

RESOLUCIÓN **(EXPTE. S/0156/09, AISGE)**

Consejo

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 23 de marzo de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición expresada y siendo Ponente el Consejero Don Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente sancionador S/0156/09, *AISGE*, incoado por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia contra **ARTISTAS INTÉRPRETES SOCIEDAD DE GESTIÓN (AISGE)**, por la realización de supuestas conductas de abuso de posición dominante prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, consistentes en imponer a **SOGECABLE** tarifas generales inequitativas y discriminatorias por determinados actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales en las que se encuentren fijadas interpretaciones actorales.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 29 de mayo de 2007 tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia (hoy, Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia) escrito de XXX, en nombre y representación de **SOGECABLE, S.A.**, Canal Satélite Digital, S.L. (CSD) y **DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A. (DTS)**, filiales las dos últimas de **SOGECABLE, S.A.** (conjuntamente, **SOGECABLE**), contra la entidad **ARTISTAS INTÉRPRETES, SOCIEDAD DE GESTIÓN (AISGE)**, por presuntas prácticas de abuso de posición de dominio contrarias al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y 82 del Tratado CE, consistentes en la discriminación a **SOGECABLE** frente a los restantes operadores de televisión, en las condiciones de contratación alcanzadas con los distintos operadores; ocultación a los denunciantes de los acuerdos alcanzados con otros operadores; estrategia negociadora y judicial abusiva mantenida por **AISGE** frente a **SOGECABLE** y aprobación de unas tarifas generales desproporcionadas, abusivas e inequitativas.

Con fecha 22 de febrero de 2008, las empresas denunciantes ampliaron su denuncia a la entidad ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE) imputándole iguales prácticas a las denunciadas para AISGE, por considerar las denunciantes que el análisis de las conductas de AIE y AISGE debía llevarse a cabo conjuntamente.

2. **El 28 de julio de 2008 la Dirección de Investigación (DI)** de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), a la vista de la información obrante en la misma, admitió a trámite la denuncia **incoando expediente sancionador** por Acuerdo del Director, por posibles conductas prohibidas en el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y en el artículo 82 del Tratado CE, contra AISGE y contra AIE.

A la vista de las actuaciones practicadas, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.3 de la LDC, **con fecha 4 de marzo de 2009, la DI procedió a formular el Pliego de Concreción de Hechos (PCH)**, que fue notificado a todos los interesados, y en el que concluye considerando que AIE junto con AISGE habían incurrido en un abuso de posición dominante prohibido por los artículos 2 de la LDC y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, anterior art. 82 del Tratado CE).

3. El 28 de abril de 2009 y posteriormente con fecha 20 de mayo de 2009 tuvieron entrada en la DI dos escritos de AISGE, en los que solicita el inicio de la tramitación de una terminación convencional para el expediente sancionador de referencia en relación a ella.

Por Acuerdo de la Directora de Investigación de 10 de junio de 2009, a la vista de lo instruido, de las conductas objeto de análisis, y teniendo en cuenta la solicitud de terminación convencional por parte de AISGE, **se procedió**, de conformidad con lo previsto en el artículo 29 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RD 261/2008, de 22 de febrero), **al desglose del presente expediente como sigue:**

- Las actuaciones en relación con AISGE se llevarán a cabo en el marco del expediente S/0156/09 que incorpora lo actuado hasta este momento, del que además son interesados SOGECABLE, S.A., Canal Satélite Digital, S.L., Distribuidora de Televisión Digital, S.A. (DTS).
 - Las actuaciones en relación con AIE se llevarán a cabo en el marco del expediente 2785/07 que incorpora lo actuado hasta este momento y del que son además interesados SOGECABLE, S.A., Canal Satélite Digital, S.L. (CSD), Distribuidora de Televisión Digital, S.A. (DTS).
4. Ya en el marco de este expediente S/0156/09, **el 15 de junio de 2009, AISGE presentó ante la DI una propuesta de compromisos** (folios 4514-4541), consistente en la modificación de las tarifas vigentes de AISGE relativas a cualquier modalidad de comunicación pública que realicen los operadores de televisión, bajo el principio de uso o utilización efectiva y el establecimiento de unos criterios objetivos básicos que permitan establecer el valor económico de la prestación

ofrecida a cada usuario. Asimismo, con el objeto de evitar toda discriminación, se ofrece a las denunciantes las mismas condiciones que tiene acordadas con el resto de operadores de televisión, y de no ser aceptadas, ofrece aplicar en ejecución de las correspondientes sentencias, las nuevas tarifas.

Formulada por parte de AISGE la propuesta de compromisos, ANTENA 3 TELEVISION, S.A., LA SEXTA, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., CABLEEUROPA, S.A.U. y TENARIA, S.A., (ONO) y AIE solicitaron ser parte en este expediente en calidad de interesados, aceptándose por la DI su personación en el mismo por acuerdo de 24 de julio de 2009.

La propuesta de compromisos de AISGE fue objeto de alegaciones por parte de SOGECABLE, TELE 5, FORTA, ANTENA 3, NET TV, VEO TV, ORANGE, TELEFÓNICA, AOC y ONO. Los argumentos expresados por estos operadores de televisión fueron analizados por AISGE (T. XXII, folios 5043-5212).

- 5. Por acuerdo de denegación de compromisos de 6 de abril de 2010**, la DI consideró que, con carácter general, si bien los compromisos de AISGE de 15 de junio de 2009 resolvían parte de los efectos restrictivos de la competencia detectados y puestos de manifiesto en el PCH, eran insuficientes en determinados puntos concretos (T. XXII, folios 5220-5236). A modo de síntesis, la DI señala en su Propuesta de Terminación Convencional al Consejo (págs.. 58 ys.) que *“AISGE había llevado a cabo un esfuerzo de aproximación en la determinación de sus tarifas a los requerimientos de la normativa de defensa de la competencia y de la jurisprudencia más reciente en la materia; no obstante, si partimos de que en la definición y cálculo de unas tarifas generales hay tres pasos o áreas cuya definición no admite ambigüedades y que se podrían enunciar como:*

1º - Repertorio, o bien a remunerar.

2º - Sistema de cálculo de la utilización que de dicho repertorio lleva a cabo el usuario; y por último

3º - Sistema de valoración de la remuneración equitativa que corresponde a la utilización/comunicación de dicho repertorio.

Nos encontramos con que, mientras que en el punto 2º se ha hecho un esfuerzo por alcanzar un sistema que permita calcular la utilización por parte del usuario, ésta queda desdibujada en la medida en la que no existe una definición clara del repertorio (punto 1º) que administra AISGE y que es, por lo tanto, el objeto de la utilización.

Esta indefinición, agrava, por no decir que hace inviable, la posibilidad de establecer un sistema que cuantifique el valor que aporta dicho repertorio (punto 3º) y la remuneración equitativa que corresponde, por tanto, a la comunicación del mismo.

De ahí que dichos compromisos se consideraran insuficientes y que requerían una definición más objetiva, concreta, razonada y transparente.

Por todo ello, la DI acordó, con fecha 6 de abril de 2010, que los compromisos presentados por AISGE, no resolvían adecuadamente los efectos sobre la

competencia derivados de las conductas objeto del expediente y se requirió a AISGE, en virtud de lo dispuesto en el artículo 39.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, para que, en un plazo de quince días hábiles, presentase unos nuevos compromisos que, a juicio de esta Dirección de Investigación, pudieran resolver los problemas de competencia detectados en el expediente de referencia.”.

- 6. Con fecha 6 de junio de 2010** tiene entrada en la CNC escrito presentado por AISGE formulando alegaciones y **compromisos complementarios** en relación con el acuerdo de la DI de denegación de compromisos de 6 de abril de 2010 (T. XXIV, folios 5435-5633).

Con fecha 7 de mayo de 2010 se requirió a AISGE para que concretase la información que debía comprender la nueva propuesta de compromisos. **El 14 de mayo de 2010** entró en la CNC un nuevo escrito de AISGE concretando y sistematizando la información relativa a su propuesta de compromisos (T. XXV, folios 5660-5721). En dicho escrito AISGE, tras formular extensas alegaciones al contenido del Acuerdo de denegación de compromisos de la DI, pasa a formular unos principios generales que servirán de guía para la interpretación de sus compromisos, enuncia a continuación los compromisos complementarios propuestos, para finalizar haciendo una síntesis integral de todos los compromisos ofertados por AISGE hasta la fecha.

Esta nueva propuesta de compromisos sólo fue objeto de alegaciones por parte de SOGECABLE, ANTENA 3 3 y LA SECTA, que manifiestan su disconformidad con los mismos. Por el contrario, la DI dice no compartir muchas de las objeciones formuladas por estos tres operadores: *“En concreto no parece procedente la objeción formulada por SOGECABLE desde el inicio de la terminación convencional, en el sentido de que sea un requisito para alcanzar ésta, el acuerdo entre todas las partes sobre el contenido de los compromisos, cuando es la CNC quien debe juzgar si los efectos restrictivos sobre el mercado que dieron origen a un expediente sancionador se eliminan mediante las nuevas condiciones propuestas y puede por tanto resolver la terminación del procedimiento sancionador.*

A su vez, la responsabilidad de establecer, en su caso, tarifas generales, recae, de acuerdo con la LPI, en las entidades de gestión, y no necesariamente debe contar con el acuerdo de los usuarios, como se ha tratado de defender. Con estos últimos, las entidades de gestión tienen la obligación de negociar los acuerdos de pago de la remuneración correspondiente a cada operador, para lo que deberá tomar en cuenta las especificidades de cada uno. Si bien es cierto que no puede haber discrepancias en cuanto a la necesaria equidad de unas y otros, si es cierto que en la LPI tienen diferente entidad las tarifas generales y la negociación con los operadores.

Por último, la DI considera que una entidad de gestión difícilmente puede hacer un cálculo aproximado del valor de la comunicación pública de un repertorio, que debería formar parte de los cálculos para el establecimiento de tarifas generales, si no tiene en cuenta el reparto que hace de dichos derechos y el peso de los diferentes colectivos. Lo cual no lleva aparejado necesariamente que tenga que haber un

sistema con relación directa y concreta entre recaudación y reparto, máxime si tenemos en cuenta que no estamos hablando de una recaudación conjunta sino de la gestión colectiva obligatoria de una remuneración equitativa al colectivo de artistas intérpretes y ejecutantes.” (punto 6.4 de la Propuesta de Terminación Convencional, pág. 67).

7. El 9 de julio de 2010 AISGE presentó escrito en la CNC dando contestación a las anteriores alegaciones formuladas por SOGECABLE, ANTENA 3 y LA SEXTA, así como proponiendo, en determinadas cuestiones, modificar los compromisos formulados. (T. XXV, folios 5782-5805).

AISGE con fecha 16 de julio de 2010 y SOGECABLE con fecha de 21 de julio de 2010 presentaron ante la CNC sendos escritos a los que se adjuntaba, con carácter confidencial, diversos contratos formalizados por AISGE con DTS y Sociedad General de Televisión Cuatro SA, relativos a la efectividad del derecho de remuneración prevista en el art. 108.5.2 del TRLPI respecto de las interpretaciones artísticas comprendidas en el repertorio administrado por AISGE, que incluyen el compromiso de SOGECABLE de poner de manifiesto ante la DI que no se opone a la terminación convencional del presente expediente, como así ha hecho (T. XXV, folio 5842).

