

RESOLUCIÓN (Expt 636/07, FONOGRAMAS)

CONSEJO

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

En Madrid, a 9 de diciembre de 2008

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), con la composición expresada al margen y siendo Consejero ponente D. Emilio Conde Fernández-Oliva, ha dictado la siguiente resolución en el expediente 636/07, Fonogramas, iniciado por virtud de la denuncia de D. XXX, en nombre y representación de Sogecable S.A. (SOGECABLE), Canal Satélite Digital S.L. (CSD) y Distribuidora de Televisión Digital S.A. (DTS) contra la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión (AIE) por supuestas conductas prohibidas por el artículo 6 de la Ley 16/1989 (actual artículo 2 de la Ley 15/2007) de Defensa de la Competencia (LDC) y 82 del Tratado CE, consistentes en el abuso de posición de dominio en la gestión de los derechos de propiedad intelectual, al exigir a las empresas denunciadas, por el uso de los fonogramas cuya titularidad gestionan, el pago de unas tarifas, que son manifiestamente más elevadas que las exigidas, cuanto menos, a otro operador de televisión, el Ente público Radio Televisión Española (RTVE, TVE), durante toda la década de los años noventa y hasta el año 2003.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 20 de diciembre de 2007, se recibe en la Comisión Nacional de la Competencia el Informe-Propuesta del expediente 636/07 (2732 de la Dirección de Investigación, en adelante DI) instruido contra AGEDI y AIE, por presunta existencia de conductas prohibidas por la LDC.

2. El 4 de enero de 2008, el Consejo de la CNC acuerda su admisión a trámite, nombra Consejero ponente y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 de la LDC acuerda ponerlo de manifiesto a los interesados por el plazo de 15 días que establece el artículo 40.1 de dicha Ley para que puedan proponer las pruebas que estimen necesarias y la celebración de vista.
3. El 23 de enero de 2008, se recibe escrito de la representación de AGEDI y AIE solicitando ampliación del plazo concedido.
4. El 24 de enero de 2008, se dicta Acuerdo de prórroga del plazo concedido para la propuesta de pruebas y vista por un período de 8 días hábiles a partir del último concedido.
5. El 4 de febrero de 2008, SOGECABLE, S.A., CANAL SATÉLITE DIGITAL, S.L., y DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A. (en conjunto, SOGECABLE) propusieron las pruebas que estimaron pertinentes y solicitaron la celebración de vista.
6. El 12 de febrero de 2008, AGEDI/AIE propusieron las pruebas que estimaron pertinentes y solicitaron la celebración de vista.
7. El 18 de febrero de 2008, AIE propone complementar la proposición de prueba verificada en virtud de escrito anterior y reitera la solicitud de celebración de vista.
8. El 27 de febrero de 2008, SOGECABLE propone pruebas complementarias a las solicitadas en su escrito de 4 de febrero de 2008.
9. El 14 de marzo de 2008, AGEDI/AIE solicita la ampliación del plazo concedido para cumplimentar los requerimientos contenidos en los apartados sexto y séptimo de la parte dispositiva del Acuerdo de prueba y vista.
10. El 18 de marzo de 2008, se dicta Providencia ampliando el plazo en diez días hábiles concedido a AGEDI/AIE para cumplimentar los requerimientos reseñados en el apartado anterior.
11. El 1 de abril de 2008, se recibe escrito de AGEDI/AIE cumplimentando los requerimientos hechos por la CNC en su Acuerdo de 7 de marzo de 2008, en relación a los Dictámenes presentados por esta parte como documentos 205 y 210. Además acompaña Anexo I que incluye copia del pacto transaccional alcanzado por AGEDI y AIE con Gestevisión Telecinco, S.A. para el que

solicita declaración de confidencialidad. También el 1 de abril de 2008, se recibe la contestación de ONO a las preguntas formuladas mediante el acuerdo del Consejo.

12. El 15 de abril de 2008 se dicta Acuerdo de valoración de prueba.
13. El 22 de abril de 2005, CABLEEUROPA S.A.U. (ONO) solicita ampliación del plazo fijado en el Acuerdo de 14 de abril de 2008, dictándose el 25 de abril de 2008 Acuerdo de Prórroga por el se concede un plazo adicional de 5 días hábiles a partir del último del plazo concedido.
14. El 10 de junio de 2008 se celebra la vista en la que las partes interesadas exponen sus alegaciones.
15. El 17 de julio de 2008, se procede a cumplimentar la obligación prevista en el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003 del Consejo, contestando la Comisión Europea el 21 de julio de 2008.
16. El 29 de julio de 2008 se recibe escrito presentado conjuntamente por las representaciones de AGEDI/AIE y SOGECABLE/CSD/DTS por el que se comunica haber llegado a un acuerdo el 24 de julio de 2008 para determinar la tarifas a liquidar por SOGECABLE en relación a las emisiones de CANAL PLUS, CSD, DTS y CUATRO en concepto de comunicación pública y reproducción de fonogramas. Las partes declaran su voluntad de transigir y alcanzar un acuerdo que ponga fin a todos los pleitos, demandas, procedimientos administrativos y demás acciones entabladas ante los órganos jurisdiccionales y administrativos, incluidos los de defensa de la competencia. A la vista del mismo el Consejo por Acuerdo de 18 de agosto de 2008, acuerda requerir a las partes para que aporten en el plazo de 10 días, el acuerdo firme y definitivo a que se refiere el escrito presentado el 29 de julio anterior, con una versión no confidencial, si fuese necesario para su incorporación al expediente.
17. El 3 de septiembre de 2008 se reciben escritos de los denunciantes y denunciados aportando copia del acuerdo entre las mismas de 24 de julio de 2008. La representación de SOGECABLE/CSD/DTS aporta copia del acuerdo en versión confidencial (documento 1) y no confidencial (documento 2). La representación de AGEDI/AIE aporta copia del referido acuerdo en todos sus extremos como anexo I sin solicitar que se clasifique el mismo como confidencial.

18. El 10 de octubre de 2008, se recibe escrito de CABLEEUROPA S.A.U. (ONO) en el que manifiesta que de no dárseles traslado del escrito anterior de SOGECABLE/CSD/DTS y de AGEDI/AIE podría causarles indefensión. Ello motiva un Acuerdo del Consejo de 30 de octubre de 2008 sobre la petición implícita de confidencialidad formulada por SOGECABLE y la formulada por ONO, recibándose contestación de SOGECABLE/CSD/DTS en escrito de 12 de noviembre de 2008 en el que se alega la confidencialidad por razones de que la cifra neta de negocios y de los procedimientos judiciales y/o administrativos entre AGEDI/AIE y AGEDI/AIE no afectan a ONO, que no forma parte de ninguno de ellos. Por este motivo no se resolvió sobre la confidencialidad, sin perjuicio de los pronunciamientos de esta resolución sobre la obligación de transparencia de las entidades imputadas en los procedimientos de negociación, condiciones de acceso y repertorios.
19. El Consejo deliberó y falló este expediente en los plenos de 19 de noviembre y del 3 de diciembre de 2008, encargando al Consejero ponente la redacción de la resolución.
20. Son interesados:
 - SOGEGABLE S.A. (SOGECABLE)
 - CANAL SATÉLITE DIGITAL S.L. (CSD)
 - DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL S.A.(DTS)
 - ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI).
 - ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN (AIE).
 - CABLEEUROPA S.A.U. (ONO).

HECHOS ACREDITADOS

1. AGEDI es una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual de los productores fonográficos (ámbito en el que sustituyó a la Asociación Fonográfica y Videográfica, AFYVE, que llevaba a cabo estas funciones) y AIE gestiona los derechos por la comunicación pública de fonogramas de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales. Por su parte, SOGECABLE es un operador de televisión que ha desarrollado tres proyectos televisivos diferentes: CANAL + (desaparecida como tal, continúa emitiendo dentro de la PLATAFORMA DIGITAL + como un canal de pago), CANAL SATÉLITE

DIGITAL (plataforma de televisión por satélite, en adelante CSD) que se integró con VÍA DIGITAL (DTS) para crear una sola plataforma unificada que opera bajo la marca DIGITAL + (en la que SOGECABLE centra su actividad en el campo de la televisión de pago a través de sus filiales CSD y DTS) y CUATRO, que es un canal de televisión en abierto.

2. RTVE y AFYVE suscribieron en 1986 un contrato por el que ésta autorizaba a la televisión a la utilización pública de los fonogramas publicados por sus productores asociados y a la exhibición de los vídeos musicales publicados por compañías que representaba, así como para copiar en cinta magnetofónica los fonogramas de los productores encuadrados en la entidad.

En contraprestación RTVE se comprometía a pagar anualmente unas cantidades que en conjunto para Radio Cadena Española, Radio Nacional de España y Televisión Española por fonogramas ascendía para 1985, 1986 y 1987, respectivamente a 42, 46 y 50 millones de pesetas y para Televisión Española por vídeos musicales, también en esos años, respectivamente a 8, 9 y 10 millones de pesetas (Resolución TDC 593/05). Estas cantidades se incrementarían a partir de 1987, en cada concepto, según el IPC, habiéndose pactado una renovación tácita del contrato por períodos anuales, salvo denuncia con una antelación de cuatro meses antes de finalizar su vigencia o la de sus prórrogas.

