

RESOLUCIÓN DE INCIDENTE DE CUMPLIMIENTO DE ACUERDO DE TERMINACIÓN CONVENCIONAL (Expediente 630/07, DAMA/SGAE)

Consejo

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

En Madrid, a 24 de junio de 2008

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición expresada y siendo ponente D. Miguel Cuervo Mir, ha dictado la siguiente Resolución en relación con la vigilancia de ejecución del Acuerdo de Terminación Convencional de fecha 27 de noviembre de 2003 entre las entidades de gestión Derechos de Autor de Medios Audiovisuales (en adelante también DAMA), Sociedad General de Autores de España (en adelante también SGAE) y el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante también SDC o Servicio).

ANTECEDENTES

1. Con fecha 31 de julio de 2003 el SDC incoó Expediente sancionador contra SGAE a raíz de una denuncia de DAMA, por considerar vulnerados los artículos 1 y 6 LDC al “impedir la libre elección de entidad de gestión por los autores y el libre movimiento de los mismos entre entidades de gestión, y recaudar los derechos que correspondían a DAMA en relación con el alquiler y exhibición en las salas cinematográficas de obras audiovisuales y la comunicación pública de obras audiovisuales por televisión en España”.
2. Con fecha 27 de noviembre de 2003 el Servicio y las partes denunciante y denunciada culminaron un Acuerdo de Terminación Convencional (en adelante ATC) de duración indefinida. En el ATC, SGAE y DAMA se

comprometen a constituir una base de datos conjunta en la que consten las participaciones de cada tipo de autor, socio de estas entidades, de una obra audiovisual. También se prevé un mecanismo de resolución de conflictos en relación con los porcentajes de propiedad de cada autor. De igual modo, se acuerda un Grupo de Trabajo que estandarice todos los pasos a seguir con el fin de evitar las situaciones conflictivas, así como el mecanismo de resolución de los mismos. De igual modo, las partes acuerdan que el reparto de derechos de una obra audiovisual se haga siguiendo el criterio de 50% para autores de la parte literaria, 25% para la dirección y 25% para la música. Quedaría a salvo el pacto concreto entre autores de la obra. Dado que puede haber “autores litigiosos”, las partes aceptan aplicar el contrato más reciente. También se decide que las dos sociedades de gestión de derechos reformen los estatutos y fijen la relación del socio autor con la sociedad en tres años, prorrogable por periodos de un año. En cuanto a la recaudación de derechos cinematográficos y videográficos para el futuro, se estableció que a partir de 1 de enero de 2004 cada entidad facturaría su porcentaje y los porcentajes no documentados los facturara SGAE, poniendo a disposición de DAMA el % correspondiente. En relación con la copia privada, cada entidad cobraría su porcentaje. Además, se acordó que SGAE debía facilitar a DAMA los contactos necesarios con las televisiones para que facturara directamente, pero con un periodo transitorio máximo de un año lo seguiría haciendo SGAE. Para dar una solución a los derechos devengados y no pagados hasta el 31 de diciembre de 2003, SGAE cobraría los derechos de DAMA y DAMA facilitaría los listados de liquidación hasta 31 de diciembre de 2002. Finalmente, las dos entidades se comprometen a comunicar a los usuarios su acuerdo.

3. Con fecha 14 de marzo de 2006 se recibe en el SDC denuncia de DAMA por incumplimiento del ATC por parte de SGAE. Solicitaba reapertura del procedimiento de terminación convencional.

4. Con fecha 11 de octubre de 2006, la Abogacía del Estado, a solicitud del SDC, contesta que no se puede reabrir el procedimiento. Solamente cabe una multa coercitiva por incumplimiento de los acuerdos y como parte de la fase de ejecución del ATC.

5. Con fecha 31 de enero de 2007, funcionarios del SDC se personan en SGAE para comprobar el funcionamiento de la base de datos.