8. **El 17 de agosto de 2010**, en aplicación de lo previsto en los artículos 52.1 de la Ley 15/2007 y artículo 39.5 del RDC, la DI elevó a este Consejo una Propuesta de Terminación Convencional (PTC) en los términos siguientes:

“se PROPONE que el Consejo de la CNC resuelva la terminación convencional del expediente S/0156/09, iniciado en virtud de la denuncia formulada por SOGECABLE S.A., Canal Satélite Digital, S.L. y DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A., filiales las dos últimas de SOGECABLE S.A., contra la entidad ARTISTAS INTÉRPRETES, SOCIEDAD DE GESTIÓN “AISGE” (y contra ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE) que una vez desglosado se sigue bajo el nº 2785/07), por presuntas prácticas de abuso de posición de dominio contrarias al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y 82 del Tratado CE, de conformidad con lo previsto en los artículos 52 de la LDC y 39.5 del RDC, al considerar que los compromisos presentados por AISGE resuelven los problemas de competencia derivados de su sistema de fijación y aplicación de Tarifas generales y la discriminación entre operadores.

Quedará obligada a su cumplimiento AISGE y para garantizar el adecuado cumplimiento de los compromisos, deberá:

- 1. Comunicar a los operadores de televisión el contenido del acuerdo de terminación convencional que, en su caso, adopte el Consejo de la CNC.*
- 2. Comunicar al Ministerio de Cultura las nuevas Tarifas generales.*
- 3. A efectos de la vigilancia del cumplimiento de los compromisos, AISGE remitirá a la Dirección de Investigación de la CNC copia de las Tarifas generales comunicadas al Ministerio de Cultura, así como, en su caso, copia de los*

convenios posteriores con operadores de televisión que sustituyan y adapten los actualmente vigentes.”

9. El 25 de noviembre de 2010, el Consejo adoptó Acuerdo por el que resolvió informar a las partes que con fecha 23 de noviembre de 2010 se había remitido a la Comisión Europea la Propuesta de Terminación Convencional del expediente en los términos en que se señala en el artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003.
10. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó por última vez sobre este expediente y resolvió sobre el mismo en su sesión de fecha 16 de marzo de 2011.
11. Son parte en este expediente:
 - ARTISTAS, INTERPRETES, SOCIEDAD DE GESTION (AISGE)
 - SOGECABLE S.A. y sus filiales CANAL SATÉLITE DIGITAL, S.L. (CSD) y DISTRIBUIDORA DE TELEVISION DIGITAL, S.A. (DTS)
 - ANTENA 3 TELEVISION, SA
 - GESTORA DE INVERSIONES AUDIOVISUALES LA SEXTA, S.A.
 - TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.
 - CABLEUROPA Y TENARIA, S.A. (ONO)
 - ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE)

HECHOS PROBADOS

De acuerdo con la Propuesta de Terminación Convencional (PTC) elevada por la Dirección de Investigación y con la información disponible por la CNC:

LAS PARTES DENUNCIANTES Y DENUNCIADAS:

1. **SOGECABLE SAU** es un operador de televisión, filial al 100% de Promotora de Informaciones SA (Prisa), que ha sido titular de tres proyectos televisivos diferentes:

CANAL +, cadena terrestre analógica que se caracterizaba por emitir en abierto una parte limitada de su programación siendo el resto de la programación emitida en la modalidad de televisión de pago, inició sus operaciones en 1990 y desapareció como tal en noviembre de 1995. CANAL + continúa emitiéndose dentro de la Plataforma Digital + como un canal de pago.

Canal Satélite Digital (CSD) lanzado en 1997 como plataforma de televisión por satélite, posteriormente se integró en julio de 2003 con la otra plataforma por satélite existente, que pertenecía al grupo Telefónica y había iniciado también su actividad en 1997, VÍA DIGITAL (DTS), para crear una sola plataforma unificada que opera bajo la marca Digital + desde julio de 2003. El grupo SOGECABLE, en el campo de la televisión de pago, centra su actividad en Digital +, a través de su filial DTS (que ha adsorbido a la filial CSD), ofreciendo contenidos de pago a sus abonados. Esta plataforma por satélite ofrece cerca de cien canales de televisión; los

más importantes de ellos están especializados en contenidos cinematográficos y documentales, de deportes e informativos. Recientemente, Telefónica SA y Gestevisión Tele 5 SA han adquirido sendas participaciones del 22% del capital social de DTS, correspondiendo el 56% a Prisa.

CUATRO, lanzado en 2005 por el grupo SOGECABLE como canal de televisión en abierto y de carácter generalista, ha sido recientemente adquirido por Gestevisión Tele 5 SA mediante la compra del 100% del capital social de Sociedad General de Televisión Cuatro SAU, autorizada con compromisos por Resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010.

- 2. Artistas Intérpretes Sociedad de Gestión (AISGE)** es una Entidad de Gestión Colectiva de los derechos de propiedad intelectual de los actores y artistas intérpretes, autorizada por la Orden del Ministerio de Cultura de 30 de noviembre de 1990. Tiene como objeto principal la gestión y/o administración de los derechos de propiedad intelectual de contenido patrimonial de los artistas del ámbito audiovisual, actores, bailarines, dobladores y directores de escena, por la vía del art. 108.5 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI). Los derechos de gestión colectiva de los que actualmente se ocupa AISGE son:

- 1.- el derecho de compensación por copia privada de las fijaciones de los artistas intérpretes administrados por AISGE,
- 2.- el derecho de remuneración por comunicación pública de las fijaciones de los artistas intérpretes administrados por AISGE,
- 3.- y el derecho de remuneración por la distribución mediante alquiler de las fijaciones de los artistas intérpretes administrados por AISGE.

AISGE gestiona una parte de los derechos relacionados con la comunicación pública de grabaciones audiovisuales, en las que AIE gestiona los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales.

- 3. Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE)** es una Entidad de Gestión Colectiva de derechos de propiedad intelectual autorizada por el Ministerio de Cultura en junio de 1989, de conformidad con lo que establece el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (modificado por la Ley 23/2006, de 7 de julio) por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), para actuar como Entidad de Gestión de los derechos reconocidos en dicha ley. AIE, no obstante, se ha especializado en la gestión de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales.

HECHOS RELEVANTES:

- 4. Nueva normativa de protección y remuneración por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales en favor de los productores, artistas intérpretes o ejecutantes.**

El 1 de enero de 1995 entró en vigor la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 92/100/CE, 19 de

noviembre de 1992. En la citada Ley, en su artículo 7, se establecía una protección adicional a la prevista en la citada Directiva para fonogramas, en forma de un derecho de simple remuneración por cualquier modalidad de comunicación pública de grabaciones audiovisuales en favor de los productores, artistas intérpretes o ejecutantes.

Desde este momento los intereses de AISGE y AIE confluyen en la actividad cotidiana de los operadores de televisión, en la que se producen continuos actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales.

5. Establecimiento por parte de AIE y AISGE de Tarifas Generales.

A la vista de la nueva regulación, AISGE y AIE establecieron cada una sus tarifas generales correspondientes a los derechos de los colectivos que administran referidas al derecho de remuneración equitativa a artistas intérpretes o ejecutantes por comunicación pública tipificado en el TRLPI, y comunicaron las mismas al Ministerio de Cultura.

5.1. AISGE, con fecha 17 de abril de 1995, comunicó al Ministerio de Cultura sus Tarifas Generales en relación a los “Derechos de remuneración por la comunicación pública de las actuaciones de los actores intérpretes en grabaciones audiovisuales” (art. 20.2.b), c) y d) del TRLPI). Dicha tarifa la fijó en el 1,50% sobre el importe total de los ingresos de explotación que obtuviera la emisora de televisión, mediante aplicación progresiva. (folios 2122 a 2125).

Se entendían por ingresos de explotación, a efectos de la aplicación de la tarifa, la totalidad de los ingresos obtenidos por la emisora de televisión, incluidos los procedentes de las cuotas de abonados, subvenciones e ingresos por publicidad.

Desde esa fecha y hasta el momento actual las tarifas de AISGE han sufrido las siguientes modificaciones:

a) Fase Inicial: Vigencia de 17.04.1995 a 09.12.1996

Tarifa General: 1,50% sobre el importe total de los ingresos anuales de explotación de la empresa de televisión. Aplicación progresiva de dicha tarifa conforme al siguiente esquema

Año	Tarifa
1995	0,50%
1996	0,75%
1997	1,00 %
1998	1,2 %
1999	1,50%
2000	1,50 %

b) Primera modificación: Vigencia de 09.12.1996 a 06.05.1998

Tarifa General: 10% sobre la base imponible, calculada conforme al uso real del repertorio.

En el “FUNDAMENTO JURÍDICO DEL SISTEMA TARIFARIO POR UTILIZACIÓN REAL O EFECTIVA DEL REPERTORIO” de dichas tarifas se establece que : “Conforme previene el artículo 152 .1.b) del TRLPI, las entidades de gestión deben establecer unas tarifas generales por la “utilización de su repertorio”, esto es basadas en el repertorio que representa cada entidad y para cuya gestión, en la forma de gestión colectiva, está facultada” señalando a continuación que “... la expresión “utilización” debe entenderse en su sentido literal y, por tanto, sólo se devengará una remuneración cuando se realice una utilización real del repertorio protegido y gestionado por la entidad”.

A partir de estos principios se definen los criterios para la determinación de la remuneración basados en:

1. Participación proporcional y equitativa del artista en los ingresos de explotación que el usuario obtenga por la comunicación pública de las interpretaciones artísticas.
2. Delimitación del repertorio protegido y gestionado por la entidad

Desde estas premisas se pasa a delimitar tanto la base imponible como las variables para el cálculo de la remuneración, entre las que se encuentran:

- Ingresos de explotación.
- Repertorio protegido y gestionado por la entidad.
- Minutos emitidos.
- Minutos protegidos.
- Audiencia media o “rating anual”
- Audiencia media o “rating anual” del repertorio protegido y/o gestionado por la entidad.