AGEDI sustituyó en 1989 a AFYVE en la gestión de los derechos de los productores fonográficos y el 29 de abril de 1993 se dirigió a TVE solicitando iniciar negociaciones para actualizar las relaciones a la situación actual, tanto jurídica como económicamente, lo que reiteró en fechas posteriores. Posteriormente, en mayo de 1994, AGEDI envió a TVE fotocopia del extracto de su tarifa general que recogía la escala gradual de aplicación de los cánones correspondientes a la comunicación pública de fonogramas y su reproducción que figuraba en sus contratos (indicaba que era la que aplicaba en los que tenía con las emisoras de TV de la FORTA), y en octubre de 1994 remitió a TVE un borrador de contrato de concesión no exclusiva para el uso de los derechos que gestionaba, proponiendo una contraprestación económica basada en un porcentaje de sus ingresos brutos, incluidas subvenciones, según el detalle siguiente (Resolución 593/05):

PROPUESTA DE CONTRATO DE AGEDI DE 1994 RELATIVA A PAGOS DE TVE POR EL USO DE FONOGRAMAS

-% sobre ingresos brutos anuales-

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

Fuente: AGEDI

Dado que TVE no lo aceptó y mantuvo el contrato de 1986, pagó a los productores de fonogramas por el uso de los derechos de comunicación pública y reproducción de los fonogramas en los dos canales de televisión desde 1985 a 2002 inclusive un total de 459.856.475 pesetas, equivalentes a 2.759.750 euros (Resolución 593/05).

En enero de 2002, el presidente de AGEDI volvió a dirigirse a TVE indicándole que el contrato de 1986 no tenía encaje en el vigente marco normativo, por lo que la utilización de fonogramas por parte de TVE no estaba autorizada y resultaba urgente regularizar esta situación suscribiendo un nuevo contrato.

En junio de 2002, el presidente de AGEDI aunque ahora en su calidad de presidente de AFYVE, comunicó a TVE la rescisión del contrato de 1986 con efectos desde el 31 de diciembre de 2002, por lo que a partir del 1 de enero siguiente estimaba que la televisión no tenía autorización para utilizar los fonogramas de sus asociados, salvo que se concertara contrato de autorización con AGEDI o bien, conforme al artículo 157.2 de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), pagaran bajo reserva o consignaran a favor de esta entidad de gestión el importe de sus tarifas generales a partir del 1 de enero de 2003.

3. Al no ponerse de acuerdo AGEDI con A3-TV (A3) y T5-TV (T5) sobre las cantidades a pagar por la utilización de grabaciones fonográficas firmaron un compromiso de arbitraje el 15 de octubre de 2001. Posteriormente, en mayo de 2002, A3 tuvo conocimiento del contrato de 1986 entre AGEDI y RTVE constatando que se le exigían unas tarifas que multiplicaban casi por diez las exigidas a RTVE.

En noviembre de 2002, AGEDI solicitó la intervención de la Comisión Mediadora Arbitral de la Propiedad Intelectual (actualmente, CPI) para que iniciara el procedimiento previsto en el Real Decreto 479/1989, pero al entender ésta que era requisito necesario el sometimiento expreso y voluntario de las partes a la Comisión y dado que ni A3 ni T5 habían admitido la solicitud de AGEDI, no intervino.

AGEDI interpuso una demanda contra A3 ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Alcobendas, que dictó Sentencia el 14 de mayo de 2004 condenando a la demandada a suspender la utilización de los fonogramas hasta que lo autorizara la entidad de gestión y al pago a ésta de 18.552.177 euros, más los impuestos correspondientes. En el Fundamento de Derecho tercero se recogía la eficacia de las tarifas generales en defecto de acuerdo entre las partes (Sentencia del TS de 18 de marzo de 1990, criterio que también mantenía la Audiencia Provincial de Madrid) y se declaraba que las “tarifas que se aplican a RTVE no podrían ser en ningún caso iguales a las de ANTENA 3 al tratarse de entidades distintas, la primera un ente público que obtiene sus fondos, parte por las subvenciones estatales y otras por publicidad, y ANTENA 3 ente privado cuyos ingresos fundamentales son obtenidos por la publicidad, debiéndose estimar la demanda íntegramente, toda vez que a lo largo de la dilatada negociación AGEDI aplicó las tarifas generales ante la falta de acuerdo (...)”.

4. Con T5 los hechos son paralelos a los recogidos para A3 dictándose Sentencia por el Juzgado de Primera Instancia nº 41 de Madrid que condenaba en este caso al pago de 17.717.399 euros, IVA incluido, y en cuyo Fundamento de Derecho sexto se hace referencia a las dudas que surgen en torno a la remuneración equitativa a la que alude el artículo 116.2 LPI “en relación con las tarifas generales aplicadas para el cálculo de la indemnización, (...) toda vez que la controversia que se mantiene respecto al valor real de la utilización efectiva de los derechos de reproducción de productos fonográficos, que de acuerdo con las máximas de la experiencia no alcanzaría la desorbitada cifra resultante de la aplicación de las indicadas Tarifas (...)”. AGEDI/AIE ha aportado en el periodo de prueba copia del pacto

transaccional alcanzado con T5 con objeto de transar las diferencias entre las partes por el período de 1990-2008, que implica un apartamiento de las acciones judiciales en curso y la renuncia definitiva a plantear reclamación judicial futura por ese período.

5. El TDC en su resolución 593/05 declara acreditada la realización de una conducta prohibida por los artículos 6 LDC y 82 TE, por haber explotado AGEDI abusivamente su posición dominante en los derechos de la propiedad intelectual que gestiona, al aplicar para el uso de su repertorio condiciones desiguales para prestaciones equivalente que suponen una discriminación para A3 y T5 frente a Televisión Española durante los años 1990 a 2002. En sus Fundamentos de Derecho, el Tribunal declara no acreditado que AGEDI estableciera tarifas generales abusivas en comparación con las de otras entidades de gestión europeas, que el sistema de pago por disponibilidad (calculado como porcentaje de los ingresos por publicidad) fuera contrario a la competencia, aunque estimaba deseable que las tarifas generales recayeran fundamentalmente sobre uso real de los fonogramas, y que las cantidades pagadas desde 1990 a 2002 por TVE a AGEDI eran inferiores alrededor de seis veces, en términos relativos, a las exigidas por la misma prestación a A3 y T5.
6. Las entidades de gestión están obligadas a hacer efectivos los derechos a una remuneración equitativa y a establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio y a comunicarla al Ministerio de Cultura, lo que AGEDI y AIE hicieron el 20 de enero de 2004 con una Tarifa General Única. En 2007, las Tarifas Generales por la comunicación pública de fonogramas difieren para los diferentes tipos de radiodifusión, siendo en el caso de los operadores con oferta multicanal del 0,370% (0,1887% AGEDI y 0,1813% AIE) sobre el importe total de los ingresos brutos mensuales de la entidad usuaria, porcentajes que se alcanzarían en el año 2015 partiendo en el ejercicio 2004 de un porcentaje del 0,3030% (0,15453% AGEDI y 0,14847% AIE).
7. Inicialmente AGEDI había encomendado a Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) la contratación y administración del derecho de comunicación pública de los fonogramas. En 1993 no fue posible la suscripción de un contrato con CANAL + por condicionar dicho contrato a un acuerdo sobre vídeos musicales, circunstancia que, aunque al parecer luego fue resuelta, no permitió a SGAE en 1994 concertar contrato alguno por declinar CANAL + su suscripción dada la ínfima utilización que efectuaba de

los soportes sonoros en sus emisiones (su pretensión era negociar un contrato por utilización singular de cada soporte).

En julio de 1997, AGEDI al estimar que las negociaciones para uso de fonogramas y vídeos musicales estaban cerca de finalizar, autorizó a CSD el uso de su repertorio, congratulándose por carta de 30 de julio siguiente el haber alcanzado un acuerdo, a la que contestó SOGECABLE el día siguiente indicando que en relación a las cadenas de audio, tema que considera distinto de los videoclips, la negociación debía continuar.

Después de una serie de comunicaciones a partir de 1997, VIA DIGITAL no llegó a un acuerdo con AGEDI sobre las condiciones de utilización de fonogramas en sus emisiones, a pesar de la insistencia de la entidad de gestión. En mayo de 1998, AGEDI remite un escrito a CSD comunicándole la necesidad de retomar las negociaciones para la firma del contrato que ampare el uso de sus fonogramas, y después de varias comunicaciones, en enero de 1999, AGEDI se dirige a CANAL + afirmando que se usan sus derechos sin pagar por ello, por lo le que le invita a regularizar la situación, a lo que responde la televisión por carta en el mes de febrero siguiente, en la que afirma que no tiene constancia de la reclamación y solicita detalle de su fundamentación jurídica.

En marzo de 2001, la Sala Tercera del Tribunal Supremo declaró que los productores de fonogramas tienen el derecho exclusivo a autorizar la comunicación pública de éstos y de sus copias, lo que AGEDI comunica a CSD y a SOGECABLE (CANAL +) recordándoles la necesidad de suscribir un contrato para el uso de su repertorio, a lo que contestan alegando no haber recibido comunicación de forma fehaciente y proponiendo SOGECABLE una reunión sobre el tema.