6. Con fecha 8 de mayo de 2007 se recibe en el Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante también TDC o Tribunal) Informe de Vigilancia del

SDC en relación con el ATC referido. En primer lugar, el SDC considera que para introducir competencia y transparencia en este mercado de derechos de autor de obras audiovisuales es fundamental el desarrollo y la gestión efectiva de la base de datos propuesta en el ATC. De este modo las entidades pueden competir abiertamente por hacerse con los autores y los usuarios de los repertorios conocen mejor el repertorio por el que pagan. Sin embargo, después de la denuncia de 2006 de DAMA, el SDC ha constatado que “ni se ha creado la base, ni el mecanismo de resolución de conflictos”. Además, señala el SDC que en la actualidad no es posible “determinar con claridad y exactitud la responsabilidad de cada una de las partes en dicho incumplimiento”. No obstante, las partes dejan claro que si no hubiera razones para el litigio, en cuatro meses la base de datos podría estar en funcionamiento.

La razón fundamental reside en un contencioso entre las propias sociedades de gestión acerca de si se debe incluir en la base de datos el repertorio de autores norteamericanos, “porque en España los productores no están legitimados como autores”. Las soluciones aportadas por una y por otra entidad tienen un especial impacto en el diseño de la base de datos en aquello referido a la remuneración por copia privada, cuya recaudación procede en gran parte del repertorio de autores norteamericanos. Por una parte, los derechos sobre autores norteamericanos los posee SGAE. Por lo tanto, los recauda SGAE. Ahora bien, DAMA quiere que esta recaudación entre en el reparto final, si bien, excluyendo el peso que representan estos derechos recaudados en el total. Es decir, de acuerdo con la cuota de autores que tiene cada entidad sin contabilizar los americanos. Según el SDC “lo que DAMA no puede pretender es aumentar su porcentaje excluyendo el repertorio americano pero aplicarlo a todo lo recaudado por copia privada”.

En cuanto al resto de extremos del ATC, el SDC considera que en lo relativo a autores litigiosos, plazos de vinculación de autores y reforma de estatutos, los términos están cumplidos. No obstante, en lo relativo a la cuestión de las liquidaciones del pasado, el escrito presentado por DAMA ante el SDC con fecha 15 de enero de 2007 subraya la discrepancia en cuanto al sistema de liquidación. Según el SDC DAMA no tiene razón porque reivindica un sistema de liquidación que no se corresponde con lo establecido en el ATC. Es decir, quiere que SGAE liquide de acuerdo con un sistema que se pone en marcha en 2005, cuando el acuerdo preveía que se liquidara a todos los autores por el sistema vigente en aquel momento para los autores SGAE.

En la liquidación del periodo hasta 2002, una auditoria realizada por DELOITTE con fecha 20.4.2004 señalaba que SGAE había satisfecho un primer pago liquidación a DAMA y que a fecha 21.9.2005, DAMA debía a SGAE 554.264,26 euros, porque DAMA no aceptaba la liquidación. Como era extremadamente complicado comprobar esta cuestión autor por autor, el SDC se decidió por un muestreo de autores de aquéllos que señalara DAMA. La conclusión del SDC, después de dos muestreos distintos, es que “no ha quedado acreditado el incumplimiento del ATC en lo que se refiere al periodo 1999-2002”.

En relación con la liquidación de 2003, que correspondía realizar a SGAE, el SDC también señala que estaba condicionado al importe de 2002 y que SGAE aplicaría un 40% de lo recaudado para DAMA y que se liquidarán según se vayan cobrando. Para DAMA ese 40% es un cifra exacta que se corresponde con 760.799,24 euros, tal y como se recoge en el ATC y que se especificó así para evitar polémicas. SGAE sostiene que el porcentaje del 40% es lo que hay que liquidar pero en función de lo realmente recaudado y no de una previsión. Según el SDC dado que el ATC se firmó en noviembre de 2003 y el periodo de liquidación es para todo el año 2003, “necesariamente se trataba de una previsión”. Después de calcular recaudaciones y asignar por autores socios de una u otra sociedad de derechos, el SDC llega a la conclusión de que DAMA tendría que percibir por derechos de 2003 un importe de 340.331,28 euros (folios 4732-4735 de su expediente) y no los 760.799, 24 euros que pretende.