Concretando la base imponible de tal manera que:

$$\text{Base Imponible} = [(V \text{ min} \times \text{min protegidos}) + (\text{Ves} \times \text{espectadores})] / 2$$

Donde:

Vmin	"Valor minuto" emitido = ingresos de explotación dividido entre los minutos emitidos, excluidos los ingresos por publicidad.
Ves	"Valor espectador" = ingresos de explotación dividido entre los espectadores o audiencia total del periodo considerado.

c) Segunda modificación: Vigencia de 06.06.1998 a 31.01.2006

AISGE abandonó el sistema anterior, de establecimiento de tarifas por uso, mediante el que se había separado de la línea seguida junto con AIE en 1995, para retomar de nuevo el antiguo sistema, de actuación conjunta con AIE, según el cual:

Tarifa General: 1,50% sobre el importe total de los ingresos mensuales de explotación de la empresa de televisión. Aplicación progresiva de dicha tarifa conforme al siguiente esquema:

Año	Tarifa
1995	0,50%
1996	0,75%
1997	1,00 %
1998	1,25 %
1999 ss	1,50%

d) Tarifa actual: Vigencia de 31.01.06 – Actualidad

Tarifa General: 1,50% sobre el importe total de los ingresos trimestrales de explotación de la empresa de televisión. Aplicación progresiva de dicha tarifa conforme al siguiente esquema:

Año	Tarifa
1er año/ejercicio actividad del usuario	0,50%
2º año/ejercicio actividad del usuario	0,75%
3er año/ejercicio actividad del usuario 997	1,0%
4º año/ejercicio actividad del usuario 1998	1,25 %
5º año/ejercicio actividad del usuario 1999 ss	1,50%

5.2. En 1998 AIE y AISGE comunican conjuntamente sus tarifas al Ministerio de Cultura, referidas única y exclusivamente al derecho de remuneración recogido en el entonces vigente art. 108.3.2 (actual art. 108.5.2 del TRLPI tras la Ley 23/2006) “...en satisfacción de las obligaciones legales que emanan de los artículos 157.b) y 159.3 del TRLPI...”, respecto de los actos de comunicación al público previstos en el art. 20.2.c) del TRLPI (difusión inalámbrica). Folios 746 ss y 1020 ss.

AIE fija la tarifa plena en 3,70% de los ingresos de explotación que obtenga mensualmente la entidad usuaria. Conforme al siguiente esquema de aplicación progresiva.

Año	Tarifa
1995	0,074%
1996	0,149%
1997	0,224 %
1998	0,299 %
1999 ss	0,370%

Fuente AIE

5.3. En julio de 1999 ambas sociedades comunican de nuevo al Ministerio de Cultura las tarifas referidas a dicha remuneración, para los actos de comunicación previstos

en el art. 20.2.d) TRLPI (radiodifusión vía satélite). De tal manera, que las tarifas de ambas sociedades quedan establecidas de acuerdo con la siguiente tabla:

Año de emi	1º	2º	3º	4º	5º y ss.
AISGE	0,50%	0,75%	1,00%	1,25%	1,50%
AIE	0,074%	0,149%	0,224%	0,299%	0,370%
TOTAL	0,574%	0,899%	1,224%	1,549%	1,870%
Fuente: AISGE y AIE					

6. Criterios utilizados por ambas Entidades de Gestión para la determinación de sus Tarifas

El derecho de remuneración contemplado en el art. 108.5 tipifica dos supuestos. En su primer párrafo se refiere a los actos de comunicación pública previstos en el artículo 20.2.f) y g) (retransmisión y emisión o transmisión en lugares accesibles al público) cuya remuneración debe hacerse de acuerdo con las tarifas generales establecidas por la correspondiente entidad de gestión.

En su segundo párrafo, el que afecta a los derechos objeto del presente expediente, no hace referencia a que deban establecerse tarifas generales, pero si a la obligación de pagar una remuneración equitativa, la cual, de acuerdo con el apartado 6 del citado artículo, debe hacerse efectiva a través de las entidades de gestión, cuya gestión comprenderá: la negociación con los usuarios, la determinación, la recaudación y la distribución.

Por este motivo se solicitó a las entidades los criterios tanto de determinación como de distribución y/o reparto. De acuerdo con esta información, las referencias utilizadas por AISGE para establecer sus tarifas generales fueron las siguientes:

- El II Convenio Colectivo del año 1983 (vigente hasta 1995) de Televisión Española, S.A. y los actores, en el que entre otras se regulaba el derecho de los actores a percibir una cantidad complementaria cada vez que se repusiera la emisión de un programa.
- Análisis de las parrillas televisivas durante los ejercicios 1991 a 1994, ambos inclusive, como base para poder estimar la importancia económica del repertorio entonces administrado por AISGE atendiendo a criterios tales como: franja horaria de emisión; niveles de audiencia; duración de las pausas publicitarias; etc... En este apartado, considera AISGE que, el repertorio por ella administrado, tiene tal relevancia en el mercado televisivo que incluso fue elemento clave para la reconfiguración de las parrillas televisivas, redefiniendo su modelo televisivo hacia series españolas de ficción, centrándose así en la explotación del repertorio de AISGE en franjas horarias cualificadas de publicidad (prime time).
- La Tarifa que la SGAE venía exigiendo a las televisiones en 1994 por el uso de su repertorio.
- Los datos publicados por el Ministerio de Cultura en relación con los costes de producción audiovisual. Si bien el coste individualizado de cada "capítulo" o partida tiene carácter reservado, de los datos agregados que publica el ICCA se

sigue que el coste medio de dichos capítulos, según afirmación de AISGE (folio 1778) es el siguiente:

- Los autores junto con los músicos y cantantes, suponen el 1,5% del coste medio de producción,
 - El personal artístico, supone el 11,30% de dicho coste.
 - En definitiva, que del coste total asociado al personal creativo en una producción audiovisual, el 12% se corresponde a los autores y artistas musicales y el 88% a los actores y demás artistas representados por AISGE.
- Los sondeos y encuestas de popularidad de los diversos colectivos.

Utilizando estas referencias, AISGE llegó a las mismas cifras que AIE y que se plasmaron en las Tarifas generales comunicadas al Ministerio de Cultura.

7. Criterios de reparto

La “tarifa”, según afirmaciones de AIE, no deja de ser el importe o precio de la remuneración equitativa, pues en este tipo de derechos no hay contenido diferente a la propia remuneración de forma que la remuneración es el derecho. De ahí que la DI interesara de AIE y AISGE los criterios mediante los cuales se cuantifica, por parte de las Entidades, la remuneración a pagar a los artistas, intérpretes o ejecutantes y las vías de acceso a la remuneración a que tienen derecho, dada la estrecha relación que debe haber entre esta y la que les es exigida a los usuarios de grabaciones audiovisuales.

Las Normas de Reparto remitidas por AISGE fueron aprobadas por la Asamblea General Extraordinaria de 26/06/05, y actualizadas el 17/12/06 mediante reforma aprobada por la Asamblea General de AISGE. En ellas se relacionan los elementos, métodos y factores a tener en cuenta para la distribución de las cantidades recaudadas.

En las Disposiciones Generales de las mismas, se definen:

- Principios que informan las Normas: predeterminación, proporcionalidad, equidad;
- Exclusión de la arbitrariedad;
- Derechos objeto de reparto;
- Titulares de los mismos;
- Actuaciones artísticas protegidas; etc.

Merece la pena reseñar, a los efectos de este expediente el contenido de:

- Título III. Determinación del importe obra. En él se detalla los sistemas y metodología para la determinación del importe de la obra, cuyo reparto se efectuará en función de los datos reales correspondientes a la utilización de las mismas; la “duración protegida de la obra”; la determinación del importe en función de la modalidad de los actos de comunicación pública y del tipo de usuario, clasificando a estos últimos en nueve categorías entre las que se

encuentran: -Comunicación pública en televisiones generalistas; -Comunicación pública por plataformas digitales; -Comunicación pública por operadores de cable; -Comunicación pública en televisiones locales; etc.

- Título IV. Determinación del importe artista. Entendiendo por “importe artista” el conjunto de operaciones y cálculos matemáticos precisos para la distribución de las cantidades correspondientes al “importe obra” entre el conjunto de los artistas intervinientes en la misma. Para ello se definen las “categorías artísticas” en cuatro niveles, asociando a cada una de ellas un valor estandarizado de intervención en la obra. A su vez se distingue entre “Determinación de categorías en actuaciones artísticas de imagen” en las que se distingue entre: cine y series de televisión; teatro; miscelaneas; categorías en danza y “Determinación de categorías en actuaciones artísticas de voz o doblaje”, en las que a su vez se diferencia entre varias categorías, ya sea: “voz en off”; “voz o doblaje”; etc.
- En el “Sistema de reparto a artistas” que viene recogido en el Capítulo segundo, partiendo de la ficha artística de la obra y de la clasificación de los intervinientes en la misma por categorías artísticas, se establece mediante la aplicación de unas formulas el “grado de intervención” de cada categoría en la obra para, a continuación y mediante una nueva fórmula, definir el importe de cada artista, de cada categoría.
- En el Título V. Liquidación de cantidades, tras definir los controles de conformidad y el desglose de cantidades, en su art. 133, al referirse a la liquidación a entidades extranjeras, señala que esta “...se efectuará en función de los acuerdos de reciprocidad suscritos”.

Requisitos para tener acceso a la remuneración: Estar en el ámbito subjetivo que delimitan los estatutos de AISGE (folio 1805).

8. Relaciones mantenidas entre SOGECABLE, CSD y DTS con las Entidades de Gestión

8.1. Año 1995

Tras la aprobación de la Ley 43/1994, en la que se reconocía el derecho de remuneración de los artistas por sus actuaciones incorporadas a una obra o grabación audiovisual, AIE y AISGE comienzan una fase informativa dirigida a los usuarios deudores cuyo objeto es:

- Informar sobre la naturaleza y objeto del derecho.
- Acreditar su condición de entidades legalmente autorizadas.
- Trasladar a dichos usuarios las tarifas generales.
- Concertar las reuniones oportunas con objeto de iniciar la negociación efectiva.

Para ello remiten distintos requerimientos y cartas y el 25 de octubre se celebra una primera reunión informativa con el conjunto de empresas televisivas.

8.2. Año 1996

- AISGE y AIE requieren a todos los operadores, incluido CANAL PLUS, el inicio, en firme, de las negociaciones efectivas para la consecución de un acuerdo que fije las condiciones comunes a todos los usuarios para hacer efectiva la remuneración de los artistas.
- Hasta el mes de septiembre prosigue la negociación, se aprueba el TRLPI y en su art. 108.3, párrafo 2º, (actual 108.5 p. 2) se recoge la obligación de hacer efectiva la remuneración a los artistas por los actos de emisión de grabaciones audiovisuales previsto en el art. 20 c).
- AISGE, a partir de la reunión de 18 de septiembre, mantenida con todos los operadores y a la que asiste CANAL PLUS, inicia otra fase, con objeto de articular la cuantificación de la remuneración en base a criterios de “utilización real”, según las propuestas formuladas por los operadores de televisión. De acuerdo con sus afirmaciones, AISGE, para facilitar las negociaciones, elaboró unas nuevas tarifas, distanciándose de AIE.
- Modificación del sistema tarifario de AISGE: el 30 de noviembre de 1996, el Consejo de Administración de AISGE aprobó las tarifas generales que modifican las aprobadas en 1995. Con fecha 9 de diciembre de 1996, AISGE comunicó un nuevo sistema tarifario al Ministerio de Cultura. Las conversaciones entre AISGE y diferentes entes de televisión se mantuvieron, tras una reunión el 15 de enero de 1997, en torno a una nueva propuesta de sistema tarifario basado en el criterio solicitado por las citadas televisiones.
- Presupuestos de esa modificación.
 - o Adaptarse a los planteamientos formulados en ese sentido por los operadores de televisión, con objeto de establecer un sistema que pueda ser asumido por ellos en su conjunto.
 - o Determinar la cuantía de la remuneración conforme al criterio de utilización real o efectiva. Para ello, la tarifa se fija conforme a la siguiente fórmula: valor minuto multiplicado por los minutos protegidos más el valor espectador multiplicado por los espectadores del repertorio protegido dividido entre dos, por el tipo de la tarifa (10%).

