo en su nombre, abusa de su posición de dominio y como los derechos recaudados, en su caso, prescriben a los 5 años, se queda con ellos (la cuantía de los “derechos pendientes de reparto” ascendía en 2005 a 33 millones de euros).

- Las entidades de gestión colectiva son meras administradoras de derechos ajenos y no ostentan la titularidad de los que administran.

- La remuneración (art. 108.5.II) debe ser equitativa, esto es, en proporción al nivel de utilización (art. 108 en relación al 154), siendo la tarifa su forma de cálculo (si la remuneración ha de ser equitativa también habrá de serlo la tarifa). No será equitativa o será excesiva si el repertorio que gestiona es más reducido del que se dice ser y si el criterio de “disponibilidad” (admitido por el Tribunal pero desaconsejado) es más gravoso o injusto que el de “uso efectivo”.

- El concepto de grabaciones audiovisuales (artículo 120) comprende al de obras audiovisuales (artículo 86) ya que toda obra audiovisual es una grabación audiovisual pero no a la inversa.

- En el caso del derecho de simple remuneración, el repertorio de una entidad de gestión es el conjunto de obras protegidas que administra. El repertorio de AIE es nacional y comunitario sometido a su vez a ciertos límites (no universal).

- AIE es la única entidad de gestión que pretende percibir dos tarifas distintas, ninguna de las cuales puede comprender actuaciones no protegidas por el TRLPI.

- AIE gestiona los derechos de artistas y ejecutantes musicales que pueden fijar sus actuaciones en un fonograma (en el 99% de los casos siendo la tarifa el 0,37% de los ingresos de explotación) o en un soporte audiovisual (aquí la tarifa es del 0,18% de los ingresos de explotación).

- En general, el sistema tarifario de AIE no puede comprender las bandas sonoras o sincronizaciones de música incluidas en una obra o grabación audiovisual producidas en EE.UU. o terceros países de la UE, las actuaciones en vivo de músicos o cantantes, las “cortinas” y la “música de ambientes” de creación electrónica y propia de la cadena, los “sonidos ambiente o efectos especiales” y las actuaciones o ejecuciones fijadas hace más de 50 años.

- Premisas de sentido común del marco jurídico que regula la gestión colectiva son:

- la entidad de gestión recauda con los mismos criterios que utilizará para repartir lo recaudado (en función del uso de las obras).

- la tarifa general debe basarse en criterios similares a los utilizados para repartir lo recaudado: valor, alcance del repertorio, nivel de utilización, franjas horarias, share, audiencia), rendimientos

económicos del usuario (ingresos de publicidad) y valor añadido que aportan las obras en la generación de ingresos de explotación.

- Las cantidades pendientes de prescripción (son derechos recaudados verdaderamente prescritos) evidencian la inequidad de las tarifas y corresponden en gran parte a titulares no protegidos por TRLPI, por lo que no pueden exigir su pago.

- No puede hablarse de reparto entre entidades de los derechos recaudados, ya que según el art. 154 la distribución será equitativa entre los titulares de las obras o producciones utilizadas con arreglo a sistema predeterminado en Estatutos, correspondiéndoles una participación en los derechos recaudados proporcional a la utilización de sus obras. Las comparaciones que el SDC hace con las tarifas de AISGE las aboca a un reparto interno que es imposible, ya que ambas entidades son independientes y cada una fija sus tarifas, siendo de carácter voluntario la actuación conjunta (Expt. r 686/06 TDC, Autos del TS de 01/06/04 y 01/02/05, y Resolución del Ministerio de Cultura de 12 de mayo de 2006).

TERCERA.- Para el SDC no hay discriminación de las tarifas de AIE en relación al Convenio con FORTA de 1997, ya que éste fue ofrecido y rechazado por las televisiones generalistas, lo que se considera alejado de la realidad, estimándose acreditado que sólo se solicitaron unas aclaraciones (y se avino a negociar según cartas de 26 de enero y de 19 de marzo de 1998) que nunca fueron atendidas por AIE. T5 se sorprendía de la existencia de un Convenio para el que no había sido llamado, y del cambio de orientación y métodos para determinar la remuneración equitativa (cuando la propia AISGE preveía en sus tarifas el principio de utilización real en años 1996 y 1998).

Considera que aunque pudiera mantenerse el rechazo de las televisiones generalistas, ello no justifica el comportamiento de AIE ya que:

- lo que se trata es de analizar las tarifas de 1998 de AIE (que reproducen las fijadas en 1995) y determinar su carácter discriminatorio y desproporcionado respecto a las del Convenio con FORTA, ya que AIE pudo reclamar las tarifas en 1997 y no como hizo en 1998 aumentándolas de 2 a 4 veces.

- el SDC no ha analizado la reacción de T5 ante el cambio de criterio de utilización efectiva de las tarifas comunicadas por AIE en 1996, ni si este cambio estaba justificado y las explicaciones solicitadas eran

lógicas.

De las “negociaciones” de 2002 resulta claro que AIE nunca tuvo intención de alcanzar un acuerdo, ya que pese a acordar lo que debería abonar T5 con bonificación del 40% de la base y del 20% del tipo proporcional, rompe los acuerdos alcanzados por sus discrepancias con AISGE e impone unas tarifas que triplican las acordadas en 2002.

CUARTA.- El requisito de equidad es un imperativo legal y no una recomendación, derivada de los artículos 108 y 154 del TRLPI. Del artículo 154 deduce que la participación del artista ha de ser proporcional a la utilización de la obra (condición para que sea equitativa, TDC, 28/09/06 Expt. r 686, AIE, F.J.7).

La tarifa deja de ser equitativa si el repertorio que sirve de base para su fijación no es el que efectivamente administra la entidad de gestión, que en el caso de AIE son: subjetivamente las actuaciones musicales interpretadas por músicos y cantantes y objetivamente las actuaciones de los artistas musicales fijadas en fonogramas o grabaciones audiovisuales. Legalmente comprende a todos los músicos y cantantes a los que el TRLPI reconoce el derecho de remuneración previsto en el artículo 108.5. al amparo del artículo 164.