Finalmente, el SDC señala que “no se han realizado los estudios conjuntos anuales a los que se refiere este compromiso y siguen existiendo diferencias entre las partes en cuanto al valor de los porcentajes correspondientes al repertorio audiovisual de cada una de las entidades de gestión –y que dependen, en última instancia, de la creación de la base de datos a la que se refiere el ATC-“.

7. Con fecha 7 de junio de 2007 se recibe en el TDC escrito de SGAE. En este escrito, SGAE señala que no ha sido su voluntad incumplir el ATC en la parte referida a la creación de la base de datos. Dice haber enviado a DAMA su fichero de acuerdo al formato acordado entre ellos y haber quedado a la espera de otro posterior de DAMA, para poder contrastar los datos registrados. Señala SGAE que recibió varios ficheros en formato *Excel*, que no es el que se correspondía con el formato de la base de datos. Subraya la pretensión de DAMA de hacer un tipo de reparto en lo que se refiere a copia privada que no incluya a “repertorio extranjero”, pero cuya recaudación sea

objeto de reparto. En cuanto a las posibilidades de incluir o no el repertorio extranjero, SGAE señala que lo que tiene es un contrato de representación de una entidad extranjera de derechos audiovisuales, que es la que decide el nivel de desagregación de la información que envía y que no dispone de los porcentajes concretos de los autores. SGAE propuso para superar este problema crear una base “a dos niveles”, uno para autores nacionales y otro para extranjeros, que se registraría por el título de la obra y la entidad de derechos de origen. En cuanto a la recaudación en el pasado y su relación con el ATC, SGAE se remite a lo señalado ante el SDC y recogido por éste en su valoración.

8. Mediante escrito recibido el pasado 12 de junio de 2007 en el TDC, DAMA reconoce que su petición de reapertura del procedimiento no se contempla expresamente en nuestro ordenamiento procedimental, pero habían surgido importantes discrepancias que frustraban su realización. Se refiere DAMA a ciertas lagunas en el ATC como la falta de respuesta a problemas de bloqueos en la realización, cláusulas de arbitraje o mecanismos de consulta. De hecho, para DAMA una consulta posterior de SGAE, que acabó con un Dictamen del Instructor del SDC, nunca fue aceptado por DAMA. A juicio de DAMA resulta difícil de entender que no se pueda modificar un acuerdo de estas características y cita la Sentencia de 20 de noviembre de 2002 del TJCE en el caso Lagardère.

De los tres grandes problemas que plantea el desarrollo del ATC, DAMA considera que la cuestión del “repertorio americano” no es un problema. Por el contrario, la cuestión central para DAMA es la gestión de los autores “no documentados” a la hora de alimentar la base de datos pretendida. Por una parte, en el ATC los derechos de los autores “no documentados” son recaudados por SGAE pero repartidos entre SGAE y DAMA. Esto llevaría a una competencia por los autores “no documentados”, al menos en el caso español. En cuanto a los extranjeros, DAMA considera que si el autor no da expresamente la representación internacional a su entidad de gestión nacional, entonces se debe considerar “no documentado”. En el “repertorio americano”, según DAMA, SGAE tiene acuerdo con los productores no con los autores y no con todas las entidades de gestión de productores. DAMA cita como ejemplo la IFTA (*Independent Film & Television Alliance*). Todo ello porque el sistema anglosajón es diferente al español. Los derechos en estos sistemas se compran en su totalidad y eso lo hacen los productores que los recaudan. Por otra parte, no hay derechos “por la explotación sucesiva de su obra” como ocurre en España. En este punto, DAMA señala que “no se opone a que en la base de datos se integren las obras de autores americanos que

tengan contratos con productores que permitan a estos últimos apropiarse de sus derechos, siempre que estén claramente identificados uno a uno, como lo están los de DAMA, y obra por obra, como manda el ATC”. En este punto DAMA se muestra muy crítica con la posición del SDC por su pretensión de dejar fuera directamente a todo el “repertorio americano”, sin saber quién representa los derechos de cada obra en concreto.