8.3. Año 1997

- El 15 de enero de 1997, se lleva a cabo una reunión conjunta entre CANAL PLUS, ANTENA 3, TVE, TELE 5, FORTA y AISGE.
- El 26 de febrero de 1997, propuesta en función del “valor minuto”, se acuerda estudiar la posibilidad de introducir un segundo índice corrector o de ponderación basado en la audiencia real, e intercambiar los datos precisos con objeto de obtener el cálculo de los ingresos netos globales, analizar el régimen de deducciones por producción propia y proseguir las negociaciones.

- 12 de marzo de 1997, se analiza el sistema tarifario elaborado por AISGE según el criterio del “valor minuto”, y la aplicación al mismo de los criterios de ponderación propuestos por las empresas televisivas en reuniones anteriores.
- El 9 de abril de 1997, se asume el compromiso de formalizar por escrito los principios y términos conforme a los que se había desarrollado la negociación, esto es, según el criterio del “valor minuto”, y la aplicación al mismo de los criterios de ponderación propuestos por las televisiones, en reuniones anteriores.
- 18 de abril de 1997, AISGE remite una nueva propuesta económica.
- Según afirmaciones de AISGE, las empresas de televisión alteraron los principios consensuados, con fecha 22 de abril de 1997, mediante un documento con su versión de los “Principios establecidos por AISGE para la fijación de la remuneración que deben abonar aquellas empresas televisivas españolas que utilicen obras de su repertorio” que remitieron para su aceptación a AISGE.
- AISGE considera que tales principios se apartan de los consensuados mediante carta de 25 de abril de 1997 (Doc. Núm. 4, vid documento nº 203 de la demanda frente a CANAL PLUS). A su vez, reitera cuales son los principios presentados y válidos para AISGE: principio de establecimiento de la remuneración debida conforme a la utilización real del repertorio protegido, respetando la regla de remuneración proporcional de la utilización de las interpretaciones remuneración proporcionalmente mayor para las empresas televisivas que realicen un mayor uso); principio de neutralidad y no discriminación (conforme a una fórmula de determinación del valor minuto común a todas las televisiones), principio de fomento de la utilización de obras o creaciones del repertorio de AISGE.
- Una última reunión conjunta el 7 de mayo.
- En mayo AISGE remite un borrador de contrato a los organismos de FORTA, que en el mes de julio se trasladaría con las mismas condiciones a CANAL PLUS y al resto de televisiones. Las condiciones de dicho Convenio, como se verá posteriormente, no se alineaban con los criterios que según afirma AISGE se habían consensuado con el resto de las televisiones.
- El 31 de octubre de 1997 se suscribe un “Convenio Marco”.
- AISGE y AIE trasladan el “Convenio marco” a CANAL PLUS, ANTENA 3, TELE 5 y TVE en una carta conjunta en la que se informaban que con fecha 31 de octubre de 1997, las dos Entidades de Gestión habían suscrito Convenio marco con todos los organismos de FORTA. En dicha misiva, las Entidades AIE y AISGE ofrecían las mismas condiciones pactadas con las televisiones integradas en FORTA, respetando, las particularidades propias del negocio televisivo de cada cadena de televisión y anunciándoles que en caso contrario emprenderían las correspondientes acciones judiciales.
- CANAL PLUS, TVE, ANTENA 3 y TELE 5, rechazan la suscripción de un posible acuerdo bajo los criterios del “Convenio Marco” acusando a AISGE de haber roto unilateralmente las negociaciones y tratar de imponerles unas

condiciones comerciales consensuadas con FORTA que representa un 15% del mercado.

- En el mes de diciembre se incorporan a AISGE nuevos colectivos (actores de doblaje, bailarines y directores de escena).
- El primer emplazamiento por parte de las entidades AISGE y AIE con objeto de dar inicio al proceso negociador entre estas entidades, EGEDA y VIA DIGITAL, tuvo lugar el 28 de octubre de 1997.
- El 22 de diciembre de 1997, mediante conducto notarial, AISGE y AIE comunican a las cuatro televisiones generalistas con las que no habían alcanzado un acuerdo, el citado “Convenio Marco” como última propuesta de solución pactada (folios 227 y ss.).

8.4. Año 1998

- El 26 de enero de 1998, los representantes de TVE, SOGECABLE, ANTENA 3 y TELE 5 enviaron a AIE y AISGE sendas cartas notariales como respuesta a la carta en la que éstas les trasladaban “Convenio marco” anterior, señalando, entre otras cuestiones, que no aceptaban participar en el Convenio firmado con FORTA entre otras razones por: -ser un acuerdo concertado con una parte minoritaria del sector; -no haberseles invitado a participar en las reuniones a pesar de representar al 85% del sector; -estar en desacuerdo con un método de cálculo cuyo punto de partida son las cantidades que se quieren recaudar; -no ajustarse 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: - concepto de usuarios, -actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales sujetos, -categorías de interpretaciones sujetas o el repertorio.
- El 6 de mayo de 1998, AISGE y AIE notificaban al Ministerio de Educación y Ciencia las respectivas tarifas por el derecho de remuneración correspondiente a los artistas intérpretes o ejecutantes en relación con la comunicación pública de sus actuaciones o interpretaciones fijadas en una obra y/o grabación audiovisual. A todos los efectos, AISGE restablece la tarifa fijada en 1995 (1,5%), sobre el importe total de los ingresos mensuales de explotación de la empresa de televisión.
- El 11 de mayo siguiente AISGE y AIE remiten un requerimiento a CANAL PLUS, TVE, ANTENA 3 y TELE 5, para hacer efectivo el derecho de remuneración de acuerdo con las Tarifas generales comunicadas al Ministerio.
- CANAL PLUS, TVE, ANTENA 3 y TELE 5, en respuesta al anterior requerimiento, manifiestan su disposición para proseguir el diálogo, sin aceptar la posibilidad de hacer efectivas las cantidades adecuadas por el derecho de remuneración que AISGE y AIE les reclaman conforme a las tarifas.
- En el mes de septiembre, se interponen las respectivas demandas por parte de AISGE y AIE frente a TVE, ANTENA 3 y TELE 5, bajo la base de las tarifas comunicadas al Ministerio.

- Continúan las negociaciones con CANAL PLUS.

8.5. Año 1999

- En mayo de 1999, AIE y AISGE aprobaron sus tarifas para los actos de comunicación al público previstos en el art. 20.2.d) TRLPI, aplicables a las PLATAFORMAS DIGITALES (CANAL SATÉLITE DIGITAL y VÍA DIGITAL), en los mismos términos en que se aprobaron por AISGE en 1995 en relación con la entonces vigente Ley 43/1994 (1,5%).
- El 13 de julio se interpone la demanda de AISGE y AIE frente a CANAL PLUS bajo la base de las tarifas comunicadas al Ministerio en 1998. Y prosiguen las negociaciones con las dos PLATAFORMAS DIGITALES (Doc. Núm. 4, vid. Documentos nº 17 a 18).
- AISGE y AIE en su demanda ante el Juzgado de Primera Instancia contra SOGECABLE solicitaban del Juzgado que declarase el derecho de AISGE y AIE a establecer tarifas generales y percibir la remuneración acorde a ellas desde 1 de enero de 1995 hasta la fecha en que fuera firme la sentencia.
- AISGE continuó las negociaciones con SOGEGABLE en 1999 para llegar a un acuerdo que englobara no solo la remuneración por los actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales realizados por aquella a través del canal de televisión hertziana sino también por los actos de igual naturaleza que su filial Canal Satélite Digital realiza a través de la plataforma multicanal del mismo nombre (Digital+).

8.6. Año 2000:

- En mayo de 2000 AISGE y AIE formularon denuncia, con similar requerimiento, contra Canal Satélite Digital y contra Vía Digital.

8.7. Año 2002:

- El 19 de diciembre de 2002: AISGE y TELE 5 alcanzan un acuerdo. Según afirmación de AISGE las condiciones económicas del mismo se comunican a CANAL PLUS.

8.8. Año 2004:

- El 15 de julio de 2004: ANTENA 3 y AISGE alcanzan un acuerdo. Según afirmación de AISGE, se comunican las condiciones económicas pactadas al grupo SOGECABLE.

8.9. Año 2005:

- 24 de noviembre de 2005: AISGE y TVE alcanzan un acuerdo. Al igual que en los supuestos anteriores AISGE manifiesta que se comunican las condiciones económicas pactadas al grupo SOGECABLE.

8.10. Año 2007:

- El 18 de abril de 2007, AISGE formula demanda de ejecución provisional de las Sentencias de 2 de julio de 2001, dictada por el Juzgado de Primera instancia nº 8 de Madrid en el juicio de mayor cuantía 752/1999 y 28 de octubre de 2002 por

la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación 350/2002.

9. Remuneración acordada con otros operadores de televisión

En el presente apartado se va a utilizar como referencia aquella información que ha sido aportada por las partes con carácter no confidencial.

9.1. En octubre de 1997, AIE y AISGE firmaron un Convenio Marco con la Federación de Organismos de Radio y Televisión Autonómicos (FORTA). En dicho Convenio se establecía que, para los cinco primeros años de implantación del derecho de remuneración, y basado en unas cantidades alzadas (en millones de pesetas) para cada ejercicio anual, se cifraba en 7.000 millones de pesetas (4.000 para AISGE y 3.000 para AIE) lo que debían abonar el conjunto de las televisiones por la utilización de sus repertorios en el período 1995-1999 ambos inclusive.

El reparto entre los entes de televisión de la cantidad que correspondía pagar a cada uno se hizo en función de dos criterios, cada uno con peso del 50%: (a) su audiencia general en 1995, y (b) 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 CANAL PLUS un porcentual del 11,25% de la cifra global del sector, lo que suponía unos derechos de remuneración que ascendían para AISGE y AIE, por el referido periodo, aproximadamente a 787,5 millones de pesetas.

CADENA	Ingresos* (publicidad+ cuotas)	Audiencia General	% facturación**	Media ponderada***
TVE	71.500	37,17	28,31	32,74
TELE 5	34.955	18,69	13,84	16,26
ANTENA 3	60.447	26,26	23,93	25,10
Canal +	50.987	2,32	20,19	11,25
Sub Nacional	217.889	84,44	86,27	85,35
Canal Sur	4.700	3,33	1,86	2,60
TVC	14.700	4,65	5,82	5,24
TVM	6.306	3,13	2,50	2,81
ETB	2.200	1,21	0,87	1,04
TVG	2.181	1,01	0,86	0,94
TVV	4.600	2,22	1,82	2,02
Sub FORTA	34.687	15,55	13,73	14,64
TOTAL	252.576	99,99	100,00	100,00

Fuente: AISGE y AIE

* Expresado en millones de pesetas.

** Porcentaje de facturación sobre el global.

*** Porcentaje de audiencia más porcentaje de facturación, dividido todo ello entre dos.

Para ambas entidades, la cifra global del sector, es este supuesto, no es más que un parámetro, una referencia o una estimación que las partes contratantes aceptan a fin de fijar, a tanto alzado, la cuantía de la remuneración, en proporción a los rendimientos estimados que la utilización de dichas grabaciones audiovisuales les genera o puede generar durante el periodo de vigencia del convenio (5 años) Es

decir, la cifra global del sector, o si se quiere, la estimada y aceptada por las partes como equitativa participación de los artistas en los rendimientos derivados de la explotación de sus interpretaciones, y, por tanto, la tenida como referencia para fijar una cuota individual.