AGEDI que en abril de 2001 planteó la posible mediación de la CPI, a la vez que comunicó que el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Majadahonda, había acordado la adopción de medidas cautelares contra VIA DIGITAL, consistente en la orden de cesación de la actividad de comunicación pública de vídeos musicales, a lo que responde ésta que no descarta el recurso al arbitraje, aunque existen otros mecanismos como el judicial o las autoridades de competencia. Ante las solicitudes de AGEDI de que se regularizase la situación de la utilización de fonogramas, VIA DIGITAL solicitó en diciembre de 2001 copia de las tarifas generales de la entidad de gestión e información sobre sus contratos con otros usuarios y en mayo de 2002 AGEDI cuantificó su deuda para el periodo de 1997 a 2001, de acuerdo con sus tarifas

generales, en 5.862.271,01 euros más IVA. Por otra parte, AGEDI en su demanda ante el referido Juzgado reclamaba por la utilización de los derechos que gestionaba 6.126.202,26 euros más IVA, cantidad que según informe pericial aportado por las denunciadas se cifra, para el período 1990-2002, ambos inclusive, en 6.130.839,17 euros.

En mayo de 2002, SOGECABLE se suma a las negociaciones de AGEDI con A3 y T5, aunque según la entidad de gestión se cuestiona el derecho negociado y solicita que se especifiquen los conceptos e importes que se reclaman, lo que AGEDI cumplimenta detallando los conceptos pendientes de regularizar por CSD y CANAL PLUS y su importe por aplicación de las Tarifas Generales comunicadas al Ministerio de Cultura.

En el escrito a CSD (folio 879) cuantifica la deuda hasta el 31 de diciembre de 2001 por la comunicación pública y utilización de fonogramas, sin incluir intereses ni IVA en 10.430.900,96 euros (6.914.562,52 por los canales temáticos musicales de audio y 3.516.338,44 por los demás canales) y en el caso de SOGECABLE (folio 884) por CANAL + también sin IVA ni intereses en 15.757.953,26 euros. CSD en su escrito de respuesta solicita que se le indiquen las modalidades del uso de fonogramas que requieren autorización, mientras que SOGECABLE cuestiona la rigurosidad y coherencia de los cálculos.

Por otra parte, AGEDI cuantifica la deuda de Vía Digital (DTS) hasta diciembre de 2001 (folio 1409) en 5.862.271,01 euros (4.087.214,24 por canales temáticos y 1.775.056,77 por los no temáticos).

En octubre de 2002, AGEDI convoca a CSD y SOGECABLE (refiriéndose a CANAL + en el texto) a una reunión, sugiriendo en la carta a SOGECABLE, por primera vez, según AGEDI en su escrito de alegaciones, acudir a la Comisión Mediadora y Arbitral de Propiedad Intelectual (CPI), si antes del 31 de enero de 2003 no habían alcanzado ningún acuerdo.

En julio de 2003, AGEDI remite comunicación a SOGECABLE y CSD para que fuera la CPI quién diera solución a las diferencias entre las partes, afirmando que en el caso de que la respuesta fuera negativa solicitaría el amparo de los tribunales de justicia, a lo que responde SOGECABLE expresando que a su juicio las negociaciones no están bloqueadas y su deseo de alcanzar una solución inmediata. En noviembre de 2003 propone a SOGECABLE establecer un marco para el desarrollo de las negociaciones y fijar un plazo de cuatro meses para alcanzar un acuerdo, y que en caso de no

lograrse, someter el conflicto a la CMAPI. En diciembre de 2003 todavía no se ha alcanzado ningún acuerdo en las negociaciones, afirmando SOGECABLE que por primera vez ha estado presente AIE en las mismas (el 14 de julio de 2003 habían llegado a un acuerdo AGEDI y AIE y el 20 de enero de 2004, notificaron una tarifa única para las dos entidades para el derecho de comunicación pública de los fonogramas).

El 9 de julio de 2004, AGEDI y AIE remiten a SOGECABLE una oferta contractual (que no incluía los canales automáticos de audio) con dos posibilidades de pago, una en función de la Tarifa General (a la que se aplican unos coeficientes entre 0,25 y 1, dependiendo del tipo de canal de la emisora) y otra, expresada como un importe fijo por abonado y mes (en el caso de CANAL +, 0,065 euros por comunicación pública y 0,023 euros por reproducción instrumental; en el de Digital + 0,10 euros por comunicación pública y 0,0172 euros por reproducción instrumental) a la que se aplican bonificaciones en función del número de abonados (que varían entre el 5% a partir de 100.000 abonados y llegan al 25% a partir de 1.400.000 abonados), y a finales de diciembre de 2004 insisten en la necesidad de limitar temporalmente los contactos y negociaciones. En la oferta, no es posible cuantificar los pagos correspondientes a la primera opción de pago, ya que no se especifica como se asignan los ingresos de DIGITAL + entre los diferentes canales que componen la plataforma, por lo que a efectos de cálculo sólo puede utilizarse la segunda opción.

En enero de 2005 SOGECABLE declara su reciente conocimiento de las condiciones ofrecidas en su momento por AGEDI a TVE, por lo que realiza una propuesta contractual alternativa considerando más fácil alcanzar un acuerdo si la entidad de gestión aplica condiciones equivalentes a SOGECABLE y CSD (extensivo en aras de la transparencia a CANAL + y DIGITAL +), proponiendo un borrador de contrato alternativo que, para DIGITAL + se basarían en la aplicación de coeficientes (iguales o menores a 1) a los tipos que recaen sobre la base de ingresos imputados en función del tipo de canal.

AGEDI/AIE contestan por carta de 17 de febrero de 2005 rechazando lo manifestado por SOGECABLE respecto a lo excesivo de las condiciones ofrecidas por AGEDI y oponiéndose con rotundidad a que el contrato suscrito en 1986 entre AFYVE y RTVE pudiera servir como modelo para establecer sus relaciones contractuales (por considerar que el mismo se enmarca en un contexto jurídico y económico diferente al en ese momento existente y por considerar que prácticamente durante su existencia ha respondido a una

situación residual y excepcional), así como manifestando su disposición a contemplar alternativas, aunque no a utilizar sólo cláusulas o condiciones de diversas relaciones contractuales que, aisladamente consideradas, resultasen más favorables para SOGECABLE.

Cabe señalar que en ningún momento AGEDI informó a los denunciantes, hasta que éstos se lo hicieron saber, que TVE había realizado entre 1990-2002 pagos fijos anuales (esto es, que había un contrato con TVE) y que estos pagos fueron inferiores a los que hubieran resultado por la aplicación de las tarifas generales. Además rechazaron aplicar a las denunciantes un pago equiparable a pesar de haberlo solicitado a las denunciadas.

En abril 2005, AGEDI/AIE realizó una nueva oferta, sobre la base de una cantidad a tanto alzado por abonado y mes, que según los denunciantes era la más económica de las hasta entonces recibidas y cuantificaban la deuda en euros, aparte de IVA, en 4.901.054 para CSD, en 3.737.127 para DTS y en 8.736.893 para CANAL +. En el cuadro siguiente se detalla un resumen de las ofertas de pago hechas por AGEDI/AIE a los denunciantes así como los importes de las demandas judiciales:

Ofertas de pago de AGEDI/AIE a las denunciantes y los importes de las demandas judiciales (entre paréntesis comparación de la cifra con los pagos absolutos o respecto ingresos de TVE)						
	Oferta de AGEDI/AIE Abril 2005	Porcentaje sobre ingresos	Oferta de 29 de mayo 2002	Porcentaje sobre ingresos	Demandas judiciales	Porcentaje sobre ingresos
CSD	4.901.054 (432%)	0,18% (555%)	10.430.901 (920%)	0,38% (1181%)	11.743.589 (1036%)	0,43% (1330%)
DTS	3.707.127 (327%)	0,36% (1106%)	5.862.271 (517%)	0,57% (1749%)	6.130.839 (541%)	0,60% (1829%)
C+	8.736.893 (399%)	0,18% (617%)	15.757.953 (719%)	0,33% (1113%)	15.124.065 (690%)	0,31% (1068%)

Fuente: Elaboración propia a partir de datos aportados por las partes y de Expte. 2523/04.

Las ofertas de abril de 2005 a CSD, DTS y C+ (SOGECABLE), en términos absolutos serían entre 3,3 y 4,3 veces superiores a las cantidades pagadas a TVE, mientras que las ofertas de 29 de mayo de 2002 entre 5,1 y 9,2 y los importes de las demandas judiciales entre 5,4 y 10,3 veces superiores.

Expresadas en términos porcentuales sobre los ingresos de explotación (publicitarios en el caso de TVE, utilizando los datos del expediente 2523/04, las ofertas de abril de 2005 de AGEDI/AIE a los denunciados serían entre 5,5 y 11 veces superiores a los pagos de TVE, las de mayo de 2002 entre 11,1 y 17,4 veces y las cantidades demandadas judicialmente, entre 10,6 y 18,2 veces.