En relación con las discrepancias sobre recaudación y asignación de la misma, DAMA señala “que no es el papel de este Tribunal liquidar la cantidad que SGAE deberá pagar a DAMA, sino determinar en su caso si hay elementos que sugieran que se ha producido una violación del ATC sobre esta cuestión y fijar la manera en que la posible violación haya de ser corregida”. Para DAMA el apartado 8 a) del ATC señala una cifra mínima revisable al alza en función de la comprobación de lo recaudado. Para DAMA era fundamental en el modo de liquidar la cuestión del devengo de los derechos y así constaba en el ATC. DAMA considera que nunca se comprobó estos extremos y lo que se solicitó a DELOITTE fue un Informe no una Auditoría. El Informe se basa en los datos suministrados por SGAE y no se ha verificado la autenticidad de los documentos. Entre otras cosas, DAMA considera muy insuficiente que se haya comprobado “únicamente 19 pagos a autores DAMA”. En Anexo I, DAMA adjunta informe del economista Javier Ramos Torres en el que se señalan deficiencias en la metodología y el análisis realizado por Deloitte Forensic.

Por otra parte, lo detraído de la cifra mínima también es cuestionado por DAMA. Así las cantidades consignadas en los juzgados por derechos de copia privada es “lo reclamado por DAMA ante los Tribunales de eventuales deudores de DAMA, de la misma forma que tampoco ha reclamado DAMA que se corrija la cifra acordada por lo que SGAE haya cobrado de Juzgados o Tribunales con anterioridad a la fecha del ATC”. En cuanto a lo detraído porque SGAE habría pagado ya a socios DAMA en el periodo 1999-2002, después de recibir los datos del muestreo del SDC, DAMA señaló que “no se podía hacer la comprobación”, observación que fue rechazada por el SDC. No obstante, DAMA señala que al tomar vista del Expediente en sede del TDC, comprobó que SGAE había entregado los datos y que en un plazo de quince días podría hacer una valoración. Las razones para la liquidación de 2003 serían las mismas, sin embargo, DAMA observa que existe un elemento de duda en las cifras, porque han sido aportadas por SGAE y “no han sido certificadas, auditadas o confirmadas por nadie, a pesar de ser claramente discutibles. Para DAMA es difícil de entender cómo el Informe de Vigilancia se limita a reproducirlas, dándolas por correctas”. En cuanto a 2004, DAMA

señala que no ha recibido “justificaciones adecuadas ni pagos concretos”. No obstante, en escrito de DAMA recibido en el TDC el 27 de junio de 2007, DAMA reconoce “la corrección de los pagos realizados por SGAE” a la muestra de diez autores afiliados a DAMA durante el periodo transcurrido desde abril de 1999 a diciembre de 2002, manteniendo las reservas sobre el estudio y conclusiones de Deloitte y la improcedencia de detracción de ciertas cantidades, ya señaladas.

Finalmente, DAMA alega que en lo relativo a la recaudación futura de la copia privada, en la que se pone en cuestión que el porcentaje que corresponde a DAMA sea del 1,27%, sino más bien del 0,28%, el estudio en el que se basa este argumento “nunca fue realizado”. Lo único que ocurrió es que en la reunión de trabajo para establecerlo, DAMA entregó la documentación de sus asociados, pero SGAE nunca la aportó y se limitó a publicar un listado de autores “sin que se hiciera comprobación alguna de si esos autores tenían o no contrato con SGAE”. Por todo ello, DAMA solicita audiencia a ambas partes, en lo posible conjunta. También propone una auditoria para verificar los ingresos y liquidar. Si no se pudiera realizar, remitirse al ATC, es decir, 1.901.948,12 euros, de los que solamente cabría detraer 1,3 millones de euros ya cobrados a cuenta y las cantidades que SGAE justifique haber abonado directamente a socios DAMA. Para 2003, el 40% del periodo 1999-2002 y lo mismo para 2004.