Este sistema regiría únicamente durante el periodo de vigencia del contrato: a partir del 1 de enero de 1995 y hasta el 31 de diciembre de 1999. No obstante, el acuerdo se prorrogó tácitamente por un año (2000) y en 2001 se suscribieron Convenios Singulares –bilaterales- entre las entidades de gestión y cada emisora autonómica, de las firmantes del Convenio, estableciendo la prórroga tácita de los mismos a partir de 2002, así como ciertas bonificaciones sobre la remuneración a satisfacer. Así mismo se preveía la prórroga automática en los ejercicios sucesivos, aplicando un porcentaje de incremento del 7,6 anual sucesivo sobre la base remuneratoria del ejercicio inmediato anterior.

En el Anexo de la prórroga firmado en 2001 en su Cláusula “Tercera.- Condición resolutoria” se establece “...Si durante el periodo inicial del presente acuerdo (...) o durante la vigencia de cualquiera de sus prórrogas sucesivas anuales, se produjera la normalización del sector en los términos en que ésta se define en el párrafo siguiente, cualquier de las partes podrá instar, de manera inmediata, la resolución definitiva del presente acuerdo” ... considerándose normalización del sector, “.... la situación en la que al menos dos (2) de las entidades de radiodifusión de cobertura nacional..... se encuentren obligadas a satisfacer el pago de los derechos de remuneración que corresponden a los artistas, intérpretes o ejecutantes por los actos de comunicación pública de obras y/o grabaciones audiovisuales previstos en el artículo 108.3, párrafo segundo, del TRLPI, ya sea por sentencia judicial firme o por cualquier clase de pacto entre las partes.” (folios 1794-5).

9.2. Acuerdo de AISGE con TELE 5 y otros operadores de televisión

AISGE y AIE, en septiembre de 2001, demandaron a TELE 5 ante la jurisdicción ordinaria reclamando el pago de las tarifas generales. El 5 de septiembre de 2001, el Juzgado de 1ª Instancia nº 17 de Madrid dictó Sentencia, reconociendo la existencia del derecho de remuneración al que hace referencia el artículo 108 de la LPI y su efectividad a través de AIE y AISGE. Dicha Sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, y en ella se condenaba a TELE 5 a abonar a AIE y AISGE la remuneración correspondiente al periodo 01-01-1995 a 20-09-1998, tomando como criterio de cálculo “[...] las tarifas generales comunicadas conjuntamente por las actoras al Ministerio de Educación y Cultura. [...]”.

AISGE ha solicitado confidencialidad para el contenido del contrato alcanzado con TELE 5 del que, de acuerdo con la información obrante en la DI, en enero de 2003, AISGE y TELE 5 alcanzaron un acuerdo para el período 1995-2012, en el que se establecía un sistema de cálculo de la remuneración que buscaba aproximarse a la utilización real que TELE 5 realiza de las interpretaciones de los artistas e intérpretes y a los ingresos de explotación que éstas generan, de tal manera que tras establecer diferentes categorías y tomando como referencia la parrilla de

programación de TELE 5 se fijó como base de cálculo para la liquidación un porcentaje de los ingresos publicitarios de TELE 5.

En cuanto a los contratos suscritos entre AISGE y otros operadores de televisión, todos ellos han sido remitidos con carácter confidencial por lo que no pueden servir como elemento de comparación.

De acuerdo con las afirmaciones de AISGE a la pregunta de la DI sobre a cuántos operadores de televisión se les habían aplicado las tarifas generales, respondió que "...a todas las televisiones con las que AISGE tiene suscrito convenio al día de la fecha, se les viene aplicando la tarifa comunicada al Ministerio..., más el criterio de uso efectivo y una serie de bonificaciones que únicamente pueden concretarse en el marco de un proceso negociador...".

9.3. Acuerdos de ANTENA 3 / TVE / AIE / AISGE

AISGE y AIE interpusieron en septiembre de 1998 demanda de mayor cuantía, tanto contra TVE como contra ANTENA 3 en reclamación de que se declarase el derecho de artistas intérpretes y ejecutantes a percibir una remuneración equitativa. Tras Sentencia en octubre de 2000 para ANTENA 3 y en febrero de 2001 para TVE, en la que se estimaba parcialmente la demanda y habiéndose recurrido la misma, AIE y AISGE instaron conjuntamente la ejecución provisional de la Sentencia, desistiendo posteriormente AISGE.

Mediante Auto de 21 de febrero de 2006, el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Alcobendas fijó en 14.803.554,29 € (más IVA) la cantidad por la que debía seguirse la ejecución a favor de AIE, correspondiente a la remuneración por comunicación pública de grabaciones en el periodo de 1 de enero de 1995 a 31 de diciembre de 2003.

ENTORNO JURIDICO:

10. La configuración actual de los derechos objeto del presente expediente tiene sus inicios en la Convención de Roma. La evolución de nuestra normativa ha sido la siguiente:

- Ley de Propiedad Intelectual de 1987 (LPI). El ordenamiento jurídico español, tras la vigencia de la centenaria Ley de Propiedad Intelectual de 1879, regula por primera vez los derechos conexos en la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, bajo la rúbrica "Otros derechos de propiedad intelectual". Sin embargo esta Ley, en su artículo 103 contemplaba ese derecho de compensación económica pero referido únicamente a las actuaciones fijadas en un fonograma, no a las fijadas en un soporte audiovisual, similar por tanto al entorno legal que regía a nivel internacional y el establecido en la Convención de Roma.
- La Directiva 92/100/CEE tuvo como objeto la supresión de las diferencias existentes entre las legislaciones de los países comunitarios en cuanto a la protección de otros derechos afines a los derechos de autor. En su artículo 8.1 señala:

Los Estados miembros concederán a los artistas, intérpretes y ejecutantes el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la emisión inalámbrica y la comunicación al público de sus actuaciones, salvo cuando dicha actuación constituya en sí una actuación transmitida por radiodifusión o se haga a partir de una fijación.

- Ley 43/1994, de 30 de diciembre, de incorporación al derecho español de la Directiva 92/100/CEE, en su redacción ya más allá:

Artículo 7. Radiodifusión y comunicación al público.

(...)

3. Al firmar un contrato de producción de una grabación audiovisual entre un artista intérprete o ejecutante y un productor de grabaciones audiovisuales el artista intérprete o ejecutante autoriza la comunicación pública de su actuación.

Sin perjuicio de lo anterior, el artista intérprete o ejecutante conservará, de forma irrenunciable el derecho a obtener una remuneración equitativa y única por la comunicación pública de su actuación.

Los usuarios de las grabaciones audiovisuales que se utilicen para cualquier forma de comunicación al público tienen la obligación de pagar una remuneración equitativa y única a los productores de grabaciones audiovisuales y a los artistas intérpretes o ejecutantes, entre los cuales se efectuará el reparto de la misma. A falta de acuerdo entre ellos, el reparto se realizará por partes iguales.

4. El derecho a la remuneración equitativa y única a que se refieren los apartados 2 y 3 del presente artículo se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual.

(...)

11. El régimen, tal como se había tipificado en el artículo 7 de la Ley 43/1994 se incorporó finalmente al Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el vigente Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), posteriormente modificado la Ley 23/2006, de 7 de julio. A los efectos del presente expediente procede reseñar los siguientes preceptos relativos al derecho de comunicación al público de los artistas intérpretes o ejecutantes:

Artículo 108. Comunicación pública.

(...)

5. Los usuarios de las grabaciones audiovisuales que se utilicen para los actos de comunicación pública previstos en el artículo 20.2.f) y g) tienen obligación de pagar a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de grabaciones audiovisuales la remuneración que proceda, de acuerdo con las tarifas generales establecidas por la correspondiente entidad de gestión.

Los usuarios de grabaciones audiovisuales que se utilicen para cualquier acto de comunicación al público, distinto de los señalados en el párrafo anterior y

de la puesta a disposición del público prevista en el apartado 1.b), tienen asimismo la obligación de pagar una remuneración equitativa a los artistas intérpretes o ejecutantes, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3.

6. El derecho a las remuneraciones a que se refieren los apartados 3, 4 y 5 se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. La efectividad de los derechos a través de las respectivas entidades de gestión comprenderá la negociación con los usuarios, la determinación, la recaudación y la distribución de la remuneración correspondiente, así como cualquier otra actuación necesaria para asegurar la efectividad de aquéllos.

Artículo 157. Otras obligaciones

1. Las entidades de gestión están obligadas:

a. A contratar con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, en condiciones razonables y bajo remuneración.

b. A establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa.

c. A celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente.

2. En tanto las partes no lleguen a un acuerdo, la autorización correspondiente se entenderá concedida si el solicitante hace efectiva bajo reserva o consigna judicialmente la cantidad exigida por la entidad de gestión de acuerdo con las tarifas generales.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Objeto del Expediente

Dentro de las funciones de resolución atribuidas al Consejo de la CNC, el artículo 52.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) dispone que éste podrá resolver, a propuesta de la Dirección de Investigación, la terminación convencional del procedimiento sancionador incoado cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede suficientemente garantizado el interés público.

La Dirección de Investigación fundamenta su Propuesta de Terminación convencional en la valoración jurídica siguiente:

“Como se ha visto, el presente expediente tuvo su origen en una situación de restricción de la competencia en el mercado de gestión de los derechos de la

propiedad intelectual de artistas intérpretes o ejecutantes por la comunicación pública de grabaciones en el mercado audiovisual.

Las especificidades de la propiedad intelectual y el papel relevante de la misma, que incide en múltiples sectores de la economía, exige que los mercados de propiedad intelectual funcionen de modo adecuado y sin que existan distorsiones en términos de competencia, máxime cuando para muchos usuarios la explotación de obras y prestaciones constituye un factor de producción necesario para el desarrollo de su actividad. De ahí que, a la vista de la actuación de AISGE, se llegara a la apertura del presente expediente por las distorsiones que se estaban produciendo en el mercado.

La solicitud de terminación convencional mediante la propuesta de unos compromisos, entrañaba una seria dificultad, en la medida en que la DI en ningún caso iba a entrar a valorar unas tarifas concretas y definidas como precio de unos derechos, puesto que no es materia de su competencia. Sin embargo, los compromisos que ahora propone, entiende la DI que no están referidos a la definición de una tarifa concreta, sino que, en línea con la necesidad de justificación objetiva, razonable y equitativa de las exigencias de remuneración de AISGE, lo que se propone es un sistema de cálculo general que trate de aproximarse lo más posible al cálculo de la utilización efectiva por parte cada usuario de un repertorio definido y conocido, y unos criterios generales para valorar lo que la utilización de ese repertorio supone para cada uno de los diferentes operadores, convirtiéndose de esta manera en un elemento indispensable en la negociación razonable y equitativa de los derechos de remuneración exigidos.