El artículo 164 TRLPI otorga los mismos derechos a los artistas intérpretes o ejecutantes españoles o nacionales de un Estado miembro de la UE, así como a los de terceros países en virtud de Convenios o Tratados internacionales en los que España sea parte o si hay equiparación de los españoles a los de los nacionales del país respectivo.

Las interpretaciones musicales fijadas en un fonograma cuyo productor sea nacional de un Estado no parte de la Convención de Roma de 26 de octubre de 1961 (o no de la UE), como es el caso de EE.UU., no está protegido por el TRLPI, por lo que la tarifa de AIE no debe recaer sobre sus interpretaciones, quedando fuera de la Convención las interpretaciones y ejecuciones realizadas ad hoc para su incorporación a una grabación audiovisual.

Por otra parte, el Tratado OMPI (Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) sobre interpretaciones y ejecuciones y Fonogramas (WPPT), de 20 de diciembre de 1996, no ha sido ratificado por España ni por la mayor parte de países de la UE, por lo que sería difícil aplicar el principio de trato nacional frente a Estados como EE.UU. que lo ha ratificado, pero no reconoce el derecho de

remuneración si la comunicación no se realiza por medios digitales. Luego AIE no puede recaudar derecho alguno por los actos de comunicación al público de aquellas interpretaciones fijadas en un fonograma, incorporado o no a una grabación audiovisual, cuyo productor sea nacional de EE.UU., ya que no existe reciprocidad ni cobertura convencional para comprender tales supuestos en las previsiones del art. 164.3.

Por otra parte, en contra del criterio del TDC y del TRLPI basa la aplicación de la tarifa en la disponibilidad y no en el uso del repertorio, aunque la técnica actual lo permite y lo aplican otras entidades españolas y de la UE. Para el SDC aunque ambos sistemas son posibles, considera más deseable el de “uso” por ser más acorde con el principio de proporcionalidad, ya que permite a los operadores de televisión ajustar sus costes. Pero el TDC en la Resolución del expediente r 686/06 estableció que equidad en la remuneración significa que ha de ser en función de los repertorios y de su grado de utilización (el TDC en el expediente 593/05 consideraba deseable que los derechos se establecieran sobre el uso o explotación real, y en el 493/08 que era discutible la remuneración por disponibilidad en contraposición con la de uso). Como la técnica actual permite determinar qué porcentaje de emisiones contienen prestaciones artísticas administradas por AIE, lo mismo que T5 ha pactado con otra entidad de gestión (aplicar la tarifa sobre el 60% de los ingresos) se debería aceptar por AIE. Por otra parte, dado que más del 10% de las emisiones de T5 incorporan obras y prestaciones de producción en EE.UU., aproximadamente el 50% de las emisiones de T5 no contienen ejecuciones musicales protegidas por el TRLPI y teniendo en cuenta que AIE no puede incluir las “actuaciones en vivo”, las “cortinas” y la “música de ambientes” de creación electrónica y propia de la cadena, los “sonidos ambiente o efectos especiales” (pues no son música), y las actuaciones o ejecuciones musicales de más de 50 años, el porcentaje de emisiones de T5 que contienen ejecuciones musicales de AIE debería ser inferior 50%. Además, el valor añadido de las prestaciones administradas por AIE, incorporadas en una obra audiovisual es marginal.

AIE por la comunicación pública de obras audiovisuales exige una tarifa del 0,37% para remunerar las interpretaciones o ejecuciones musicales que contienen y una adicional del 0,18% por la comunicación pública de prestaciones musicales fijadas en un fonograma, paradójicamente cuando el valor añadido para T5 de la utilización de actuaciones musicales fijadas en un fonograma es mucho mayor.

El análisis del valor económico del repertorio administrado por AIE en una grabación audiovisual según los informes del ICAA es del 1,5% del coste total y para AISGE del 11,3%, por lo que hay una relación del 5%-95%, estimándose que en base a la tarifa de AISGE, la de AIE debería ser del 0,075%. El SDC comete un error cuando afirma que el análisis del valor económico no sirve para emitir un juicio sobre la posible excesividad de la tarifa de AIE y que serviría más bien para ver el reparto entre entidades de gestión de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, ya que no cabe hablar de reparto entre los mismos por ser independientes y fijar sus tarifas por separado. La conclusión que se obtiene del análisis es que la tarifa que AIE pretende cobrar no guarda ninguna proporción con la realidad. Para que fuera equitativa debería ser al menos 5 veces inferior (el 0,075%) y aplicarse a menos del 50% de los ingresos de explotación de T5.

Discrepa del SDC en lo que se refiere a que no hay bases homogéneas suficientes para deducir la inequitatividad de la tarifa, ya que todas las entidades de gestión representan a los mismos colectivos de titulares y recaudan de las televisiones la remuneración que corresponde a los artistas por la comunicación pública de sus actuaciones, teniendo todas la posibilidad de aplicar la tarifa bien por “uso” o “disponibilidad”.

Lo mismo cabe decir respecto a la existencia de bases homogéneas de AIE y AISGE, ya que afirmar como hace el SDC que no las hay llevaría a que la entidad de gestión fijase la tarifa que se la antojase sin que se la pudiera cuestionar y causaría indefensión al usuario. La única diferencia entre AIE (que administra cantantes y músicos) y AISGE (que administra actores, dobladores, bailarines y directores de escena) es en los repertorios de ambas entidades ya que representan a una misma categoría de titulares, aunque cada una se haya especializado en un colectivo, las prestaciones tienen el mismo soporte (obras o grabaciones audiovisuales) y el derecho del que nace la obligación de pagar es el mismo (el art. 108.5.II). Por ello, la comparación tiene suficientes puntos de conexión, no aceptándose la afirmación del SDC de que la misma sólo llevaría a determinar qué porcentajes corresponderían a cada entidad del total liquidado, pues son entidades independientes que fijan sus propias tarifas.