9. Con fecha 15 de noviembre de 2007, el Consejo de la CNC decide celebrar una audiencia que se comunica a las partes mediante providencia.

10. Con fecha 19 de diciembre de 2007 se celebró en la sede de la Comisión Nacional de la Competencia una audiencia para examinar y buscar soluciones a las cuestiones objeto del incidente de vigilancia. A dicha audiencia asistieron personal de la Dirección de Investigación, de SGAE, de DAMA y varios Consejeros de la CNC. En la audiencia se acordó que el funcionamiento de la base de datos, en concordancia con los términos del Acuerdo de Terminación Convencional suscrito por las partes y el Servicio, resolvería los problemas de reparto, señalando las Partes que esta base de datos plantearía menos problemas con el repertorio nacional que en relación con el internacional. Asimismo, se considera que el repertorio tendría un carácter anual y que en el mismo se describirían campos como el de la entidad que tiene los derechos sobre la obra, así como la determinación de los casos en los que se entienden los derechos documentados y en qué casos no, especialmente para el caso de obras norteamericanas. De igual forma, tendría que explicitar los contratos de reciprocidad con entidades

extranjerías, así como una medición de emisiones de cada obra, con carácter también anual. En la misma también se acordó un plazo de dos meses para que las partes remitieran a la Comisión un documento en el que se recoja una propuesta que permita el cumplimiento efectivo del acuerdo de terminación convencional.

11. Con fecha 6 de marzo de 2008 entra en la CNC escrito conjunto de SGAE y DAMA en el que se adjunta como Anexo una propuesta de creación de base de datos consensuada, si bien manifiestan que están analizando las consideraciones relativas a la normativa de protección de datos de carácter personal con la Agencia de Protección de Datos. Además, y señalan que en un plazo de cuatro meses podrían comenzar a volcar los datos en la base creada.

12. Con fecha 3 de abril de 2008, la CNC mediante providencia solicita a las partes aclaración sobre cuatro puntos de desarrollo del nuevo acuerdo. En concreto, si se ha solicitado informe oficial a la Agencia de Protección de Datos y si la CNC va a tener acceso al mismo. Por otra parte, una justificación en relación con el modo de resolver los conflictos en caso de repertorio nacional o extranjero. En tercer lugar, una aclaración en relación con la introducción de la Comunidad de Bienes como fórmula transitoria de gestión de derechos en caso de conflicto o indeterminación de derechos. Finalmente, se pide conocer las implicaciones que tiene el compromiso relativo al cálculo del porcentaje de copia privada en relación con la inclusión o no del repertorio americano.

13. Con fecha 22 de abril de 2008, se recibe en la CNC escrito de SGAE y DAMA en el que se da respuesta a todas las aclaraciones solicitadas por la CNC.

14. Con fecha 5 de mayo de 2008 se recibe en la CNC escrito de DAMA en el que recuerda que “interesa al Derecho de esta parte aclarar que mantiene su reclamación en lo relativo a las cantidades pendientes de pago”, como algo “esencial para la restitución de una situación de plena competencia”. El fundamento de esta razón está en la falta de liquidez de DAMA, como consecuencia del impago de SGAE, limita su reputación en la medida en que está obligada a liquidar derechos periódicamente con los autores asociados a esta dicha entidad. DAMA adjunta al escrito un Anexo con la “Transcripción de las alegaciones Tercera y Quinta del escrito presentado por DAMA el 8 de junio de 2007 en lo que se refiere a las cantidades que SGAE todavía debe abonar a DAMA”.