Esto se ve más claramente si tenemos en cuenta que:

1.- En el mercado que ahora nos ocupa, que en muchos aspectos se encuentra regulado por la LPI:

- las entidades de gestión están obligadas a hacer efectivos los derechos a una remuneración equitativa (art. 157.4 TRLPI).*
- Las entidades de gestión tienen un elevado poder de mercado, realizando normalmente su actividad desde una posición de monopolio.*
- a su vez, los usuarios de grabaciones audiovisuales tienen la obligación de pagar una remuneración equitativa (art 108.5, p 2º TRLPI).*
- y las entidades de gestión para hacer efectivos dichos derechos de remuneración deben: negociar con los usuarios, determinar la remuneración, la recaudación y la distribución de la remuneración correspondiente (art. 108.6 TRLPI).*
- Con carácter general, las entidades de gestión, en la gestión de estos derechos, han establecido unas Tarifas generales o precio de referencia A lo largo del expediente ha sido discutida la obligatoriedad o no de fijación de tarifas en los casos de remuneración equitativa (art. 157.4 TRLPI); Sin embargo, no es competencia de esta DI manifestarse sobre la correcta interpretación de la LPI, ni es imprescindible a la hora de calificar las conductas objeto de este expediente.*

Lo que es un hecho real es, que las entidades de gestión definen dichas Tarifas generales y las comunican al Ministerio de Cultura.

- *En ausencia de acuerdo con los usuarios se aplican las Tarifas generales como garantía de la mencionada efectividad, son, por lo tanto, de aplicación subsidiaria a la negociación y el acuerdo con los usuarios, con el objeto de poder hacer efectiva la remuneración equitativa en cuestión.*

Por ello, las Tarifas generales establecidas por cada una de las entidades de gestión, en este caso AISGE, juegan un papel sustancial en el funcionamiento del mercado porque con independencia de la “negociación” a la que las entidades están obligados con los usuarios, las Tarifas generales tienen una función, no únicamente subsidiaria para el caso de no alcanzar acuerdo, sino también como referencia de lo que se entiende por remuneración equitativa. Lo contrario, la no equidad en las tarifas generales, supone introducir en el mercado un elemento de distorsión generalizada en los precios, las negociaciones y por ende las condiciones de mercado.

2.- Analizada la conducta de AISGE a la luz de la denuncia y de la instrucción llevada a cabo por la DI, que se concretó en el Pliego de Hechos acreditados, se imputó a AISGE que, desde la posición de dominio que ostenta:

- *Estableció mediante unas Tarifas generales y exigió de las emisoras de televisión, una remuneración no equitativa, por la utilización de los derechos que gestiona.*

Las Tarifas generales se consideraron no equitativas, en la medida en que:

- *No guardaban relación respecto al valor económico de la prestación ofrecida.*
- *No eran transparentes ni permitían conocer los elementos remunerables por los que se exigen esas Tarifas.*
- *No eran transparentes con respecto a la remuneración exigida por esos mismos derechos a otros operadores que actúan en el mismo mercado.*
- *AISGE impuso condiciones comerciales no equitativas, mediante una estrategia negociadora y judicial abusiva, a SOGECABLE y otros operadores; aplicando, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes y colocando, en esa medida, a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*

3.- Abierta la posibilidad de terminación convencional, AISGE formuló los preceptivos compromisos que debían resolver los efectos restrictivos de su conducta en el mercado.

La DI desestimó estos primeros compromisos por considerar que:

- a. *Las tarifas generales propuestas no guardaban la suficiente relación con el bien a remunerar. En concreto se consideró que, las tarifas deben estar directamente vinculadas a hacer efectivo el pago de la remuneración por su utilización, al colectivo concreto gestionado por la entidad.*
- b. *Ese colectivo o “repertorio” gestionado, debe poderse conocer y valorar por parte del usuario del mismo, para el pago de los derechos.*

- c. *Se mantenía el tipo tarifario del 1,5 sin justificación alguna, excepto la de considerar que es de aceptación mayoritaria en el sector.*
- d. *Se mantenía la posibilidad de discriminación entre operadores cuando no se alcanzase el acuerdo en la negociación.*
- e. *Se mantenía falta de transparencia:*
 - *tanto respecto a la extensión y tipología del repertorio sujeto de la remuneración equitativa,*
 - *como a los parámetros, que sirven de base a la negociación con cada uno de los operadores*
- f. *Se consideró que era necesaria una mayor adecuación de los criterios formulados con el modelo de negocio televisivo en sus diferentes modalidades.*

4.- *Como se ha recogido en el Apartado 5 y en los Anexos al presente escrito, AISGE formuló nuevos compromisos, que posteriormente amplió y matizó en algunos aspectos (Apartado 7), por los que se ampliaban los ya propuestos, definiendo y concretando los parámetros que configuran las Tarifas generales de tal manera que su aplicación supone:*

- *Sistema de remuneración basado en el uso o utilización efectiva.*
- *Aplicación ponderada de un tipo tarifario. Previa justificación de las razones de orden económico, legal y de oportunidad que han aconsejado fijar un determinado tipo tarifario, sin variar el tipo, se modifica la base para operar, mediante la negociación con los principales operadores de televisión, como aproximación objetiva al concepto de “uso efectivo o real” del repertorio, de tal manera que se vincula dicha tarifa sólo a los ingresos generados por la utilización del repertorio administrado por AISGE*
- *Adecuación del sistema tarifario a las especialidades inherentes a cada modelo de explotación televisiva.*
- *Definición, delimitación y publicidad del repertorio administrado por AISGE.*
- *Proporcionalidad de las tarifas respecto del valor económico de la prestación de acuerdo a unos criterios objetivos: - Audiencia del canal; - Ingreso medio por abonado en el caso de operadores de televisión de pago; - Ingresos publicitarios obtenidos por el canal, y en la medida de lo posible, vinculados a la utilización del repertorio; - Intensidad de uso. Minutos emitidos y protegidos o de contenidos integrados en el repertorio gestionado por la entidad; - Exclusión de aquellas prestaciones que no formen parte, legal o contractualmente, del repertorio de la entidad.*
- *Bonificaciones no predeterminadas en todo caso, sino que el usuario o AISGE podrá proponer otros criterios para establecer esas bonificaciones, siempre que obedezcan a razones objetivas y con ello no se discrimine a los demás operadores de televisión.*

- *Ausencia de arbitrariedad y discriminación. En relación a la posible discriminación, AISGE se compromete a reclamar, exclusivamente, la tarifa acordada con otros operadores de televisión equivalentes al deudor, cuando tras una negociación fallida se haya instado la vía judicial, y ese compromiso lo concreta en el caso de SOGECABLE, con el que, como se ha visto anteriormente ha alcanzado un acuerdo.*
- *Transparencia respecto a los titulares y a la tipología de obras. Poniendo a disposición del usuario:*
 - o *Relación de titulares y de obras y grabaciones audiovisuales de su repertorio.*
 - o *Tipología de obras y grabaciones audiovisuales que incorporan prestaciones artísticas del repertorio de AISGE (Códigos TNS Sofres).*
 - o *Información sobre Convenios con entidades extranjeras*
- *Cooperación. De tal manera que ofrece a los usuarios la posibilidad de realizar conjunta o independientemente, estudios de mercado que permitan determinar el valor cualitativo del repertorio administrado por AISGE.*

5.- *A la vista de todo ello, la DI considera que la nueva configuración que en los compromisos propuestos se da a las Tarifas generales, permiten considerarlas como referencia equitativa de la remuneración debida al colectivo gestionado por AISGE, en la medida en que lo que se definen son los parámetros generales y objetivos (Anexo 1) que deben servir para la negociación posterior con cada uno de los operadores. Siendo la negociación posterior, en el marco establecido por estos parámetros, la que permita definir la remuneración debida por cada operador, de acuerdo a sus particulares circunstancias.*

Dichos parámetros o metodología, que van a ser de general conocimiento para los operadores, parecen los adecuados, en la medida en que tratan de acercar la remuneración de este derecho a un conjunto de variables, que determinan un pago basado en el uso efectivo del repertorio gestionado por AISGE.

A su vez, el repertorio que gestiona AISGE podrá ser conocido por los operadores en toda su extensión, identificando el repertorio, y la tipología de obras que gestiona AISGE, ya que ésta se ha comprometido a facilitar al usuario, relación de intérpretes y grabaciones audiovisuales en que se contengan sus interpretaciones, en relación con el periodo objeto de liquidación y/o negociación, así como la relación de convenios concluidos con entidades y organizaciones extranjeras, indicando los términos y condiciones pactados con cada uno de ellas.

Por otra parte a efectos de la “valoración del producto”, AISGE se compromete a articular la posibilidad de realizar estudios de valoración (cuantitativa y cualitativa) del repertorio, tanto por parte de la entidad como conjuntamente con el usuario si así lo desea este, así como proporcionarle la información precisa para la articulación del proceso de reparto que efectúa la entidad. De esta manera, se permite un doble método de valoración del “producto” de AISGE, desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo: uno independiente, a cargo de un tercero, y otro,

interno, a cargo de AISGE y del usuario, teniendo en cuenta los parámetros contenidos en las normas de reparto de AISGE.

También se consideran adecuadas las medidas ofrecidas para evitar la discriminación entre operadores. En primer lugar porque la existencia de unos parámetros de cálculo, de general conocimiento, hacen más difícil la discriminación entre operadores en la exigencia de la remuneración debida a los artistas e igualmente, en la fase de negociación, tanto en los supuestos de que ésta llegue a buen término, como en los supuestos de que, fracasada la negociación, se exija por otras vías. De esta manera se articulan las medidas oportunas para que haya siempre una proporcionalidad entre las tarifas generales y los precios negociados mediante acuerdos.

Todo ello lleva a concluir que, si bien la DI no es la autoridad competente para interpretar o definir criterios de aplicación de la LPI, si debe velar porque en el mercado de derechos audiovisuales no se vulneren las normas de competencia y así lo ha manifestado tanto el Consejo de la CNC, como la Comisión Europea en su Comunicación al Consejo, al Parlamento y al Comité Económico Social Europeo de 16 de abril de 2004 – La gestión de los derechos de autor y derechos afines en el mercado interior, COM 2004 –, cuando se refiere a la gestión colectiva de los derechos y subraya la capital importancia de la eficiencia, transparencia y responsabilidad de las sociedades de gestión; del mismo modo que ya lo había hecho en su Directiva 2001/29/CE sobre el derecho de autor en la sociedad de la información, señalando en el Considerando 17 que es preciso, especialmente a la luz de las exigencias derivadas del entorno digital, garantizar que las sociedades de gestión colectiva de los derechos de autor consigan un nivel más alto de racionalización y transparencia en el respeto de las normas de competencia.

Como se ha visto a lo largo de este informe, el expediente se incoó tanto contra AISGE como contra AIE, que tras el PCH pidieron separadamente la terminación convencional del mismo. En el caso de AIE no fue posible considerar adecuados los compromisos formulados, entre otros motivos porque la falta de definición concreta, real y objetiva del repertorio gestionado y la falta de transparencia del mismo, impedía valorar su uso efectivo, así como establecer el valor económico de la prestación, o justificar la base de remuneración, con los efectos discriminatorios implícitos a tal indefinición. Lo que condujo al cierre de las actuaciones para su terminación convencional.