El análisis comparativo de las tablas subjetiva y objetiva de repertorios y de las prestaciones musicales excluidas del repertorio de AIE (folios 224 a 229 del expediente del Tribunal), permite apreciar la extraordinaria desproporción entre las tarifas de AISGE (el 1,50%) y de AIE (el 0,37%). A esto debe añadirse que cuando AISGE fijó su tarifa del 1,50% en 1995 se refería sólo al colectivo de actores de imagen,

colectivo que luego se amplió en 1999 a los de doblaje, danza y dirección, a pesar de lo cual no aumentó la tarifa, sino que se avino a adaptarla a un sistema proporcional con el “uso” del repertorio. Si se toma como base la tarifa de AISGE del 1,50%, la de AIE ni siquiera podría aproximarse al 0,075% que es el resultado que arroja el valor económico. Además las prestaciones que aportan los artistas representados por AISGE generan más valor añadido en la explotación de las obras que los de AIE, siendo según los datos de la valoración económica aportada por el propio SDC como 20 veces mayores, de modo que no puede explicarse por una relación de tarifas de 80/20, cuando en equidad debería ser como mínimo de 95/5.

Es incompleta e incorrecta la comparación con las tarifas españolas y con las de otros países de la UE. En la jurisprudencia del TJCE (Sentencias del 13 de julio de 1989, Tournier/SACEM, Lucazeau y otros/SAGEM) se declara: “... una sociedad de gestión...en posición dominante...impone condiciones de contratación 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 se haga sobre bases homogéneas”. Se discrepa del criterio del SDC que considera que no son comparables las referidas tarifas, por no haber bases homogéneas, ya sea porque el derecho no se reconoce, o se factura de forma acumulada a otros derechos o en forma diferente (por uso).

Dado que AIE fija dos tarifas (0,37% y 0,18%), siendo la única entidad europea que fija dos distintas por la comunicación pública de actuaciones musicales, la comparación hay que hacerla con 0,55% y con los derechos del colectivo que remunera. El siguiente paso sería analizar el sistema de remuneración (por uso o disponibilidad, de forma que a igualdad en el nominal de tarifa, la que aplique por disponibilidad cobrará una cantidad más elevada). Sobre la base anterior, viendo las tarifas de Alemania (tarifa de 0,25% de los ingresos del programa según sistema por uso que se distribuye por mitad entre productores y artistas), Holanda (la tarifa es del 0,60%, también se distribuye por mitad entre productores y artistas, pero según sistema de “disponibilidad”) e Italia (tarifas según uso exacto del repertorio que oscila entre 6 y 8 euros por minuto) y siendo el sistema de otras entidades europeas el de remuneración por uso, llega a la conclusión de que la tarifa de AIE es excesiva.

T5 discrepa de la afirmación del SDC de que la mera existencia de un remanente sin repartir no implica necesariamente que las tarifas sean abusivas, considerando que el que AIE tuviera a finales de 2005 la

cuantía de 33 millones de euros sin repartir es una clara evidencia de ello. En 2005 se pagaron a los artistas intérpretes o ejecutantes 14,5 millones de euros y 7 millones de euros engrosaron los derechos pendientes de prescripción (a AISGE que tiene una recaudación más elevada en 15 años sólo le han prescrito 156.180,94 euros) y las cantidades pendientes de prescripción doblan en cuantía a las recaudadas en los últimos años, permaneciendo en el pasivo de AIE derechos que ya han prescrito (según auditoría del ejercicio 2004) y existiendo cantidades ya asignadas pero no reclamadas. Un análisis de la evolución en los últimos 5 años de la recaudación, reparto, y derechos recaudados pendientes de pago, permite observar que más de un tercio de las cantidades asignadas no llegaron a pagarse y desde 1997, el crecimiento de la partida de “derechos pendientes de pago” lejos de moderarse, tiende a acelerarse con el transcurso del tiempo, no considerando válida la interpretación del SDC que el aumento se debe a un problema de localización de titulares, ya que los acuerdos de reciprocidad (que deben estar depositados en el Ministerio de Cultura) que AIE tiene con entidades extranjeras han aumentado. En conclusión, si T5 abona la tarifa exigida por AIE no estará remunerando a todos los artistas y/o prestaciones que tal entidad incluye en el precio exigido.

AIE abusa al imponer una tarifa excesiva que además incluye a artistas a los que el TRLPI no reconoce derecho alguno y no remunera a aquellos artistas extranjeros a los que la Ley equipara con los españoles. Por tanto, la tarifa de AIE es inequitativa, ya que se fija sobre la base de un repertorio mayor del que real y legalmente administra. Por ello, el usuario no está obligado a satisfacer remuneraciones por la comunicación pública de prestaciones no protegidas por el TRLPI ni la entidad de gestión puede recaudar nada por tales prestaciones.

Si se estimara insuficiente el análisis de los acuerdos, se propone que el SDC contacte con las entidades de la UE con las que hay suscrito un acuerdo de reciprocidad e indague sobre la liquidación de los derechos que esta entidad viene practicando. También puede dirigirse al Consejo de Sociedades para la Gestión Colectiva de los Derechos de los Artistas (SCAPR) de la que AIE es miembro, y previo informe del marco legislativo español, solicite dictamen sobre aquellos derechos que AIE debiera haber incluido en los acuerdos de reciprocidad suscritos, prueba que se propone ahora por no haberse conocido antes.

T5 ha comprobado que los convenios de reciprocidad que AIE tiene suscritos con aquellas entidades miembros cuya legislación sólo

reconoce una remuneración por la comunicación pública de fonogramas, sólo cubren por lo que a AIE respecta el derecho del artículo 108.4 TRLPI y no el del 108.5.II. Dado que los nacionales de otros Estados miembros están equiparados a los españoles en cuanto a protección por el TRLPI, por cada acto de comunicación pública de una grabación audiovisual que incorpore una actuación de un artista comunitario, tiene la obligación de satisfacerle la remuneración prevista en el artículo 108.5.II.

Por todo lo cual, solicita la revocación del Acuerdo de sobreseimiento y la práctica de la prueba propuesta en relación a los acuerdos de reciprocidad, para lo que enumera los archivos de una serie de sociedades de gestión europeas (Dinamarca, Francia, Eslovaquia, Holanda, Hungría, Eslovenia, Irlanda, Italia, Portugal, Reino Unido y República Checa) así como SCAPR.