15. Mediante providencia de 12 de mayo de 2008 el Consejo de la CNC pregunta a DAMA y SGAE sobre ciertos aspectos de publicidad de la futura base de datos conjunta. Se pregunta por qué se ha acordado exclusivamente el acceso de terceros a esos dos campos cuando resulta evidente que una mayor transparencia redundaría a favor de las condiciones de competencia en ese mercado. Además se preguntaba si existía alguna dificultad en relación con la debida aplicación de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal para que los terceros pudieran acceder a otros campos de la base de datos. También acerca de cuál era el motivo para que no se haya pactado el acceso de terceros al campo relativo a los diferentes autores de la obra.

16. Con fecha 16 de mayo de 2008 se recibe escrito conjunto de DAMA y SGAE en el que se comunica que SGAE ha recibido el informe solicitado a la AEPD y que se adjunta a esta Comisión como Documento nº 1. La cuestión planteada por SGAE a la AEPD estaba en relación con la “base de datos común, 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, haciéndose referencia al informe emitido por esta Agencia, de 21 de marzo de 2001”.

En su Informe la AEPD señala que “el Servicio 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 concorra 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”.

17. Con fecha 2 de junio de 2008 se recibe en la CNC escrito conjunto de DAMA y SGAE en el que contestan a la providencia del Consejo de la CNC de 12 de mayo de 2008. En este escrito las partes “consideran que no es evidente que la inclusión de los nombres de los autores entre los datos públicos contribuya en este caso a una mayor transparencia susceptible de mejorar la situación competitiva”.

En primer lugar, recuerdan para ello que SGAE preguntó en 2001 a la AEPD sobre la publicación en Internet de los datos de obras y autores y que ésta contestó que “la difusión de datos en Internet exigirá el consentimiento de los afectados”. Por eso “se planteó que el acceso por terceros fuese únicamente a estos dos campos”. En segundo lugar, señalan las partes que del Informe de la AEPD de 28 de abril de 2008, facilitado a la CNC, se pueden extraer las siguientes conclusiones: la base de datos a desarrollar no implica la violación del artículo 3.i) LOPD, su finalidad puede lograrse mediante la mera constancia del título de la obra, porque desde el punto de vista de los usuarios no es indispensable conocer los autores de cada obra del repertorio por el que abonan las correspondientes tarifas, de hecho, señalan las partes, “todas las parrillas de las televisiones se programan en función de los títulos de las obras que van a emitir, sin que se identifiquen a sus autores”.

En relación con el motivo por el cual no se ha pactado el acceso de terceros al campo relativo a los diferentes autores de la obra, las partes señalan que el motivo esencial ha sido dar cumplimiento a las indicaciones realizadas por la

AEPD que consideraba en su informe “la inclusión del autor únicamente si fuese indispensable para el cumplimiento de la finalidad prevista en el ATC”.

18. En su reunión de 19 de junio de 2008 el Consejo de la CNC deliberó y falló esta Resolución.

19. Son interesados:

- SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES DE ESPAÑA (SGAE)
- DERECHOS DE AUTOR DE MEDIOS AUDIOVISUALES (DAMA)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El Consejo debe ventilar en esta Resolución diversas cuestiones derivadas de la vigilancia del Acuerdo de Terminación Convencional (ATC) de fecha 27 de noviembre de 2003 entre el Servicio, SGAE y DAMA, así como posteriores denuncias de DAMA ante el Servicio en relación con el incumplimiento del mismo por parte de SGAE.

En primer lugar, cabe subrayar la solicitud de reapertura del procedimiento sancionador de DAMA citada en el Antecedente 3 y que se rechazó por parte del Servicio de acuerdo con lo indicado en el Antecedente 4. No obstante, el Servicio en su labor de vigilancia comprobó que efectivamente el ATC no se estaba cumpliendo en todos sus términos. La base de datos no estaba funcionando, persistía el contencioso sobre las cantidades adeudadas por recaudación de derechos de periodos anteriores y no había acuerdo sobre el mecanismo de resolución de conflictos en relación con la asignación de determinados derechos y la recaudación correspondiente.