Sin embargo, en el presente caso, se considera que se ha producido un avance en ese esfuerzo de racionalización y transparencia, siguiendo los principios de efectividad de uso y de comparación con situaciones análogas.”.

Segundo.- Marco normativo

La Dirección de Investigación concluye el Pliego de Concreción de Hechos valorando que “...AISGE y AIE han infringido el artículo 2 apartados a) y d) de la LDC y el artículo 82, apartados a) y c) del Tratado, mediante:

- *la imposición de forma directa e indirecta de condiciones comerciales no equitativas, a través de una estrategia negociadora y judicial abusiva.*
- *al establecer unas Tarifas generales por los derechos de comunicación pública que administra inequitativas, en la medida en que no responden a las exigencias de la LPI de establecer “en condiciones razonables” la remuneración que corresponde a los artistas intérpretes y ejecutantes. No guardan relación con el bien a remunerar, ni son comparables con las establecidas para ese mismo bien a otros operadores.*
- *discriminatorias, en la medida en que le han llevado a reclamar a SOGECABLE contraprestaciones económicas sustancialmente diferentes y superiores a las reclamadas a otras televisiones por las mismas prestaciones. AISGE y AIE han llevado cabo una práctica de discriminación de precios desde una posición de dominio en el mercado. Esta práctica discriminatoria ha ocasionado desventajas anticompetitivas frente a terceros contratantes y, por tanto, dicha discriminación de precios constituye un abuso desde su posición de dominio.”.*

En definitiva, el Consejo considera que la DI imputa a AISGE una única infracción de la prohibición de abuso de posición dominante, que al consistir en la exigencia a SOGECABLE, CSD y DTS del pago de unas tarifas generales inequitativas y discriminatorias, encuentra encaje en el artículo 2.2 letras a) y d) de la LDC y en el artículo 102, letras a) y c) del TFUE.

Los preceptos citados prohíben la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional (art. 2 LDC), o en el mercado común o en una parte sustancial del mismo y en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros de la Unión (art. 102 del TFUE). En relación con la afección a los intercambios comerciales comunitarios, en la Resolución de 23 de julio de 2009 (Expte. 651/08, AIE/TELE 5, FD 5º), relativa al mismo derecho que es objeto de este expediente, el Consejo sostuvo que: “... AIE cobra una remuneración por toda comunicación pública de grabaciones audiovisuales y en ese repertorio también intervienen artistas intérpretes o ejecutantes musicales de otros Estados miembros de la Unión Europea, puesto que la legislación española reserva a esta entidad de gestión colectiva el derecho irrenunciable e indisponible de cualquier artista intérprete o ejecutante musical, con independencia de su nacionalidad. Por tanto, cuando haya una comunicación pública de una grabación audiovisual, quedará afectado el comercio intracomunitario, en la medida en que las tarifas afecten a los derechos de esos artistas intérpretes o ejecutantes musicales comunitarios.”.

En la Resolución de 4 de febrero de 2008 (Expte. R 714/07, FD 6) este Consejo recordó que el mercado relevante en este expediente había sido definido en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (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.”. En este expediente, para AISGE el mercado de referencia es el de la gestión de los derechos de propiedad intelectual correspondientes a los artistas del ámbito audiovisual (actores, bailarines, dobladores y directores de escena) por la comunicación pública de sus actuaciones incorporadas a una grabación audiovisual, en el cual tiene posición de dominio. Aun más, como señala la Audiencia Nacional en su Sentencia de 5 de febrero de 2009. AISGE es un monopolista que se encuentra, por disposición legal, en *“una posición privilegiada desde el punto de vista jurídico porque los derechos de comunicación pública forzosamente deben hacerse efectivos...”* a través de una entidad de gestión, encontrándose la propia Ley de Propiedad Intelectual *“...en la base de la existencia de varias entidades cada una dedicada a explotar los derechos de autor de una concreta naturaleza”*.

Esta misma conclusión alcanzó este Consejo en su *Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual*, publicado en diciembre de 2009, es decir, que ha sido voluntad del legislador establecer un marco normativo en el que la gestión colectiva quede confiada a un determinado tipo de asociaciones sin ánimo de lucro que actúen como monopolios, así como que pese a ello no se les ha impuesto obligaciones de comportamiento que permitan contrarrestar el elevado poder de negociación (frente a los titulares de los derechos gestionados y frente a los usuarios del repertorio) que le atribuye tal poder de mercado. En particular, el Consejo concluye:

“En el ámbito tarifario, no existe control ex-ante sobre las tarifas que fijan unilateralmente las entidades, ya sea a través de la introducción de obligaciones eficaces o a través de la supervisión de una autoridad competente, puesto que las facultades que la LPI asigna a las Administraciones Públicas son muy generales y ambiguas, y sin ningún poder sancionador.

Esta circunstancia conduce a que el proceso de negociación con los usuarios no garantice que las tarifas sean razonables y equitativas. Las entidades gozan de un elevado poder de mercado y el marco legal permite que, ante una falta de acuerdo, se apliquen las tarifas generales fijadas previamente de modo unilateral por la entidad monopolística, lo que reduce los incentivos de esta última para entrar en una negociación real.

Además, la LPI no incluye obligaciones de transparencia sobre los repertorios o ámbitos de derechos efectivamente gestionados por las entidades, sobre los costes de gestión, sobre las cantidades no repartidas o sobre los contratos a los que llegan con usuarios individuales, lo que provoca problemas de información que afectan al equilibrio de la negociación.

Finalmente, el control ex-post es muy reducido. La Comisión de Propiedad Intelectual, pensada por la LPI de 1987 como mecanismo de resolución de conflictos entre las entidades de gestión y usuarios, no se ha mostrado como un instrumento eficaz para solucionar los conflictos tarifarios, principalmente porque no ha sido dotada de las competencias y de las facultades coactivas necesarias para que pudiese servir eficazmente a ese fin.” (Conclusión Cuarta).

Con el objetivo de articular un modelo de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual más favorecedor de la competencia, en el que se incrementen las posibilidades de que las entidades afronten mayor presión competitiva, que permita una reducción del nivel de conflictividad y garantice un marco eficaz de resolución de los conflictos relativos a la gestión de la propiedad intelectual, y en particular de los conflictos tarifarios, el Consejo formula al legislador dos tipos de propuestas de modificación normativa. Por un lado, con el propósito de que las entidades de gestión se vean expuestas a una mayor presión competitiva, se recomienda al legislador la revisión general del TRLPI para, en concreto, *“eliminar aquellos elementos de la LPI que están actuando de barreras de entrada legales, teniendo en cuenta de modo especial las nuevas posibilidades que brinda el progreso tecnológico. En particular: • Debe eliminarse la obligatoriedad de la gestión colectiva a través de entidades de gestión en los casos en los que se impone en la actualidad, con la excepción de cuando dicha obligatoriedad venga impuesta por una Directiva europea. • Debe sustituirse el actual sistema de autorización administrativa de las entidades de gestión colectiva por un sistema de simple registro. • Debe eliminarse la obligación de que las entidades de gestión carezcan de ánimo de lucro, disponiendo de forma expresa que se pueden constituir bajo cualquiera de las formas jurídicas admitidas en Derecho.”* (Recomendación Segunda).

Por otra parte, en tanto las entidades de gestión actúen como monopolios de hecho, con el objetivo de contrarrestar ese poder de mercado y prevenir posibles abusos e ineficiencias, se recomienda al legislador:

- (i) Revisar la regulación de la LPI relativa a los estatutos de las entidades y a los contratos de gestión con los titulares de los derechos, con el fin de dotarles de mayor flexibilidad y de facilitar el cambio de entidad gestora por parte de los titulares.
- (ii) Incluir en la LPI obligaciones de transparencia, con sanciones previstas en caso de incumplimiento. En cualquier caso, las obligaciones de transparencia deberían incorporar, al menos:
 - Obligaciones de puesta a disposición de titulares y usuarios de los repertorios (titular y obras /prestaciones) efectivamente gestionados.
 - Obligaciones de informar sobre los contratos a los que llegan con otros usuarios, cuando negocien con usuarios que realicen una actividad similar a los primeros.
 - Obligaciones de informar sobre los contratos concertados con organizaciones de gestión colectiva de su misma clase;
- (iii) Incluir como una obligación en la LPI que las entidades de gestión establezcan, al menos para determinadas clases de usuarios, tarifas que tengan en cuenta el uso efectivo, manteniendo como alternativa las tarifas por disponibilidad; (iv) para que sea un órgano regulador independiente, dotado de competencia técnica y facultades decisorias y sancionadoras adecuadas para resolver cualesquiera conflictos en materia de propiedad intelectual y, en particular, los conflictos tarifarios entre entidades de gestión y usuarios, ya sean sobre derechos exclusivos o de remuneración;

- (iv) Establecer normativamente los criterios a los cuales las entidades de gestión tengan que ajustarse para determinar las tarifas por uso de su repertorio de derechos exclusivos y/o de remuneración, y a los cuales se atenderá también la Comisión reguladora en caso de ser necesaria su intervención. Los criterios deberían incluir en todo caso los siguientes:
- *Amplitud del repertorio.* La tarifa debe ajustarse al repertorio o ámbito de derechos efectivamente gestionado por la entidad, y si existen titulares a quienes la entidad no gestiona sus derechos, éstos no deben entrar en el cálculo de la tarifa.
 - *No discriminación.* La tarifa debe ser similar para prestaciones equivalentes, esto es, para usuarios que realicen una actividad económica similar y una utilización similar del repertorio, a no ser que exista una justificación objetiva para que puedan establecerse tarifas diferentes.
 - *Valor económico y uso efectivo del repertorio.* La tarifa debe basarse en criterios que permitan su ajuste al valor económico de la utilización del repertorio.
 - *Simplicidad, transparencia y publicidad.* Los manuales tarifarios deben ser simples y claros. Las metodologías de cálculo de las tarifas deben ser accesibles a los usuarios. (Recomendaciones Tercera a Séptima).

Tercero.- Aptitud de los compromisos para resolver los efectos restrictivos de las conductas imputadas

Al valorar la adecuación de los últimos compromisos presentados por AISGE para resolver los efectos sobre la competencia derivados de las conductas que se le imputan en este expediente respecto de SOGECABLE y que quede suficientemente garantizado el interés público, no se puede obviar el deficiente marco normativo en el que se producen esas conductas, y que es al legislador a quién compete realizar las modificaciones necesarias para alcanzar un modelo de gestión colectiva más favorecedor de la libre competencia y eficaz en la resolución de los conflictos. No es la Comisión Nacional de la Competencia el organismo llamado a la aplicación e interpretación del TRLPI, en particular, no figura entre sus competencias (i) la delimitación del repertorio gestionado por la entidad de gestión; (ii) fijar las tarifas generales o establecer criterios para determinar su cuantía por el uso de los derechos de simple remuneración que son objeto de este expediente; (iii) ni menos aún fijar el precio que los usuarios de derechos de propiedad intelectual deben pagar a la entidad de gestión que los administre.