6. En este expediente se denuncia una infracción del artículo 6 LDC y del artículo 82 del TCE por exigir AIE unos derechos determinados unilateralmente y que además se consideran abusivos, no equitativos y discriminatorios, por lo que es necesario referirse al mercado relevante, el cual ya ha sido definido en la Resolución del TDC (Expt. r 686/06, Artistas Intérpretes o Ejecutantes) señalando que desde la perspectiva del usuario ese mercado sería el de los derechos de comunicación pública de la propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes, mercado en el que el poder de las entidades de gestión es muy elevado, ya que las televisiones no pueden prescindir de su repertorio, y que desde la perspectiva de la oferta habría dos mercados, uno en relación con los derechos gestionados por AIE y otro por los de AISGE y por más que se considerara que las entidades de gestión tienen posición de dominio colectiva, lo cierto es que AIE y AISGE gozan de independencia plena, ya que como monopolistas de sus respectivos repertorios, ninguna de estas entidades puede ejercer presión competitiva sobre la otra. Para AIE el mercado de referencia es el de gestión de los derechos de la propiedad intelectual de artistas intérpretes o ejecutantes musicales por la comunicación pública de fonogramas y grabaciones audiovisuales, en el cual tiene posición de dominio.
7. Las cuestiones relativas a la remuneración de los derechos de la propiedad intelectual han sido objeto de diversos expedientes del TDC (sancionadores, de recurso contra archivos o sobreseimiento del SDC e incluso de autorización singular). En la Resolución del expediente 493/98, Onda Ramblas/AGEDI, el Tribunal señalaba que “las cuestiones relativas al precio correspondiente a los derechos de la

propiedad intelectual siempre han acarreado una dificultad considerable por lo que buena parte de los preceptos de la legislación reguladora se destinan a arbitrar sistemas para su determinación. (...). 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”. La dificultad señalada no excluye, sin embargo, que los órganos que tienen la función de velar por la defensa de la competencia actúen en los casos en que se presume que puede existir un abuso de posición de dominio por el establecimiento de tarifas abusivas, no equitativas o discriminatorias.

8. No pueden conceptuarse como pacíficas las relaciones entre la entidad de gestión y T5, ya que al no llegarse a un acuerdo negociado sobre la tarifa aplicable, AIE y AISGE demandaron ante la jurisdicción a la cadena de televisión, dictándose una Sentencia por el Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Madrid que condenaba a ésta al abono de la remuneración correspondiente a los derechos por el periodo de 1995 a 1998 sobre la base de la tarifa comunicada al Ministerio de Cultura en 1998, luego confirmada por Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, la cuál está recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, aunque sólo afecta a AIE, ya que T5 y AISGE llegaron a un acuerdo posterior al rebajar la entidad de gestión sus pretensiones. Así, el Consejo constata la utilización de una doble vía por parte de la televisión, aunque ello no permite afirmar que exista una intencionalidad de utilización instrumental de los órganos de la competencia para encubrir su no aceptación de las Sentencias adversas.
9. Se alega en el expediente que el SDC incurre en errores por no haber realizado la instrucción necesaria ni un análisis exhaustivo, estimándose por el Consejo que en todo expediente debe haber un equilibrio entre los recursos dedicados al mismo y la obtención de las evidencias necesarias, por lo que el Servicio no tiene otra obligación que conocer aquello que le permita llegar a la conclusión que estime procedente, en este caso, el sobreseimiento del expediente.
10. Se alega por el denunciante que la tarifa de AIE por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales y fonogramas es arbitraria y se ha determinado unilateralmente, pero el Consejo constata que a pesar de haber transcurrido más de una década del establecimiento de los derechos de remuneración correspondientes, no ha sido posible alcanzar un acuerdo entre la entidad de gestión y T5, por lo que AIE en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 157.1 del TRLPI se ha visto obligada a establecer la tarifa general que determina la remuneración

exigida por la utilización de su repertorio y de acuerdo con el artículo 159.3 procedió a la comunicación correspondiente al Ministerio de Cultura.

A este respecto, en el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia de la AP (Sección 25) de 29 de enero de 2007, sobre el Recurso de Apelación núm. 653/2004, se establece que: ...”El mecanismo adecuado para ello es la negociación y el acuerdo de voluntades pero no puede olvidarse que al ser legalmente obligatoria ese tipo de retribución, en caso de no obtenerse ningún acuerdo se habrá de fijar aquélla de un modo objetivo pues de otra manera se permitiría eludir el cumplimiento de la Ley. La alternativa prevista en el TRLPI es la fijación de tarifas que se recoge como una facultad, y al mismo tiempo deber, que con el fin de impedir conductas abusivas o desproporcionada se somete a la tutela de la Administración, que puede ejercer un alto grado de control sobre la entidad de gestión mediante inspecciones, auditorias o asistencia a reuniones de sus órganos deliberantes y ejecutivos, estando la entidad obligada a comunicar sus tarifas (art. 159).

En la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 18 de octubre de 2006, Recurso de casación núm. 2234/2004, se declara en su Antecedente Primero que el silencio del Ministerio de Cultura en relación a las tarifas generales “notificadas” carece del significado de aprobación tácita. “Es más, ni siquiera en el caso de que no se llegase al acuerdo sobre la remuneración con los usuarios, de acuerdo con lo previsto por el artículo 122.3, tiene posibilidad el Ministerio de Cultura de intervención de ninguna clase para determinar las tarifas, sino que el artículo 159.2.b) TRLPI atribuye tal función de fijar la cantidad sustitutoria de las tarifas generales, a la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual de la que forman parte representantes de las entidades de gestión y de las asociaciones de usuarios”. Las entidades de gestión en una interpretación del artículo 158 llegaron a la conclusión de que la Comisión no tenía capacidad para resolver la problemática, por lo que acudieron a los Tribunales de Justicia para reclamar los impagos de T5, quien a su vez consideró que se excluía de raíz acudir a la misma al haber acudido AIE y AISGE a la jurisdicción.

Adicionalmente, en el F.D. 5º de la Sentencia del TS de 18 de octubre de 2006 se establece que :”...no basta, por tanto, una falta de reacción por parte de la Administración frente a la presentación de unas tarifas que más tarde no resultan adecuadas, sino que hubiera sido preciso que esa Administración hubiera demostrado mediante algún signo

externo la conformidad con las mismas...Debe advertirse, por otra parte, que el Ministerio de Cultura ejerce el control de las tarifas desde otra perspectiva y normas distintas de las que rigen la competencia, por lo que pudiera ocurrir que no se dé infracción de las primeras y sí de las segundas”.