En el presente caso, de acuerdo con la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, su artículo 31 describe las funciones del SDC y en el apartado i) cita las de “*promover y acordar la terminación convencional de los procedimientos tramitados como consecuencia de conductas prohibidas en esta Ley*”. Efectivamente, la denuncia inicial de DAMA, se convierte en un ATC que es refrendado por el propio Servicio, porque considera que “los compromisos referidos en el punto anterior facilitan el restablecimiento de las condiciones de competencia en el mercado de derechos de propiedad intelectual de autores audiovisuales”.

El Servicio llegó con SGAE y DAMA a una solución de Acuerdo de Terminación Convencional por razones de interés general. Es decir, porque la base de datos (compromiso 1) “es necesaria para que pueda lograrse un cierto grado de competencia efectiva”, al introducir “*la transparencia suficiente para evitar muchas disputas estériles entre las entidades por los derechos gestionados*”. También porque “*permitirá que los usuarios de las obras audiovisuales puedan saber cuál es el repertorio por el que pagan*”. Recordaba el propio ATC que esta base era demandada por los usuarios y en particular por las televisiones. Esto se reforzaba con el compromiso 9 en el ATC se comunicaba a los usuarios “*a los efectos de información y actuación en el futuro inmediato*”. Por otro lado, la base de datos favorecerá que las entidades de gestión compitan entre sí “por la captación de autores audiovisuales” y de este modo se obtendrá un “mayor rendimiento por los derechos al menor coste posible”, con un compromiso (2) que introducía un sistema subsidiario de reparto entre los distintos autores de una obra audiovisual.

El ATC también planteaba un objetivo irrenunciable desde el punto de vista de la defensa de la competencia: el levantamiento de las restricciones al libre movimiento de autores entre las dos entidades” (compromisos 3 y 4). Para ello se planteó una reforma de estatutos de las entidades, acortando los periodos de afiliación obligatoria, el plazo de preaviso y el propio periodo de permanencia de un autor en una de las entidades de gestión de derechos.

Por otra parte, el ATC hacía frente al problema de la participación en la recaudación de cada una de las entidades de los derechos de explotación de cada modalidad y la liquidación de los mismos, tanto pasados como presentes y futuros (compromisos 5 al 8).

SEGUNDO. El SDC en su labor *in vigilando* remite Informe al antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia, con fecha de entrada 8 de mayo de 2007. En este Informe se señala que no se ha cumplido el ATC en todos sus puntos y muy especialmente en lo referido al funcionamiento de la base de datos para la gestión y al reparto de derechos que preveía el ATC. En relación con la solución de pasado y el reparto de lo recaudado, el Servicio considera que “no se ha acreditado el incumplimiento del punto 8 del ATC”. Pero, además, afirma que el punto 7, referido a la recaudación futura de la copia privada, está en peligro si no se cumple con el funcionamiento de la base de datos.

El SDC consideraba en este Informe que “sería preceptiva la aplicación de una multa coercitiva en aplicación del artículo 11 de la LDC, con el fin de

obligar a las partes a la creación de la mencionada base de datos, teniendo en cuenta los cuatro meses que las dos entidades han estimado serían necesarios para ponerla en funcionamiento.

A raíz de esta situación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia consideró que la cuestión fundamental era el establecimiento de un nivel de competencia aceptable entre las entidades de gestión y que, a partir del propio ATC, se podría tender a ello de un modo más eficaz si se evitaba, en este caso concreto, una solución como la de la multa coercitiva, y en cambio se permitía dar una oportunidad a nuevos elementos interpretativos que permitieran superar en el menor tiempo posible el contencioso establecido, perjudicial para el interés general. Por ello, el Consejo convocó a las Interesadas y al Servicio a una Audiencia, con el único fin de hacer cumplir el ATC sobre los mismos presupuestos y acuerdos que en el mismo se establecían, pero, también, para que las Partes pudieran comprometerse ante el Consejo en el modo concreto de superar los puntos de desacuerdo de un modo definitivo.