Como señala la DI en su valoración transcrita en el fundamento de derecho primero, AISGE ha propuesto como compromisos un sistema o metodología general para el cálculo de la utilización efectiva por parte de cada usuario de un repertorio que se define y puede ser conocido por aquél, así como unos criterios generales y flexibles para valorar lo que la utilización de ese repertorio supone para cada uno de los usuarios, convirtiéndose así en un elemento indispensable en la necesaria negociación del importe de los derechos de simple remuneración objeto de este expediente.

AISGE ha expuesto en sus escritos ante la Dirección de Investigación argumentos que justificarían el mantenimiento del tipo tarifario del 1,5% aprobado en 1995, pero los compromisos que ha propuesto para la terminación convencional de este expediente no

están referidos a la definición de una tarifa concreta, sino que, en línea con la necesidad de justificación objetiva, razonable y equitativa de las exigencias de remuneración de AISGE, lo que se propone es una metodología o unos parámetros que sirven de base para el sistema de cálculo de la remuneración exigida a cada operador. En consecuencia, el Consejo no se pronuncia sobre la razonabilidad del tipo tarifario fijado por AISGE.

Partiendo de las consideraciones precedentes, en el contexto del marco normativo de la gestión colectiva vigente, el Consejo considera que los últimos compromisos presentados por AISGE cumplen los requisitos exigidos por el artículo 52.1 de la LDC para resolver la terminación convencional de este expediente sancionador. Conforme con la Propuesta elevada por la DI, el Consejo considera que los últimos compromisos presentados por AGEDI, y vinculantes conforme dispone el artículo 52.2 de la LDC, son los presentados en su escrito de 13 de marzo de 2010 (T. XXV, folios 5660 a 5706) y que figuran reproducidos como Anexo 1 a la Propuesta de Terminación Convencional de la Dirección de Investigación, con las modificaciones o aclaraciones ofrecidas en su escrito de respuesta a las alegaciones de SOGECABLE, ANTENA 3 y LA SEXTA de 9 de julio de 2010 (T. XXV, folios 5804 y s.).

Son compromisos que siguen las recomendaciones formuladas por el Consejo en Resoluciones previas confirmadas por los tribunales (RTDC 27/07/2000, SAN de 14/01/2004 y STS de 18/10/2006 relativas al Expte. 465/99 *Propiedad Intelectual Audiovisual*; RTDC de 13/07/2006 y SAN de 5/02/2009 relativas al Expte. 593/05, *Televisiones*; RCNC de 9/12/2008 y SAN 10/03/2010 relativas al Expte. 636/07 *Fonogramas*; RCNC de 23/07/2009, Expte. 651/08 *AIE/TELE 5*) y en su Informe sobre la gestión colectiva citado, en aquellas cuestiones que, al margen de la voluntad del legislador, están en el ámbito de disposición de la entidad de gestión adoptar.

Son, también, compromisos que se acomodan a la doctrina jurisprudencial establecida por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en sus Sentencias de 18 de febrero y 7 de abril de 2009 y de 13 de diciembre de 2010 (ésta del Pleno de la Sala). Las dos últimas sentencias resuelven los contenciosos iniciados por AIE (y AISGE) frente a SOGECABLE (Canal+ y Canal Satélite Digital, respectivamente) en reclamación de la remuneración de los artistas por los actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales del art. 108.5.2º del TRLPI conforme a las tarifas generales unilateralmente aprobadas por aquellas entidades de gestión. Sentencias en las que el Tribunal Supremo fija una doctrina jurisprudencial que se sustenta en los puntos que siguen: (i) la existencia de un proceso negociador previo no justifica que la tarifa general se ajuste al requisito de equidad que se halla implícito en el propio concepto de remuneración equitativa del art. 108.5 del TRLPI; (ii) la fijación de la tarifa atendiendo exclusivamente a los rendimientos de explotación del usuario no puede ser aceptado; (iii) resulta más equitativo el criterio de efectividad del uso del repertorio, en la medida en que sea posible su aplicación, que el criterio de disponibilidad; (iv) el criterio de la comparación de la tarifa con los acuerdos a que haya llegado la entidad de gestión debe ser tenido en cuenta para valorar su equidad, pues ésta tiene una estrecha relación con la necesidad de que las tarifas sean comparativamente adecuadas entre unos y otros usuarios, lo cual no significa que tengan que ser idénticas, pero sí que debe proscribirse una excesiva desproporción que no aparezca justificada por razones de gestión o análogas; y (v) se debe tener en cuenta también la amplitud del repertorio en correlación

con la distribución del producto obtenido entre los titulares del derecho de propiedad intelectual.

Un elemento fundamental en esta valoración positiva de los compromisos formulados por AISGE es la posibilidad de que su repertorio pueda ser efectivamente conocido por los operadores en toda su extensión, identificando el repertorio y la tipología de obras que gestiona AISGE, ya que ésta se ha comprometido a facilitar al usuario relación de intérpretes y grabaciones audiovisuales en que se contengan sus interpretaciones, en relación con el periodo objeto de liquidación y/o negociación, así como la relación de convenios concluidos con entidades y organizaciones extranjeras, indicando los términos y condiciones pactados con cada uno de ellas (véase el fundamento de derecho 1º).

En este sentido, el Compromiso Segundo, letra B), número 1. del Anexo dispone que *“Sujeto a la oportuna autorización por parte de la Agencia Española de Protección de Datos... AISGE se compromete... a facilitar al usuario que así lo desee el acceso a una base de datos informatizada...”* que contenga los datos relativos a titulares y obras y demás grabaciones audiovisuales gestionadas por aquélla, y que *“A tal efecto, y sujeto a la precitada autorización de la Agencia Española de Protección de Datos, AISGE se compromete a poner en cada una de sus sedes al menos un terminal informático a disposición de todos aquellos usuarios de su repertorio que, habiendo solicitado cita previa, deseen consultar tales datos”*.

El Consejo considera que la normativa de protección de datos de carácter personal no supone ningún obstáculo para que el usuario pueda acceder a los datos que en ese compromiso se relacionan, no siendo necesaria ni la autorización del titular de esos datos ni la autorización de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) que se menciona en ese compromiso, y en este sentido se ha pronunciado la propia Agencia. En efecto, en el marco del expediente sancionador 630/07 DAMA/SGAE resuelto por este Consejo mediante Resolución de terminación convencional de fecha 24 de junio de 2008, la AEPD emitió informe con fecha 28 de abril de 2008 en relación a una base de datos común entre SGAE y DAMA, referida a obras audiovisuales, en la que se contengan los datos referidos a los titulares de los derechos y la entidad que tuviera encomendada su gestión, así como el acceso a la misma por parte de los usuarios de las obras a través de Internet. La opinión de la AEPD se extracta en el Antecedente de Hecho 16 de la Resolución citada en los términos que siguen que por su claridad se reproducen:

“el Servicio [de Defensa de la Competencia] considera necesario para el adecuado restablecimiento de las garantías citadas tanto la creación de la base de datos como su posible acceso por parte de los usuarios”. A continuación la AEPD recuerda que tanto la Ley 16/1989 como la vigente Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, establecen la obligación legal de cumplimiento de los Acuerdos de terminación convencional y que en los posibles deberes que se impongan en los mismos cabe el tratamiento o comunicación de datos de carácter personal, “existiendo una obligación legal de proceder a dicho tratamiento o cesión, una vez el acuerdo o resolución haya sido debidamente adoptado”, recordando que el artículo 10.2 a) del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, “dispone que no será necesario el consentimiento del

afectado “a) lo autorice una norma con rango de Ley o una norma de derecho comunitario y, en particular, cuando concurra uno de los supuestos siguientes: -el tratamiento o la cesión tengan por objeto la satisfacción de un interés legítimo del responsable del tratamiento o del cesionario amparado por dichas normas, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales de los interesados previstos en el artículo 1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre”.

Finalmente, en relación con “los datos que podrán ser accesibles por los usuarios”, la AEPD remite al propio ATC cuando dice que la base de datos “permitirá que los usuarios de las obras audiovisuales puedan saber cuál es el repertorio por el que pagan”. Además, recuerda el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999 en la que se señala que se pueden tratar los datos de carácter personal “cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”. Concluye la AEPD que “sería posible la publicación de los datos referidos a los autores de las obras audiovisuales a las que se refiere la base de datos cuando dicha publicación sea necesaria para el cumplimiento de la finalidad perseguida por el Acuerdo, cual es, como ya se ha indicado “que los usuarios de las obras audiovisuales puedan saber cuál es el repertorio por el que pagan”.

En definitiva, pues, el acceso del usuario a los datos personales que se señalan en el referido compromiso de AISGE no puede quedar sujeto a autorización alguna por parte de la AEPD.

Igualmente, siendo necesario el acceso efectivo por el usuario al contenido del repertorio para que los compromisos presentados por AISGE cumplan los presupuestos de aplicación del artículo 52.1 de la LDC, el Consejo quiere poner de manifiesto que habría sido más adecuado a ese fin el diseño de un acceso remoto y seguro a través de Internet en lugar del comprometido y consistente en el acceso mediante un terminal informático situado en la sede de AISGE y previa cita. No obstante, en aplicación del principio de proporcionalidad, considerando (i) los costes que puede tener el diseño de un sistema de acceso remoto seguro, (ii) las características del repertorio de AISGE (derechos de simple remuneración de administración colectiva obligatoria por disposición legal), y (iii) la entidad y el número de los potenciales usuarios de los derechos que son objeto de este expediente, el Consejo juzga en este caso adecuado el sistema de acceso recogido en el compromiso.

En mérito a cuanto antecede, vistos los preceptos legales y reglamentarios citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar la Terminación Convencional del expediente sancionador S/0156/09 AISGE, estimando adecuados y vinculantes los compromisos presentados por ARTISTAS INTÉRPRETES SOCIEDAD DE GESTIÓN (AISGE) el 14 de mayo de 2010, compendiados en el anexo 1 de la Propuesta de Terminación Convencional

(que se adjunta a esta Resolución), complementados con las modificaciones o aclaraciones ofrecidas por AISGE en su escrito de fecha 9 de julio de 2010 y con las consideraciones realizadas por este Consejo en el fundamento de derecho tercero de esta Resolución.

SEGUNDO.- Queda obligado al cumplimiento de los compromisos referenciados en el numeral anterior ARTISTAS INTÉRPRETES SOCIEDAD DE GESTIÓN (AISGE).

El incumplimiento de los compromisos presentados tendrá la consideración de infracción muy grave conforme al artículo 62.4.c) de la LDC y al artículo 39.7 del Reglamento de Defensa de la Competencia.

TERCERO.- ARTISTAS INTÉRPRETES SOCIEDAD DE GESTIÓN (AISGE) comunicará esta Resolución de terminación convencional junto con su anexo a todos los operadores de televisión usuarios de grabaciones audiovisuales de su repertorio, con excepción de aquellos que son parte interesada en este expediente.

CUARTO.- Encomendar a la Dirección de Investigación la vigilancia de esta Resolución de Terminación Convencional.

A estos efectos, ARTISTAS INTÉRPRETES SOCIEDAD DE GESTIÓN (AISGE) remitirá a la Dirección de Investigación de la CNC copia de las Tarifas generales comunicadas al Ministerio de Cultura, así como, en su caso, copia de los convenios posteriores con operadores de televisión que sustituyan y adapten los actualmente vigentes.

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