Después de varios contactos y comunicaciones en 2005 se considera la posibilidad de someterse al arbitraje de la CPI, lo que se rechaza por SOGECABLE en escrito de febrero de 2006 dirigido a dicha Comisión por su desacuerdo en los términos en que AGEDI/AIE han formulado su solicitud de intervención, proponiendo a su vez un arbitraje diferente, consistente entre otros extremos, en que el arbitraje tuviera en cuenta la resolución que en su día dicte el Tribunal de Defensa de la Competencia en el expediente 593/05, lo que se rechaza a su vez por AGEDI/AIE aduciendo la imposibilidad por su parte de someterse al arbitraje con el efecto excluyente propuesto por SOGECABLE.

En septiembre de 2005 se dictó sentencia favorable a AGEDI, declarada firme por la sección 28 (Mercantil) de la Audiencia Provincial de Madrid, en Auto de abril de 2006, por la que se condenó a VIA DIGITAL a no utilizar el repertorio de la entidad de gestión hasta que se le autorizase y a indemnizar en la cantidad que resultase en la ejecución de la sentencia por aplicación de las tarifas generales.

En marzo de 2006, AGEDI/AIE demandaron a SOGECABLE y CSD ante el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid (a la que las demandadas contestaron planteando una demanda reconvencional imputando a las entidades gestoras un abuso de posición de dominio por las razones que sustentan la denuncia que origina este expediente sancionador), reclamando en base a la aplicación desde 1990 hasta diciembre de 2004 las tarifas generales un total de 38.773.160,12 más IVA (...) por CANAL SATÉLITE, DIGITAL PLUS y CANAL +.

Después de la Resolución del TDC de 13 de julio de 2006 (Exp. 593/05) que condenó a AGEDI por abuso de posición de dominio al aplicar por el uso de su repertorio condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que suponen discriminación para A3 y T5, SOGECABLE dirigió escrito a AGEDI en julio de 2006 solicitando la aplicación de las mismas condiciones de TVE durante el período 1990-2002, así como que se desista de aplicar las tarifas

generales como base para el cálculo de la cantidad reclamada en el Juzgado de lo Mercantil y comuniquen las condiciones contractuales que pudieran tener con cualquier otra televisión.

AGEDI/AIE contestaron por escrito de 28 de julio de 2006, manifestando que la Resolución del TDC no era firme y que ni CANAL + ni DIGITAL + figuraban en su parte dispositiva, oponiéndose además a la aplicación de las condiciones del contrato suscrito en 1986 para CSD y CANAL + e invitando a que fuera la CPI quién dirimiera las diferencias. Adicionalmente resaltaban que CANAL + y DIGITAL + compiten en mercado distinto (televisión de pago) al que lo hacen A3, T5 y TVE.

En octubre de 2006 insistió SOGECABLE en su petición de que se aplicaran las mismas condiciones a CANAL + y DIGITAL +, a lo que nuevamente se opusieron las entidades gestoras que volvieron a insistir que fuera la CPI quien determinara la relación contractual.

8. Después de diversas comunicaciones entre AGEDI/AIE y CANAL CUATRO y al no constar la existencia de acuerdo, las entidades de gestión remitieron en noviembre de 2006 una propuesta económica y unas tarifas a aplicar, indicando que en caso de que no se llegara a un acuerdo tras una fecha a acordar entre las partes, podrían acudir de común acuerdo a la CPI.
9. En marzo de 2007, SOGECABLE, CSD y DTS denuncian al SDC la existencia de una discriminación en su contra en relación a otros operadores de televisión, que podrían recibir ofertas por AGEDI/AIE de 0,03 euros por abonado/mes (lo que se constata en junio al complementarse la denuncia por la aportación de contratos suscritos por las entidades de gestión con otros operadores de televisión por cable) para canales no audio, más beneficiosas que las ofrecidas a CSD y DTS de 0,117 euros por abonado/mes (divididas en 0,10 por comunicación pública y 0,0172 por reproducción instrumental). Las denunciantes resaltan las diferencias entre los 38.773.160,12 euros reclamados por AGEDI/AIE y los 9.744.316 euros que se deducirían aplicando 0,03 por abonado/mes.

A solicitud del SDC, en junio de 2007, AGEDI/AIE comunican que de las televisiones de ámbito nacional que no emiten la totalidad de su programación en abierto, sólo se ha suscrito contrato con CABLEEUROPA S.A.U. (ONO), con una tarifa pactada de 0,03 euros abonado/mes en canales no temáticos audio, igual que la oferta realizada a IMAGENIO, y que las ofertas realizadas a DIGITAL + y CANAL + fueron, respectivamente de 0,10 y

0,06 euros abonado/mes. Según afirman la base para la confección de las ofertas fueron los ingresos de explotación (los abonados y además para CANAL + una pequeña parte de publicidad). En el caso de ONO, aún partiendo de los ingresos de explotación, el contrato se concretó en una cantidad a tanto alzado por abonado/mes actualizable según el IPC, la cual se calculó a partir del precio/ingreso medio por abonado/mes del servicio de televisión de ONO (y de IMAGENIO, CANAL + y DIGITAL +) al que se aplicó el tipo de la tarifa general (en 2005, el 0,303% y 0,0106, respectivamente, para comunicación pública y para reproducción). A requerimiento de AGEDI/AIE, ONO ha contestado que en 2004 comercializaba servicios de TV, teléfono e Internet utilizando su propia red, pudiendo los clientes comprarlos todos conjunta o separadamente, si bien el 95% de sus abonados estaban suscritos a un paquete con otro producto, recibiendo sólo el 5% únicamente el servicio de TV.

Para AGEDI, la diferencia entre las tarifas ofrecidas y la contratada en el caso de ONO se debe a que:

- ONO hizo ver que la televisión era el producto de más difícil comercialización de su paquete (que incluía además teléfono e Internet) y que la mayoría de sus abonados a televisión lo estaban al resto de sus productos, por lo que el precio medio por abonado a la televisión no se correspondía con el del servicio de televisión por separado, sino con uno inferior, base sobre la que se había estimado el precio medio mensual por abonado.
- ONO sólo comunica al público (no reproduce) por lo que se tuvo en cuenta esto en el cálculo del canon a tanto alzado.
- CANAL + y DIGITAL + sólo comercializan televisión, siendo comprobable que el ingreso/precio medio por abonado en relación al de ONO era, respectivamente, alrededor del triple y el doble, por lo que la cantidad a tanto alzado por abonado/mes en 2004, por comunicación pública, para DIGITAL + se fijó en 0,10 euros, para CANAL + en 0,065 euros y para ONO en 0,03 euros (en el escrito de AGEDI se cifra en 0,3, se supone que por error).
- Ni ONO ni IMAGENIO tenían en 2004 ingresos por publicidad, mientras que sí los tenía SOGECABLE, aunque fuera en pequeñísima proporción.

- ONO tiene unos gastos de cableado que no recaen sobre DIGITAL + o CANAL +, con independencia de que con ONO se pactó un canon para los canales temáticos de audio que no existía en la oferta a DIGITAL +.

AGEDI/AIE señalan que la oferta a SOGECABLE (era anterior a la de ONO) sólo era una primera propuesta y que, si se hubiera demostrado que los ingresos medios estimados por AGEDI eran superiores a los reales, probablemente se habría determinado una cantidad distinta.

En respuesta a una solicitud de información del SDC, los denunciante en escrito de 18 de septiembre de 2007 resumen la deuda reclamada judicialmente desde 1990 a 2002 (folio 2059), a efectos de poder comparar dichas cifras con las pagadas por TVE, en 11.743.589,80 y 15.124.065,83 euros, respectivamente, por CSD y SOGECABLE (CANAL +).

Las denunciadas consideran que la oferta más económica realizada a los denunciante tuvo lugar en febrero de 2007, en el marco del proceso seguido en el Juzgado Mercantil 7, al ofrecerse a SOGECABLE el día 12 transar el litigio si ésta junto a CSD por el período de 1990-2006 ambos inclusive, abonaban a las entidades de gestión 35.000.000 de euros, cantidad luego rebajada el día 28 a 25.000.000 de euros. Por su parte, SOGECABLE ofreció el pago de 9.580.000 euros por el mismo período, sin que se llegara a ningún acuerdo.