Se alega que AIE nunca intentó negociar, si bien desde abril de 1995 hubo múltiples contactos de las entidades de gestión con T5 con el fin de explicar el derecho de remuneración y negociar las tarifas. Posteriormente, AIE parece desvincularse de las negociaciones, ya que AISGE continúa actuando de forma aislada en su comunicación con la televisión (28 de octubre de 1996 y 9 de julio de 1997) y sólo hasta el 15 de diciembre de 1997 vuelven de nuevo a enviar una carta conjunta ofreciendo a T5 las mismas condiciones pactadas con las televisiones integradas en la FORTA, cuya no aceptación lleva a las entidades de gestión a acudir a la vía judicial. Consta en el expediente que T5 en el contexto de un procedimiento judicial en el que fue condenada a pagar a AIE una cantidad aceptó entablar negociaciones a tres bandas con las entidades de gestión y reconoce haber llegado a un acuerdo verbal en 2002 con las gestoras que luego no llegó a firmarse por las discrepancias en cuanto al reparto entre AIE y AISGE (AISGE pretendía un reparto 80% para ella y del 20% para AIE, y ésta consideraba que según los antecedentes y acuerdos entre ambas era procedente uno del 66,66%-33,33%). En todo caso, el Consejo constata el reducido número de comunicaciones de AIE a T5 con la finalidad de llegar a un acuerdo, lo que puede indicar una escasa predisposición a cualquier negociación conociendo que ante la falta de aquél, la Ley le permite establecer y exigir unas tarifas. Además, considera que si bien cumplió con lo dispuesto en el TRLPI al fijar sus tarifas y comunicarlas al Ministerio, constata también la posición de fuerza de la entidad de gestión.

11. Alega T5 que las tarifas de AIE no son equitativas por basarse la exigencia de la remuneración en la “disponibilidad” del repertorio y no en su “uso” (utilización). A este respecto cabe señalar lo declarado en el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm.5 de Madrid de 25 de enero de 2006 que desestima la demanda interpuesta por Canal Satélite Digital y DTS contra SGAE: “En el año 2001 se alcanzó un acuerdo entre la SGAE y las televisiones privadas (Telecinco, Antena 3 y Sogecable) sobre las tarifas a aplicar por la licencia de los derechos gestionados por la aquí demandada, fijando la retribución en un porcentaje sobre los ingresos brutos o netos de las televisiones, que se incrementaba progresivamente desde 2001 a 2015, lo que motivó la aprobación de unas nuevas tarifas por la Junta

Directiva de la SGAE... que recogían el acuerdo alcanzado con el sector de las televisiones privadas,... y que fueron aplicadas en los contratos suscritos con Telecinco el 17 de mayo de 2001...”. Por otra parte, en el Fundamento de Derecho Quinto se afirma que no “es discutido que las tarifas de la demandada (excluidos los programas de pago por visión) se basan en los ingresos de explotación, sin atender a la intensidad de uso de las obras ni al nivel de audiencia, sin perjuicio de que los porcentajes sobre ingresos puedan basarse o no en tiempos promedios de uso...”.

El TDC se ha pronunciado sobre la deseabilidad de las tarifas en base a la explotación real (Resolución del expediente 593/05, Televisiones) señalando en otra Resolución que podría resultar discutible desde la perspectiva de la competencia el sistema por disponibilidad si la técnica permitía el empleo de remuneración por uso (expediente 430/98, Onda Ramblas/AGEDI). Si bien en la Resolución del TDC del expediente r 686/06, Artistas Intérpretes o Ejecutantes se unía el que la remuneración fuera equitativa con que fuera en función de los repertorios y de su grado de utilización, no puede considerarse que ello sea contrario a lo declarado en precedentes anteriores, pues no se trataba de una interpretación exclusiva, con independencia de que el sistema de disponibilidad admite alternativas para su aproximación al de uso.

El Consejo considera que un sistema de pago por uso resulta más aceptable desde el punto de vista de la competencia en tanto que permite a los usuarios decidir los costes en que incurrirá y evita la discriminación que supone pagar por un repertorio aunque no se utilice en relación a quienes lo usen. No obstante, el empleo de un sistema de remuneración por disponibilidad en sí y en abstracto no se estima que sea contrario a la normativa de la competencia, ya que, por un lado, existe la posibilidad de graduarlo o corregirlo, por ejemplo, cuantificando el porcentaje de emisiones del usuario que incluyen repertorio de la sociedad de gestión sobre el total de la programación del usuario. Por otro lado, al valorar la legalidad de un sistema de pago por disponibilidad con las reglas de defensa de la competencia, también parece razonable tener en cuenta la relación existente entre el uso del repertorio de la sociedad de gestión y la actividad del usuario, en el sentido de que la remuneración del derecho de propiedad intelectual parece que debe reflejar la importancia o valor añadido que su uso reporta en ingresos para el usuario, y parece indiscutible que el uso, por ejemplo, de la música no tiene la misma relevancia respecto de los ingresos para el titular de una discoteca o sala de fiestas que la que puede tener para cualquier otro empresario que no sea el input básico

de su actividad empresarial. En todo caso, cualquier sistema resulta problemático en términos estrictos de equidad, ya que en última instancia en los sistemas de pago por uso aparte de la utilización del repertorio de la entidad de gestión habría que tener probablemente en cuenta otros aspectos como franjas horarias, nivel de audiencia, etc.

En este caso, atendiendo a la naturaleza de la actividad de la sociedad recurrente, el Consejo considera que la fijación de una tarifa exclusivamente sobre los ingresos totales del usuario no es razonable y pudiera no ser equitativa, ya que éstos no están directamente relacionados con el mayor o menor uso de los fonogramas o de las grabaciones audiovisuales, como tampoco puede aceptar que el mayor o menor éxito comercial de una cadena de televisión esté vinculado de forma directa con el mayor o menor uso de la música. De hecho, es posible que la utilización de ésta sea menor en las horas *prime time* o en determinadas emisiones que se emiten en esta franja horaria (las que generan mayores ingresos de publicidad) que en otras horas del día.