10. El 29 de julio de 2008 se recibe escrito presentado conjuntamente por las representaciones de AGEDI/AIE y SOGECABLE/CSD/DTS por el que se solicita que el Consejo tenga constancia de la reciente suscripción de un acuerdo de mínimos de fecha 24 de julio de 2008 para determinar las tarifas a liquidar por SOGECABLE en relación a las emisiones de CANAL PLUS, CSD, DTS y CUATRO en concepto de comunicación pública y reproducción de fonogramas entre las denunciante y las denunciadas que pone fin de modo firme y definitivo a las diferencias que dieron origen a este procedimiento administrativo sancionador. El precitado acuerdo alcanza tanto al período 1990-2008, como a las condiciones económicas que regirán en el período 2009-2015, declarando las partes su voluntad de transigir y alcanzar un acuerdo que ponga fin a todos los pleitos, demandas, procedimientos administrativos y demás acciones entabladas ante los órganos jurisdiccionales y administrativos, incluidos los de defensa de la competencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por la que se crea la CNC y declara extinguidos el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia. La Disposición Transitoria Primera, en su número 1, dispone que los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio.
2. Entre otros artículos de la LPI, son relevantes a efectos de este expediente, los artículos 115 y 116.1 que establecen que el productor de fonogramas tiene el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de sus fonogramas y su reproducción; el artículo 108.1 que declara que corresponde al artista intérprete o ejecutante el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de las fijaciones de sus actuaciones; los artículos 108.4 y 116.2 relativos a 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 obligación de pagar una remuneración equitativa y única a los productores de fonogramas y a los artistas intérpretes o ejecutantes, entre los cuales se efectuará el reparto de aquélla; el artículo 157 que obliga a las entidades de gestión a establecer tarifas generales y el 159.3 que dispone su notificación al Ministerio de Cultura, y el artículo 158 relativo a la Comisión de la Propiedad Intelectual (CPI) con funciones de arbitraje para solucionar los conflictos, previo sometimiento de las partes.
3. La DI propone que de lo actuado en el presente expediente se declare que la AGEDI y AIE han infringido el artículo 6.2 d) de la LDC y el artículo 82 c) del Tratado CE al reclamar a SOGECABLE (CANAL PLUS), DTS y CSD contraprestaciones económicas sustancialmente superiores a las reclamadas a TVE y ONO por prestaciones equivalentes, consistentes en el uso que estas emisoras de televisión hacen de los fonogramas gestionados por las indicadas entidades de gestión. Adicionalmente considera que dicha conducta podría resultar amplificada, desde el momento en que se aplique la Resolución 593/05 del TDC, al producirse también una discriminación frente a ANTENA3 TV y TELECINCO o si se formaliza por contrato la oferta realizada a IMAGENIO. La DI considera que AGEDI y AIE han llevado una práctica de discriminación de precios desde una posición de dominio en el mercado lo que ha ocasionado desventajas anticompetitivas a terceros contratantes, por lo que tal discriminación de precios constituye un abuso de posición de

dominio. Además propone al Consejo que se intime a dichas entidades de gestión para que se abstengan en lo sucesivo de realizar prácticas semejantes y se adopten los demás pronunciamientos previstos en el artículo 46 LDC. Por tanto, el Consejo ha de resolver sobre si la conducta imputada por la DI en su propuesta es contraria o no a la LDC.

4. La constatación de una infracción de la prohibición de abuso de posición dominante requiere, en primer término, la delimitación del mercado o mercados relevantes como paso previo y necesario para establecer si la empresa imputada es efectivamente dominante y, en su caso, analizar posteriormente si ha abusado de esa situación de poder de mercado.

La DI considera que el mercado relevante o de referencia en este expediente es el de gestión de los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales en España. Esta definición del mercado relevante, que no ha sido fundamentalmente combatida por las imputadas, es congruente con los precedentes resueltos por el TDC en este sector. En particular, en la Resolución de 13 de julio de 2006, Expte 593/05 *Televisiones*, el TDC confirmó la delimitación del mercado de referencia realizada por el SDC en el marco de su expediente 2523/04, como aquél de “gestión de los derechos de propiedad intelectual (comunicación pública) de los productores de fonogramas en España”. Más recientemente, y en relación con AIE la Resolución de 4 de febrero de 2008, Expte. R 714/07, *Telecinco/AIE*, fija como mercado relevante el de gestión de los derechos de propiedad intelectual de artistas intérpretes o ejecutantes musicales por la comunicación pública de fonogramas y grabaciones audiovisuales en España.

5. Delimitado el mercado, procede examinar si las imputadas ostentan posición de dominio en el mismo. La DI, con cita de la referenciada Resolución del TDC en el Expediente 593/05, considera que AGEDI y AIE se encuentran en una evidente posición de dominio, prácticamente de monopolio, en el mercado de referencia. De acuerdo con los precedentes (en especial, la Resolución del TDC de 27 de julio de 2000, Expte. 593/05, *Propiedad Intelectual Audiovisual*) y conforme a la normativa de propiedad intelectual (en especial, arts. 108 y 116 LPI) AGEDI y AIE ostentan una posición de dominio conjunta en el mercado considerado.

AGEDI y AIE han alegado ante la DI que su probada disposición a que las condiciones contractuales por la utilización de fonogramas fuesen fijadas mediante arbitraje de la CMAPI o CPI habría tenido como efecto que

“renunciaron a la posición de dominio que en su condición de ser la únicas entidades de gestión de fonogramas comerciales y de las interpretaciones fijadas en ellos les otorgaba al estar dispuestas a que un tercero imparcial dispusiera del precio del producto que gestionan”. En la Vista del expediente ante el Consejo, las entidades de gestión han reiterado que esa plena disposición a que el precio del *input* lo disponga un tercero imparcial (la CPI) tendría como consecuencia, por una parte, la renuncia de AGEDI y AIE a la ventaja que configura la posición de dominio que ostentan y, por otra, que Sogecable tendría garantizada una alternativa real a cualquier oferta de AGEDI/AIE, concluyendo entonces que no es posible abusar de aquello (la posición de dominio) a lo que se ha renunciado.

Coincidiendo con la DI, el Consejo considera que no es posible la renuncia a situaciones fácticas o de hecho como el dominio por uno o varios operadores de un mercado determinado. Por ello, a juicio del Consejo es correcta la apreciación de la DI de que la iniciativa de AGEDI y AIE de acudir a la CPI – ante la negativa de alcanzar un acuerdo con las denunciantes- no es incompatible con el hecho de que estuvieran realizando una práctica anticompetitiva, que ha tenido lugar por no haber ofrecido a las denunciantes unas condiciones equiparables sino marcadamente menos ventajosas que a TVE, independientemente de que, en caso de haber progresado la iniciativa de arbitraje, la CPI hubiera podido tener en cuenta los argumentos de las denunciantes. En este sentido y a tenor de lo dispuesto por el artículo 20.4.g) LPI, se podría considerar que la inicial ocultación a las denunciantes del contrato con TVE y la posterior negativa a aplicar condiciones equiparables o similares a las que resultan del mismo, constituye por parte de AGEDI y AIE una conducta de “abuso de su posición negociadora”, que ha obstaculizado sin justificación válida las negociaciones, en cuyo caso -afirma el precepto- se aplicará la Ley de Defensa de la Competencia.

A mayor abundamiento, siendo cierto que AGEDI y AIE se han sometido voluntariamente a arbitraje de la CPI, no lo es menos que tal conducta se realiza desde una posición no de dominio sino de monopolio, jurídicamente reforzada por la legislación de propiedad intelectual, que entre otros privilegios, les concede la facultad/obligación de fijar unilateralmente tarifas generales por el uso de los derechos gestionados sin sujetarse a ningún criterio o pauta objetiva, y sin estar sujeta a control o supervisión más que la que pueden ejercer ex post los tribunales y las autoridades de competencia dentro del ámbito de sus respectivas competencias y en el marco de un concreto conflicto. En efecto, conforme a la LPI, la negociación entre las entidades de gestión y los usuarios se configura como el mecanismo

ordinario, tanto del derecho de remuneración equitativa (arts. 108.6 y 116.3) como de la remuneración razonable por la autorización no exclusiva para el uso de los derechos de propiedad intelectual que administran (art 157.1.a) partiendo de las tarifas generales previamente comunicadas, al Ministerio de Cultura, que no impone límites ni obliga a que se ajuste a un tipo de contabilidad específica (grupo 9), como sucede en otros sectores regulados. En opinión del Consejo, ello dificulta en exceso el control del carácter equitativo de la remuneración exigida por la entidad de gestión en cada caso al tiempo que (y esto es lo más importante en el expediente) distorsiona esa naturaleza supletoria o sustitutiva de las tarifas generales, en tanto que genera una clara asimetría de poder entre las partes negociadoras a favor de la entidad de gestión, y reduce los incentivos que ésta puede tener a alcanzar un acuerdo, puesto que se le reconoce el derecho a exigir coactivamente a través de los tribunales (sede en la que disfrutan de un status procesal privilegiado conforme al artículo 150 LPI) el pago de un precio fijado unilateralmente y sin más límite que el que se deriva de los conceptos jurídicos indeterminados de la equidad o razonabilidad de la remuneración.

Sentado lo anterior, e incluso aceptando en hipótesis que la voluntad unilateral de AGEDI y AIE de sometimiento a arbitraje de la CPI pudiera constituir –en el plano antitrust– una renuncia al ejercicio del poder de negociación que le concede su posición dominante (y refuerza la legislación de propiedad intelectual), el Consejo aprecia y considera que tal conducta de AGEDI y AIE no sería suficiente por sí misma para que se produjese una renuncia efectiva a fijar las condiciones de acceso y uso de los derechos de propiedad intelectual que gestiona. Y no lo sería porque para que la CPI pueda actuar en funciones de arbitraje (fijando las condiciones de acceso al *input*) la LPI exige el “previo consentimiento de las partes” (art. 158,2.a), esto es, el arbitraje y, por tanto, la renuncia a imponer unilateralmente un precio no tiene lugar materialmente si las partes no acuerdan, previamente, los términos del mismo. En el caso que nos ocupa, Sogecable no se negó a que la CPI fijase en funciones de arbitraje las condiciones de acceso al repertorio de derechos gestionado por AGEDI y AIE, pero como las partes no llegaron a un acuerdo sobre los términos concretos del mismo (A.H. 7º), el intento de arbitraje fracasó y, por ello, tampoco se podría aceptar que la voluntad unilateralmente manifestada de AGEDI y AIE de someterse a arbitraje de la CPI tenga, en el ámbito de la defensa de la competencia, como efecto bien la renuncia efectiva a la misma posición de dominio o bien de la imposibilidad de incurrir en una conducta abusiva de tal dominio del mercado.

Dentro de este ejercicio hipotético no resulta irrelevante poner de manifiesto que en los cerca ya de 20 años de vida de la CMAPI o CPI (RD 479/1989, de 5 de mayo, por el que se regula su composición y procedimiento de actuación), aunque le han llegado algunos conflictos entre entidades de gestión y usuarios, nunca se ha producido un pronunciamiento de fondo ni, en consecuencia, ha arbitrado o mediado en ningún conflicto de esta u otra naturaleza. Esta inoperancia o fracaso de la CPI en el cumplimiento de los fines para las que fue creada responde, a juicio de la doctrina especializada, tanto no sólo a defectos de configuración como a la falta de interés o confianza de sus potenciales destinatarios, que más bien la han utilizado como instrumento para proveerse de documentos o credenciales de buena fe negociadora para presentarlas luego en otras instancias, judiciales o en esta sede de defensa de la competencia, a las que unos y otros han confiado tradicionalmente la solución del conflicto.

6. La DI propone a este Consejo que declare que AGEDI y AIE han infringido el artículo 6.2. d) de la LDC y el artículo 82 c) del Tratado CE al reclamar a SOGECABLE (CANAL PLUS), CDS y DTS contraprestaciones económicas sustancialmente superiores a las reclamadas a TVE y ONO por prestaciones equivalentes consistentes en el uso que estas emisoras de televisión hacen de los fonogramas gestionados por las indicadas entidades de gestión.

No obstante, en diversas partes del Informe Propuesta la DI señala que son la ocultación inicial del contrato de TVE y la falta de ofrecimiento de condiciones equiparables posteriormente, los hechos que determinan la conducta discriminatoria, en este caso frente a TVE, constituyendo ambos hechos una discriminación que infringe *per se* el artículo 6 LDC. Esto es, parece que a juicio de la DI, la ocultación inicial del previo contrato con TVE constituye la condición necesaria para que se pueda producir la conducta discriminatoria propiamente dicha. De hecho, en el expediente 593/05, el SDC propuso al TDC que declarase la existencia de un abuso de posición de dominio por parte de AGEDI que se habría materializado en la “ocultación a A3-TV y T5-TV del contrato de AFYVE-RTVE para la utilización por TVE de los fonogramas del repertorio de AGEDI que estuvo en vigor entre 1986 y 2002; el no ofrecimiento a A3-TV y T5-TV de condiciones equiparables a las que se pactaron con TVE; y el requerimiento a las mismas, para la satisfacción de su deuda pasada con los productores de fonogramas, de cantidades muy superiores a las cobradas de TVE por las mismas prestaciones”.

El Consejo sostiene que la conducta de AGEDI y AIE de ocultación de los acuerdos previamente celebrados con otros usuarios operadores de televisión

constituye un grave incumplimiento del deber de especial transparencia que tienen frente a los usuarios de los derechos que gestionan. Un deber de comportamiento transparente frente a los usuarios (que no deja de ser una particular manifestación del más general deber de buena fe que debe presidir las relaciones negociables) que se ancla en su posición de dominio del mercado (de monopolio de facto en la mayoría de los casos) como también en los privilegios procesales y negociables que les atribuye la legislación de la propiedad intelectual. Esta situación de facto y de *iure* atribuye a AGEDI y AIE un considerable poder en el proceso de negociación que la legislación sectorial les impone como modo preferente de fijación de la remuneración por el uso del repertorio administrado, siendo igualmente muy distintas las consecuencias que el fracaso de ese proceso negociador tiene para cada una de las partes en la negociación. Para las entidades de gestión, la facultad de no autorizar la utilización de los derechos exclusivos gestionados y para el usuario verse compelido a través de los tribunales, a indemnizar a la entidad de gestión por el uso no consentido de los derechos exclusivos gestionados y por el uso de los derechos de simple remuneración (el artículo 157 LPI obliga a las entidades de gestión a hacer efectivos esta categoría de derechos de propiedad intelectual), conforme a una tarifas generales unilateralmente fijadas. El propio legislador sectorial es consciente de esta asimetría de poder negociador al apuntar, siguiendo al legislador comunitario, que el abuso de la posición negociadora puede constituir un abuso de posición dominante (art. 20.4. g LPI).

Así pues, la infracción por una entidad de gestión de ese deber legal de especial transparencia mediante el ocultamiento a un usuario con el que se negocian las condiciones de acceso al repertorio que administra, de los acuerdos previamente alcanzados con otro u otros usuarios competidores o que están sujetos a una cierta presión competitiva en los mercados en los que operan, sería para este Consejo susceptible de constituir una conducta autónoma de abuso de posición dominante, aun cuando esta falta de transparencia en el comportamiento no haya dado lugar, por las circunstancias que fuera (por ejemplo, porque el usuario conoció ese acuerdo previo por otros medios) a un trato discriminatorio relevante en esta sede de defensa de la competencia. No obstante, la DI no lo ha observado así en este expediente, si bien no ha dejado de señalar que tal ocultamiento y posterior negativa a aplicar las condiciones más favorables de los acuerdos previamente alcanzados con competidores de los denunciantes forman parte de la conducta imputada de abuso de posición dominante.

En consecuencia, el Consejo considera que el adecuado cumplimiento del citado deber especial de transparencia obliga a las entidades de gestión a poner a disposición de los usuarios de su repertorio las condiciones o criterios económicos previamente acordados con otros usuarios equivalentes, aunque no operen *strictu sensu* en los mismos mercados, de forma tal que el usuario pueda establecer que las condiciones de autorización y/o remuneración sobre las que se establece la negociación que demanda la LPI son similares o equivalentes a las previamente pactadas con sus competidores o con usuarios sometidos a una cierta presión competitiva recíproca. Por ello, de conformidad con el artículo 46.2 b) LDC, el Consejo considera necesario, en orden a mitigar el riesgo de que se produzcan nuevos comportamientos discriminatorios, imponer a las entidades de gestión imputadas que en todo proceso de negociación de las condiciones de acceso y remuneración de su repertorio de derechos informen al usuario demandante sobre las bases económicas de los acuerdos previamente alcanzados con usuarios que desarrollen igual o similar actividad y realicen un uso equivalente del repertorio.

7. Se ha alegado por los denunciados en la tramitación del expediente la necesidad de deslindar en lo posible los ámbitos de actuación de la jurisdicción ordinaria (mercantil) y de la autoridad nacional de competencia en el ámbito de la defensa de la competencia, y que para la actuación de la CNC, se requiere que la imputación del abuso de posición de dominio suponga un ataque al interés público, que en su opinión no se da en este caso, al tratarse de una mera disputa privada entre operadores. El Consejo considera que el comportamiento denunciado afecta al interés público, por el que vela la LDC y que la actuación del Juzgado de lo Mercantil (artículo 83 ter 2f de LO 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial) no impide la de la CNC para analizar las tarifas en cuestión, dado que ambas competencias no son excluyentes, y como se deduce del artículo 6 del Reglamento 1/2003, ambos pueden conocer simultáneamente los mismos hechos.
8. AGEDI y AIE igualmente han alegado que la conducta imputada no está incurso en el ámbito de aplicación del artículo 82.c) del TCE por no afectar aquélla al comercio intracomunitario. El Consejo disiente de esta consideración, pues a efectos de aplicación del artículo 82 TCE, el TJCE ha establecido de forma reiterada y constante que el territorio de un Estado miembro es una parte sustancial del mercado común (entre otras, STJCE de 9 de noviembre de 1983, *Michelin*). En consecuencia cuando una conducta afecta, aunque sea potencialmente a la totalidad del territorio español (que constituye una parte sustancial del mercado común), el artículo 82 TCE será

plenamente aplicable, y así resulta por lo demás de la propia praxis del TDC (Resolución de 27 de julio de 2000, Expte 465/99, *Propiedad Intelectual Audiovisual*).

9. Establecido que AGEDI y AIE ostentan una evidente posición de dominio conjunta en el mercado de gestión de los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales en España, corresponde ahora analizar si la conducta desplegada en ese mercado frente a SOGECABLE (SOGECABLE, S.A.), CANAL SATÉLITE DIGITAL, S.L. y DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A.) constituye, como afirma la DI, un supuesto de discriminación entre clientes prohibida por los artículos 82. c) TCE y 6.2.d) LDC.

La discriminación punible conforme a este precepto antitrust constituye una infracción del principio general de igualdad de trato que exige que situaciones comparables o equivalentes no reciban un trato diferente sin que exista una justificación objetiva; es decir, en este caso, que las entidades de gestión en posición dominante conjunta no pueden, sin incurrir en una conducta abusiva, imponer condiciones desiguales de acceso al repertorio administrado que generen una situación desventajosa para algunos de los contratantes. En definitiva, para que exista un abuso del artículo 6.2 d) LDC deben cumplirse cumulativamente las condiciones siguientes: i) prestaciones equivalentes; ii) trato desigual; iii) ausencia de justificación objetiva; y iv) desventaja competitiva.