12. Se alega por T5 que la tarifa establecida no es equitativa en relación a otras tarifas de entidades nacionales o de la Unión Europea. A estos efectos cabe señalar que la exigencia de que la remuneración sea equitativa no se deriva exclusivamente de lo previsto en el artículo 122 TRLPI en relación a la comunicación pública, sino también del artículo 6 LDC que considera abuso de posición dominante, entre otros supuestos, la imposición de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.

En la precitada Sentencia del TS de 18 de octubre de 2006 se afirma que “A falta de una definición legal de precio no equitativo, debemos acudir a la jurisprudencia del TJCE, que entiende por tal, desde la Sentencia de 14 de febrero de 1978 (caso United Brands, asunto 27/76, apartado 250) continuada por las de 5 de octubre de 1994 (Asunto C-323/1993 [TJCE 1994, 177], apartado 25) y la de 17 de julio de 1997 (asunto C-242/95, apartado 39) un precio excesivo que no guarde una relación razonable con el valor económico del servicio prestado.

En todo caso, cabe señalar que en la Sentencia del TJUE Lucazeau contra SACEM de 13 de julio de 1989, tras examinar varios criterios y sin descartar la posibilidad de otros, declaró que cuando “una empresa en posición dominante impone por los servicios que presta tarifas que son notablemente más elevadas que las que se aplican en los restantes Estados miembros, y cuando la comparación entre las cuantías de las tarifas se haya llevado a cabo sobre una base homogénea, dicha

diferencia deberá ser considerada como indicio de la explotación abusiva de una posición dominante. En esos casos, corresponderá a la empresa en cuestión justificar la diferencia, basándose en la existencia de divergencias objetivas entre la situación del Estado miembro de que se trate y la situación que prevalezca en los demás Estados miembros”.

En el caso de los fonogramas, la Directiva 92/100/CEE del Consejo señala que los usuarios que utilicen los mismos con fines comerciales deben pagar una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes, entre los cuales se efectuará el reparto de la misma, pero no define la misma ni desarrolla cuál es el mejor método para su cálculo.

Resulta complejo determinar el coste de producción del servicio proporcionado por una entidad de gestión así como compararlo con el de otra cuando aquélla ostenta una posición de monopolio. El SDC obtiene una aproximación al coste del servicio proporcionado por AIE en función de los datos que el Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales (ICCA) publica periódicamente, señalando que, para 2004, los autores e intérpretes musicales supusieron el 1,5% del coste de la película media y el resto del personal artístico el 11,3%, esto es, respectivamente, sobre una base de 100%, el 11,7% y el 88,28%. El mismo ejercicio para otros años, le llevó a deducir que el productor remunera a los artistas musicales en un 12% y a los demás artistas intérpretes en un 88% del coste de la película media, para llegar a la conclusión de que no sirve para deducir si la tarifa de AIE es excesiva o no, como sucede también analizando los datos que proporciona TNS Audiencia de Medios. El SDC señala que la información así obtenida podría utilizarse para analizar un posible reparto de derechos entre AIE y AISGE, lo que estima al margen del caso, aspecto que T5 discute en tanto que no procede ningún reparto entre las mismas, estimando el Consejo que el Servicio sólo apunta una posibilidad en tanto que en el caso de la exigencia de una tarifa conjunta éste podría ser un criterio utilizable.

La alternativa de comparar sobre bases homogéneas la tarifa de AIE con la de otras entidades de gestión homólogas de países miembros de la Unión Europea, llevó al SDC al estudio de las de Francia (la tarifa se eleva al 2%, por lo que sería menor que el 1,87% que suman las tarifas de AIE y AISGE, si bien considera que las bases imponibles no son totalmente homogéneas ni resulta posible distinguir con exactitud los derechos recaudados en nombre de los artistas franceses), Alemania (también en este caso la tarifa aplicada es menor en porcentaje, pero se aplica sobre bases diferentes), Holanda (si bien se proporciona el

porcentual aplicado no se indica la base sobre la que se aplica) e Italia (no aporta dato sobre la tarifa señalando que no se ha traducido la documentación recibida y que la remuneración de los artistas musicales deriva de la comunicación de fonogramas). La consulta realizada a través de la European Competition Network (ECN) llevó al Servicio a la conclusión de que no podía realizar una comparación sobre bases homogéneas, estimando por sus investigaciones que difícilmente se van a encontrar tarifas comparables, ya sea por no estar reconocido el derecho de los ejecutantes musicales que intervienen en las grabaciones y obras audiovisuales (caso de Eslovenia), por facturarlos de forma acumulada a otros derechos (Francia) o bien por facturarlos según el sistema de uso.

T5 cuestiona el análisis del SDC, solicitando que se pida información adicional a diversas entidades europeas que enumera. Considera que a AIE le sería fácil su obtención por sus acuerdos con esas entidades, pero la dificultad de llegar a resultados a través de la comparación con las tarifas de otros países de la UE y el hecho de establecer esta comparación como la única posible para juzgar si una tarifa es o no excesiva, estaría incentivando comportamientos cartelizados por parte de las entidades de gestión o, como mínimo, que establecieran tarifas generales muy complejas para dificultar las comparaciones.

El problema que supone la comparación sobre bases homogéneas con las tarifas de entidades de gestión europeas ya se puso de manifiesto en el expediente del TDC 593/05, Televisión, de denuncia de T5 y otros contra AGEDI (productora de fonogramas), en cuyo Fundamento de Derecho 6º se señalaba la dificultad y complejidad de ello por las “dificultades de la comparación respecto a los ejercicios económicos a evaluar, los derechos de propiedad intelectual cubiertos, los pagos realizados o 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 ...”.

La comparación de las tarifas de las entidades de gestión de derechos de la propiedad intelectual españolas relacionadas con fonogramas y grabaciones audiovisuales, aunque los derechos que gestionan no son idénticos, permite al SDC deducir (con las salvedades relativas a la independencia entre las mismas y la diferente naturaleza de los derechos que cada una gestiona) que las tarifas de AIE no parecen ser superiores a las establecidas por otras entidades similares (AISGE, AGEDI, SGAE). Así, si se compara la comunicación pública de grabaciones audiovisuales, las de AIE es cuatro veces inferior a las de

AISGE; en el caso de los fonogramas, 0,9 veces a las de AGEDI; y seis veces menores a las de SGAE.