10. Por lo que hace al primero de los requisitos, el repertorio administrado por AGEDI/AIE y licenciado a los operadores de televisión es un *input* (como otros) de sus correspondientes espacios televisivos: un *input* común con características de bien de consumo no rival, vendido de forma conjunta – como repertorio-, en un mercado en el que convergen demandantes de mercados distintos y demandantes que son competidores entre sí o que se ejerce determinada presión competitiva. Por tanto, el interés se cifra en el comportamiento de un operador dominante de carácter colectivo que podría estar abusando explotativamente en la venta de ese *input* a través de la imposición de precios discriminatorios entre los distintos usuarios que realizan una misma actividad y un uso similar del repertorio de las entidades de gestión concedentes.
11. En el examen de la concurrencia de los requisitos de la discriminación punible de los artículos 82 TCE y 6.2.d) LDC corresponde ahora analizar si AGEDI/AIE, desde su posición dominante conjunta, ha impuesto a los

operadores de televisión denunciando condiciones de acceso desiguales al repertorio de derechos por ellas gestionados sin justificación objetiva.

En relación con la imputación de desigualdad de trato frente a RTVE, ha quedado acreditado en el expediente que RTVE había suscrito en 1986 un contrato con AFYVE, a la que sucedió AGEDI, por el cual pagó una cantidad anual a tanto alzado entre los años 1986 y 2002, como contraprestación por la licencia de comunicación pública y reproducción de los fonogramas de su repertorio, que según figura en la Resolución del TDC en el expediente 593/05, *Televisión*, era inferior a la sexta parte de la cantidad que le correspondería de haber utilizado la tarifa general correspondiente.

Las denunciadas consideran que la oferta más económica ofrecida a los denunciados se hizo entre el 6 y el 28 de febrero de 2007 en el marco del proceso en el Juzgado Mercantil 7. Así, por el periodo entre el 1 de enero de 1990 y el 31 diciembre 2006 se ofreció a SOGECABLE y CSD transar el litigio si abonaban a AGEDI/AIE un total de 35 millones de euros, rebajando luego pocos días más tarde, el 28 de febrero sus exigencias a 25 millones de euros. Las denunciadas consideran que el trato ahora ofrecido es equivalente al dado a TVE considerando el periodo de 1990 a 2006 inclusive y no el periodo que figura en el Informe-Propuesta de 1990 a 2002. En su opinión, si lo pagado por TVE se extiende al período 1990-2006 (incluyendo lo pagado por ésta de 1990 a 2002 y lo abonado según el contrato de 29 de diciembre de 2006, cuyo pago se hizo en 1997), las conclusiones del Dictamen de PriceWaterhouseCoopers serán esencialmente coincidentes con las del Dictamen LECG (documentos 205 y 210 del escrito de solicitud de prueba y vista), lo que demuestra que la oferta de julio de 2004 a SOGECABLE supone un trato equiparable al disfrutado por TVE entre 1990 y 2006.

Pese a la buena fe que debe presidir toda relación contractual, especialmente exigible a quien ostenta una posición de dominio en el mercado, reforzada por la legislación de propiedad intelectual, las entidades de gestión AGEDI/AIE en el curso de sus negociaciones con los denunciados nunca les informaron de la existencia de un contrato con RTVE y de los pagos realizados por ésta durante el período de 1990 a 2002 inclusive, así como de su relación con la tarifa general y rechazó aplicarles condiciones equiparables cuando los denunciados le comunicaron su conocimiento en 2005 de las condiciones aplicadas a RTVE, por no considerarlo un referente para las relaciones contractuales con los denunciados, no siendo las ofertas de 2004 y 2005 por ello exigibles y exigiendo las entidades de gestión en el curso de las negociaciones para cancelar la deuda cantidades sustancialmente superiores,

como consecuencia de los cálculos en base a la tarifa general comunicada al Ministerio de Cultura.

La propuesta de las entidades de gestión de considerar el periodo 1990-2006 a los efectos de imputación de discriminación introduce un elemento de confusión, pero implícitamente reconoce la imputación hecha por la DI de que en el periodo de 1990-2002 se ha producido una discriminación no justificada objetivamente. Esa propuesta de considerar el periodo 1990-2006 y no el que comprende el acuerdo alcanzado con TVE (1990-2002) se realizó admitido a trámite este expediente sancionador (20/12/2006), por lo que no puede ser tenida en cuenta a los efectos de establecer si ha existido discriminación. En todo caso, y como ya resaltó la DI, resulta sorprendente que siendo supuestamente las ofertas de las entidades de gestión fruto de rigurosos cálculos basados en hechos objetivos que en cuestión de días se efectuó una rebaja de 10 millones sobre la cantidad exigida.

El Consejo no encuentra razones para considerar que la discriminación en este caso sea eficiente, ya que no se genera un mayor *output* ni se justifica por diferencias directamente vinculadas al servicio que se presta (acceso a un mismo catálogo) ni a la relación entre las entidades de gestión con las distintas televisiones.

En este sentido, en relación con los distintos métodos de cálculo a una televisión pública y a cadenas de televisión privadas, el Consejo considera que la discriminación entre usuarios por esta razón, cuando tiene como resultado que por un servicio equivalente prestado por una entidad de gestión colectiva de derechos de autor, la cadena pública pague una remuneración notablemente inferior a la exigida a las cadenas privadas competidoras, no constituye tampoco una justificación objetiva en sede de abuso de posición dominante.

12. Ya en relación con la imputación de discriminación respecto del operador de televisión ONO, AGEDI/AIE en base a un trabajo encargado a LECG (folios 2627 a 2653 del expte) tratan de demostrar que la oferta a SOGECABLE y el precio aplicado a ONO por la disponibilidad de fonogramas son, en ambos casos, un mismo porcentaje sobre los ingresos por abonado. En su opinión, en relación a la televisión de pago en la que SOGECABLE es dominante, un supuesto trato asimétrico frente a ONO, no coloca a aquélla en desventaja competitiva y menos afecta negativamente a la competencia en el mercado. ONO considera que la única remuneración no discriminatoria es tomar como referencia los ingresos por abonado de cada televisión y aplicar unos

porcentajes distintos sobre éstos, establecidos de manera proporcional al rendimiento económico del negocio, que la obra contribuye a generar. El que lo ofertado a SOGECABLE sea superior al precio pagado por ONO por la utilización de fonogramas es más equitativo, en su opinión, que si fueran iguales por los costes hundidos que supone la inversión en la red de cableado.

La tarifa contratada por AGEDI con ONO y la ofrecida a IMAGENIO por abonado y mes en canales no temáticos audio son sensiblemente inferiores a las ofertas realizadas a DIGITAL + y CANAL + alegándose que la diferencia estriba en que los ingresos por abonado de éstas son sensiblemente mayores (el doble y el triple), así como que existe una diferencia en el precio de comercialización de sus servicios de televisión de pago. Para AGEDI/AIE el canon cargado a las televisiones varía en función de los ingresos por abonado con el objetivo de reflejar un sistema equivalente al básico de aplicar las tarifas generales a los ingresos de las televisiones, pero su determinación es compleja, ya que en el caso de ONO (en IMAGENIO ocurre lo mismo) el servicio de televisión se ofrece tanto en paquete junto a otros servicios (telefonía y ADSL) como de forma individual, y ello obliga a estimar el precio individual asignado al servicio de televisión, cuando en la práctica casi la totalidad de los usuarios contratan paquetes (en 2004 el 95% de sus abonados a TV estaban suscritos a un paquete), con independencia de que existen diferentes modalidades (ORO o PLATINO) y los denunciados escogieron para los cálculos la más económica (ORO) y el número de usuarios en la misma sobre la que al final aplicaron descuentos, por lo que tienen un componente de sesgo.

El Consejo no puede aceptar el planteamiento de ONO de que el canon pagado para ser equitativo, tenga que tener en cuenta la rentabilidad de los operadores. Tal elemento no sólo es ajeno a las leyes de la oferta y la demanda del mercado, sino que resulta contraproducente para la eficiencia a la que deben de conducirnos los mecanismos de mercado, puesto que implicaría cargar un mayor precio por estos *input* a aquellos operadores que consiguen ser más rentables por el mero hecho de serlo. Por otra parte, el hecho de que el canon dependa de los ingresos resulta también cuestionable en tanto que se trata del mismo repertorio de fonogramas y no hay razones para suponer costes de recaudación diferentes. Además, tampoco es necesariamente una buena *proxy* de la disponibilidad a pagar en la medida en que no tiene en cuenta la elasticidad de la demanda ni el valor de uso de los productos. Por tanto, no parece que sea un hecho objetivo para discriminar. Aparte de ello, los costes en los que incurren las entidades de gestión son

similares (costes de administración del repertorio facilitado por aplicar un sistema de pago por disponibilidad), con independencia de quien sea el usuario, y las tarifas no se han establecido solicitando a los usuarios información sobre sus costes o inversiones. En definitiva, no existe justificación objetiva que explique las diferencias en lo exigido.

13. Queda por analizar el último de los requisitos, que la desigualdad de trato en el acceso al repertorio gestionado por AGEDI/AIE coloque o pueda colocar a SOGECABLE en situación desventajosa frente a otros operadores de televisión con acceso a ese mismo *input*.

A este respecto es oportuno volver a señalar que de conformidad con la legislación de propiedad intelectual, las entidades de gestión “están obligadas a contratar (negociar) con quien lo solicite, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, en condiciones razonables y bajo remuneración” (artículo 157.1.a) LPI), y los usuarios que utilicen fonogramas o sus reproducciones para cualquier forma de comunicación pública vienen obligados a satisfacer una remuneración equitativa, cuya efectividad comprende la negociación (artículos. 108 y 116 LPI). En consecuencia, las televisiones en abierto o de pago, compiten entre sí por el acceso a este *input* común, necesario y sin sustitutivo cercano (Expte. 593/05, *Televisiones*, FD. 1 al final) para conformar determinados contenidos ofertados por cada uno en los mercados en los que operan como oferentes aguas abajo, utilizando diferentes formas de financiación y tecnologías, y en los que la conducta infractora imputada por la DI a AGEDI/AIE afectaría a la situación competitiva de los operadores.

La DI considera que el mercado aguas abajo en el que la discriminación produce sus efectos es el de la “retransmisión televisiva” (folio. 2737 del expte.) Por el contrario, según AGEDI/AIE no existe plena sustituibilidad entre los productos de televisión en abierto y de televisión de pago, por lo que existen dos mercados distintos: el de televisión en abierto y el de televisión de pago, requiriendo el artículo 6.2.d) LDC para que exista abuso de posición dominante que la discriminación coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros, lo que no es posible si operan en mercados distintos.

Como señala la DI en el Informe Propuesta, el TDC en el Informe C-74/02 hacía referencia a la existencia de una “presión competitiva entre uno y otro tipo de televisión en el sentido de que cuanto más amplia y atractiva resulte la oferta televisiva en abierto mayor habrá de ser el esfuerzo a realizar por los

operadores de pago para atraer nuevos abonados y mantener los existentes” (folio 99). Igualmente en el Informe C-102/06 el TDC diferenciaba el mercado de la televisión de pago y el de la televisión en abierto señalando, entre otros extremos, la no sustituibilidad desde el lado de la demanda de los productos ofertados por ambos tipos de televisión, ni desde el lado de la oferta, ya que a corto plazo una televisión en abierto no puede ofrecer el producto de una televisión de pago y viceversa. Pero también señalaba la existencia de una cierta presión competitiva entre uno y otro tipo de televisión por las mismas razones que en el Informe C-74/02. A este respecto, cabe apreciar cierta competencia por la adquisición de contenidos, por ejemplo, en el caso de acontecimientos deportivos o bien por la captación de audiencia, ya que cuanto más interesante sea la televisión en abierto o menores sus espacios publicitarios, más dificultades tendrá la televisión de pago. Por otra parte, la exigencia de precios o tarifas mayores a unos operadores en relación a otros, origina a los que soportan mayores costes, que tengan menor capacidad para mejorar sus emisiones o a reducir la calidad de su oferta televisiva.

Señala también la DI que son las propias AGEDI/AIE las que implícitamente estarían reconociendo esta alta relación de competencia y la falta de relevancia en el mercado de referencia del tipo de televisión, al establecer un mismo tipo de tarifas generales para tipos de televisión con diferente esquema de financiación y tecnología.

En este contexto, el Consejo considera acreditada la existencia de cierta presión competitiva por los argumentos expuestos y en contra del criterio de las entidades de gestión, con independencia de que aún siendo diferentes los mercados de la televisión en abierto y de la de pago, según sea o no mayor el número de canales en abierto, más dificultades tendrá el desarrollo y penetración de la televisión de pago.

Tampoco se puede desconocer que en supuestos de discriminación pura de clientes como el que es objeto de este expediente, la existencia de una desventaja competitiva no resulta esencial, pues conforme con la jurisprudencia la prohibición de abuso de posición dominante comprende (ya sea a través de la propia cláusula general prohibitiva de los artículos 6.2. LDC y 82 del Tratado), los abusos frente a consumidores finales, supuestos en los que no cabe por definición una relación de competencia y, por ende, que la conducta abusiva pueda generar alguna desventaja competitiva entre quienes padecen la discriminación (Decisión de la Comisión de 26 de julio de 1989, Asunto IV/36.888, *Copa del Mundo de Fútbol*, DOCE 8.1.2000).

14. El artículo 10 LDC faculta al Consejo de la CNC para imponer a los agentes económicos infractores multas de hasta 901.518 euros, que pueden ser incrementadas hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente a las empresas sancionadas. El Tribunal Supremo en numerosas sentencias ha mantenido (entre otras, de 24 de noviembre de 1987, 23 de octubre de 1989, 14 de mayo de 1990 y 15 de julio de 2002) que la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe de determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho.

El Consejo considera que la infracción realizada por AGEDI/AIE tiene carácter muy grave, por cuanto se trata de una conducta realizada por entidades de gestión cuya posición de dominio es indudable, de monopolio de hecho, apoyándose fundamentalmente en el privilegio que le concede la Ley de la Propiedad Industrial de fijar, unilateralmente y sin sujeción a priori a un determinado criterio objetivo, tarifas generales que funcionan como precio del *input* en defecto de acuerdo con el usuario del repertorio.

Como agravantes, debe tenerse en cuenta que la conducta afecta a un bien que constituye un *input* necesario para que los operadores de televisión puedan conformar su oferta de entretenimiento, y que en muchos casos no tiene un sustitutivo cercano en la música en directo. Además, la conducta de discriminación se ha realizado con infracción del deber de transparencia que recae sobre las entidades de gestión de derechos de autor frente a los usuarios en relación con los parámetros económicos de los acuerdos previamente alcanzados con otros usuarios del repertorio, que son competidores entre sí o entre los que existe cierta presión competitiva. También la larga duración de la infracción imputada a AGEDI/AIE en relación con TVE, consistente en negarse a cancelar su deuda del periodo 1990 a 2002 conforme a las condiciones que en tal periodo se aplicaron a TVE, que ha perdurado al menos hasta la fecha en que denunciante y denunciado alcanzaron el acuerdo de 24 de julio de 2008. Esto es, si bien los efectos de la discriminación se extienden al periodo señalado (12 años), la negativa a aplicar las mismas condiciones pactadas con TVE para ese período (primero ocultando el contrato, y desde 2005 manifestando su inaplicabilidad a SOGECABLE) se ha prolongado hasta julio de 2008. La otra conducta discriminatoria, frente a ONO, se habría producido desde la fecha de la firma del contrato en julio de 2006 y el mencionado acuerdo de julio de 2008.

Como atenuante, el Consejo tiene en cuenta que, pese a las diferencias en las condiciones de acceso al repertorio de las entidades de gestión imputadas, los operadores de televisión denunciados han hecho del uso del mismo a lo largo de todos estos años, así como que finalmente el 24 de julio de 2008 denunciados y denunciados llegaron a un acuerdo sobre las cantidades a pagar por el periodo 1990/2008, con renuncia a proseguir con los contenciosos administrativos y judiciales existentes (incluidos los de defensa de la competencia), así como acordaron las bases “pro futuro”.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, teniendo en cuenta todo lo anterior, considera que en este expediente multas de 815.000 euros en el caso de AGEDI y de 615.000 euros en el caso de AIE cumplen adecuadamente los requisitos de proporcionalidad y adecuación. El Consejo es consciente asimismo de que, aunque se trata de una infracción muy grave realizada por monopolista, esta cuantía está muy por debajo de los límites permitidos por el artículo 10 LDC.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

RESUELVE

Primero.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado por parte de AGEDI y AIE la realización de una conducta prohibida por los artículos 6.2 d) de la Ley 16/1989 y 82.c) del Tratado de la Comunidad Europea por haber reclamado a SOGECABLE (CANAL PLUS), DTS y CSD cantidades económicas sustancialmente superiores a las reclamadas a TVE y ONO por prestaciones equivalentes por el uso que dichas emisoras de televisión hacen de los fonogramas gestionados por AGEDI y AIE.

Se declara autores de dicha conductas a la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y a Artistas Intérpretes o Ejecutantes Sociedad de Gestión (AIE).

Segundo.- Imponer a AGEDI una multa de ochocientos quince mil (815.000) euros y a AIE una multa de seiscientos quince mil (615.000) euros.

Tercero.- Intimar a las citadas AGEDI y AIE para que cesen en la realización de la conducta declarada prohibida, para que en lo sucesivo se abstengan de

repetirla y a que en todo proceso de negociación de las condiciones de acceso y remuneración de su repertorio de derechos informen al usuario de las bases económicas de los acuerdos previamente alcanzados con usuarios que desarrollen igual o similar actividad y realicen un uso equivalente del repertorio.

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

Quinto.- La justificación del cumplimiento de lo ordenado en los apartados anteriores deberá hacerse ante la Dirección de Investigación de esta Comisión Nacional de la Competencia.

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