T5 alega que las tarifas de AIE son demasiado elevadas (las cuantifica en 0,55% pero considera que no deberían pasar del 0,075%) en relación a las negociadas con AISGE (el 0,9% sobre los ingresos totales) cuando el valor añadido que aporta el repertorio de AIE es mucho menor (el SDC cuestiona que una tarifa pueda calificarse de excesiva porque en una negociación con otra entidad de gestión se rebaje la de ésta, extremo alegado por T5), son superiores por las grabaciones audiovisuales a lo que cobra por fonogramas cuando el uso de éstos es bastante más intensivo (según AISGE el 80%), y AIE rebajó su tarifa cuando se amplió su repertorio (el SDC tampoco lo acepta por considerar que no hubo tal aumento de derechos y sólo un problema de interpretación del TRLPI al incluir las grabaciones audiovisuales cuando antes se hablaba de obras). El Consejo comparte el criterio del Servicio y considera además que el Convenio con FORTA preveía un reparto de ingresos del 52,63% para AISGE y del 47,37% para AIE, lo que llevaría a tarifas próximas en ambas entidades de gestión, con independencia de que si el uso de fonogramas es más intensivo que el de grabaciones audiovisuales y su tarifa menor, el peso medio ponderado de la tarifa de AIE sería sensiblemente inferior al 0.55%.

Por su parte, el TDC, en la precitada Resolución 593/05 señala que “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.....”.

En conclusión, a la vista de los argumentos y comparaciones expuestos el Consejo considera que desde esta perspectiva no se acredita que la tarifa de AIE sea inequitativa en relación con los extremos anteriormente expuestos, ni que proceda proseguir la investigación sobre ellos. Por otra parte, el Consejo interesa a la Dirección de Investigación que analice las motivaciones por las que el nivel de las tarifas de fonogramas y grabaciones audiovisuales es diferente.

13. Se alega que las tarifas son discriminatorias lo que implica analizar si la entidad de gestión en posición de dominio trata de forma igual o no a quien se encuentre en iguales circunstancias. Según los datos existentes en el expediente, la aplicación del Convenio Marco firmado el 31 de octubre de 1997 (para el periodo desde el 1 de enero de 1995 a 31 de diciembre de 1999) con las televisiones de la FORTA a T5 hubiese llevado a cuantificar la remuneración exigida por la entidad de

gestión en 500 millones de pesetas, pero al no llegarse a un acuerdo, la aplicación de las tarifas generales de AIE supuso duplicar o cuadruplicar esa remuneración. Por ejemplo, para 1999, la aplicación del Convenio determinaba un pago de 144,34 millones de pesetas, pero según la tarifa se elevaba a 365,4 ó 612,3 millones de pesetas (el 0,37% y el 0,62 %, respectivamente, de 98.756,37 millones de pesetas, que son los ingresos de la emisora en 1999).

Cabe señalar al respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial (Sección 13), de 21 de marzo de 2003 en el Recurso de apelación de los autos de Juicio de Mayor Cuantía del Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Madrid, "Entretanto se intentaba que fructificase esta dilatada negociación AISGE y AIE llegaron a un acuerdo sobre el derecho discutido a la remuneración y fijación de tarifas generales con las Televisiones Autonómicas integradas en la FORTA, suscribiendo el 31 de octubre de 1997 el Convenio Marco ...que fue notificado a las restantes cadenas de Televisión, entre ellas a Antena 3 TV, como acredita el acta notarial de envío de carta de 22 de diciembre de 1997...para su firma o como una nueva propuesta susceptible de ser perfeccionada" que "fue rechazada" y ante "esta situación de ruptura de la negociación,..., las demandantes comunicaron a Antena 3 TV la aplicación de las tarifas aprobadas por AISGE el 28 de enero de 1995 y AIE el 18 de abril de 1995, que fueron notificadas al Ministerio de Cultura los días 17 y 19 de abril de 1995, respectivamente...".

En el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 7 de Alcobendas que estima la demanda interpuesta por AGEDI contra A3 TV se declara que "Tampoco ha sido aceptada por la demanda la vía arbitral que permite la Ley, por tanto es procedente determinar la aplicación de dichas tarifas generales a la hora de determinar la cantidad que debe pagar Antena 3 a la actora....Como establece la Sentencia de 28 de octubre de 2003 *no puede escudarse la demanda para rechazar las tarifas en la diferencia que existe con las cantidades fijadas (en el caso examinado por dicha sentencia para las televisiones autonómicas y en el caso presente se pone como ejemplo para afirmar un trato discriminatorio las tarifas abonadas por RTVE), pues estas últimas se fijaron dentro de un proceso negociador y los actores han estado percibiendo de tales medios de comunicación sus derechos con regularidad desde hace más de 6 años, mientras que no se ha recibido ninguna otra cantidad de Sogecable sino que por el contrario ha tenido que invertir tiempo y gastos para tratar de culminar el proceso negociador e iniciar el proceso que nos ocupa.* Dicha sentencia examina un caso similar al presente toda vez que Antena 3 no ha abonado ningún tipo de tarifas

desde 1990, ni tarifas generales ni ninguna otra, ni ha consignado cantidad alguna ni se ha sometido a la Comisión Mediadora y Arbitral y por tanto no puede pretender un trato igual cuando no ha existido negociación por su parte, 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 Antena 3 un ente privado cuyos ingresos fundamentales son obtenidos por la publicidad...”.

El Convenio con FORTA fue ofrecido el 15 de diciembre de 1997 por AIE y AISGE a T5 en las mismas condiciones que a las entidades que suscribieron el mismo, aunque no fue aceptado por diversas razones, pero resulta cuestionable que se haga una negociación con las cadenas de televisión que representan el 14,64% del sector según los criterios acordados (audiencia general de cada cadena en 1995 e ingresos por publicidad y cuotas de abonados también en 1995 ponderados al 50%, aplicados con base a unas cantidades alzadas) y luego se ofrezca a las cadenas que representan el 85,35% (T5 el 16,26%). No consta en el expediente si las otras cadenas mayores aceptaron el Convenio o llegaron a un acuerdo con las entidades de gestión.

En todo caso, el Consejo aprecia una gran desproporción entre lo que T5 podría pagar con arreglo al Convenio y lo exigido aplicando las tarifas y como ello no puede explicarse de forma razonable, considera que ello puede ser indicio de que la tarifa de AIE es excesiva, inequitativa y discriminatoria.

14. Se alega que en las Memorias de AIE figuran derechos pendientes de repartir (por problemas de localización del artista musical) que se elevan en 2004 a 26 millones de euros y en 2005 a 33 millones de euros, que según T5 corresponden en gran parte a titulares no protegidos por el TRLPI (el plazo de reclamación prescribe a los 5 años) y demuestra el carácter inequitativo de su tarifa. En principio, el Consejo estima que la existencia de una cantidad sin repartir no implica necesariamente que las tarifas sean abusivas.

Para T5 el montante de esa partida se debe en gran medida a que AIE no puede recaudar por los artistas americanos. Señala que en el caso de los fonogramas cuyo productor sea nacional de un Estado no parte de la Convención de Roma de 1961, como es EE.UU., no está protegido por el TRLPI, por lo que la tarifa de AIE no debe recaer sobre sus interpretaciones, así como que el Tratado OMPI sobre

interpretaciones y ejecuciones de Fonogramas (WPPT) de 20 de diciembre de 1996 no se ha ratificado por España, por lo que es difícil aplicar el principio de trato nacional frente a EE.UU. que lo ha ratificado pero no reconoce el derecho de remuneración si la comunicación no se realiza por medios digitales.

En el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 38/2006 (Sección 21) de 28 de febrero, en el Recurso de Apelación núm. 36/2005 de RENFE de los Autos del juicio de menor cuantía, procedentes del Juzgado de 1ª instancia núm. 52 de Madrid (demanda de AISGE/AIE contra RENFE y otra) se declara que "...las demandantes son las únicas entidades que gestionan en España los derechos de artistas intérpretes o ejecutantes....y como ya se ha argumentado anteriormente, se acredita que tienen de la documentación presentada en esta segunda instancia legitimación activa, para reclamar por los autores norteamericanos".

AIE sostiene que representa a los artistas intérpretes o ejecutantes americanos conforme a lo dispuesto en el artículo 164 (antes 161) TRLPI y que España tiene suscrito un instrumento bilateral con EE.UU. en virtud del cual "los ciudadanos americanos disfrutan en España, sus provincias y posesiones de ultramar, en todo lo concerniente a la propiedad intelectual (artística y literaria), de los mismos derechos que los súbditos españoles" (Canje de notas de 6-15 de julio de 1895 entre los Plenipotenciarios de España y EE.UU. que está vigente y resulta de aplicación tanto a los artistas intérpretes o ejecutantes musicales como a los productores de fonogramas, señalando que en la jurisdicción civil se ha aplicado en diversas ocasiones, entre ellas, en la Sentencia de 28 de diciembre de 2005 de la sección 13ª de la AP de Madrid, recurso 72/2005).

En todo caso, no consta en el expediente documento que acredite expresamente la capacidad de AIE para reclamar los derechos correspondientes a fonogramas y grabaciones audiovisuales de artistas americanos, como sucede en el caso de AISGE que afirma que tiene un contrato con SAG (Screen Actors Guild) con objeto de hacer efectivos los derechos recaudados por AISGE, que corresponden a interpretaciones realizadas por artistas intérpretes americanos (folio 1371) estimando el Consejo que lo alegado por T5 no siendo una materia propia del ámbito del Derecho de defensa de la competencia, debe investigarse para su debido esclarecimiento, por cuanto podría ser relevante en aquel ámbito.

15. Se alega que no procede la exigencia de derechos por fonogramas y por grabación audiovisual. Sin embargo, se constata que el artículo 108 del TRLPI diferencia ambos derechos, de forma que en su apartado 2 establece que los usuarios de un fonograma publicado con fines comerciales o de una reproducción de dicho fonograma que se utilice para cualquier forma de comunicación pública, tienen la obligación de pagar una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas, entre los cuales se efectuará el reparto de la misma, y en su apartado 3 que los usuarios de las grabaciones audiovisuales que se utilicen para los actos de comunicación pública previstos en los apartados f) y g) del apartado 2 del artículo 20 de esta Ley tienen la obligación de pagar una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de grabaciones audiovisuales, entre los cuales también se efectuará el reparto de la misma. Además, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid nº 17 de 5 de septiembre de 2001 reconoció la existencia del derecho de remuneración al que hace referencia el precitado artículo 108 y su efectividad a través de AIE y AISGE. Por ello, el Consejo considera que las tarifas son independientes y remuneran derechos distintos, habiéndose establecido además legalmente en momentos diferentes, pero no tiene la información precisa a efectos de determinar si en una grabación que lleve incorporado un fonograma publicado con fines comerciales, procede la aplicación de las dos tarifas o no, esto es, si puede producirse o no un doble pago por los fonogramas, como puede suceder también en el caso de una tarifa conjunta, extremo que se estima conveniente investigar.

En definitiva, pues, este Consejo considera que AIE ha establecido una tarifa por los derechos de comunicación pública que administra que pudiera ser abusiva por el método (al basarse en el pago por disponibilidad sobre los ingresos totales del usuario) y discriminatoria e inequitativa en relación al Convenio de la FORTA, por lo que procede estimar el recurso para que se continúe la investigación sobre la base de las consideraciones expuestas.

Por lo que antecede, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia,

HA RESUELTO

PRIMERO.- Estimar el recurso formulado por D. I.C.G. en representación de GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A. (T5) contra el

Acuerdo de Sobreseimiento de 15 de enero de 2007 del Servicio de Defensa de la Competencia (el Servicio, SDC), de la denuncia contra la entidad “ARTISTAS, INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA” (AIE) por presuntas conductas contrarias al artículo 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC) y al artículo 82 del Tratado de la Unión Europea (TCE).

SEGUNDO.- Interesar de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia la continuación del expediente en base a las consideraciones contenidas en esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que ésta no agota la vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, contra la Resolución que en su día se dicte y ponga fin al expediente administrativo.