TERCERO. El resultado más palmario de la celebración de la audiencia que consta en el Antecedente 10 fue que SGAE y DAMA se comprometen a la puesta en funcionamiento de la base de datos de los repertorios cuyos derechos tienen que gestionar, partiendo de unos contenidos que se estructuran distinguiendo las obras nacionales de las de gestión internacional. Para el caso de obras nacionales, el conjunto de campos que compondrán la base de datos será una 'fecha de registro', un 'código' para cada entidad, un 'título de obra o de serie', un 'título de capítulo', un campo de 'autores', un campo de 'categoría' por tipos de autor, un porcentaje de 'reparto', uno de 'entidad de gestión', un campo de existencia de 'conflicto' y, finalmente, una medida de utilización de la obra, con un campo denominado 'duración de la obra'. En el caso de obras internacionales, se incorporan los campos de 'nacionalidad', 'contrato de representación' y desaparecen 'título capítulo', 'autor' y 'porcentaje'.

Además, se realiza una propuesta de mecanismo de resolución de conflictos basado en que "cualquiera de las entidades señalase el campo de conflicto en la base de datos", acordando un periodo para aportar la documentación que acredite el derecho y dándose un tiempo para la solución negociada, de acuerdo con los términos del propio acuerdo. Se diferencia el mecanismo de resolución entre obras nacionales, que remite a una resolución judicial con una 'Comunidad de Bienes del Código Civil' en el periodo transitorio, y obras internacionales, que remite en caso de no alcanzarse el acuerdo al "arbitraje

de la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual para su resolución definitiva”. Finalmente, acuerdan no tener en cuenta los porcentajes que no pertenezcan a ninguna de las dos Entidades para el cálculo del porcentaje de copia privada de cada entidad de gestión y se comprometen a que, en un plazo de cuatro meses desde que se resuelva este incidente de Vigilancia por parte del Consejo, se puedan comenzar a volcar los datos en la misma. En este mismo sentido, el Consejo considera que si en el plazo de cuatro meses la base de datos no tiene un funcionamiento pleno y efectivo, se estaría incumpliendo gravemente el propio ATC.

CUARTO. A la vista del acuerdo alcanzado por las Entidades de Gestión SGAE y DAMA, y que proponen a este Consejo para el cumplimiento efectivo del apartado 1 del ATC, este Consejo considera apropiado el acuerdo de fecha 4 de marzo de 2008 alcanzado entre ellas, si bien debe matizar algunos aspectos del mismo, con la única finalidad de un eficaz restablecimiento de la competencia en los mercados de gestión de derechos de obra audiovisual.

En primer lugar, en todo momento el desarrollo y el cumplimiento del ATC deben responder al principio de transparencia al que apelaba el Servicio con su aceptación del mismo. Transparencia significa que al tratarse de un mercado en duopolio, coordinado por el correspondiente intercambio de información, que se deriva del funcionamiento de la base de datos, solamente puede aceptarse el acuerdo si hay un nivel de información en relación con su gestión que resarza con creces el daño al interés general afectado. Este principio de transparencia tiene que ser perfectamente percibido tanto por los usuarios como por los autores, como por los potenciales competidores en estos mercados.

En este sentido, el Consejo considera que la base de datos tiene que abrir todos sus campos, tanto en la versión de obra nacional como en la versión de obra internacional, a los usuarios de los derechos. No solamente por el derecho que les asiste a saber por lo que están pagando exactamente, sino porque es el único medio para compensar en parte el poder de negociación que les confiere a los duopolistas tanto la ley como la propia información intercambiada.

En relación con los autores, el Consejo manifiesta que el acceso de los mismos a la base de datos tiene que ser generoso, por lo que la base de datos también tiene que quedar accesible a los mismos, si bien no parece

estrictamente necesario para favorecer la competencia que unos autores accedan a los datos de otros autores.

En relación con los competidores, potenciales en este momento, el Consejo quiere dejar claro que el ATC que firmaron las partes no puede ser un acuerdo que no trascienda la propia esfera privada de las partes. Más bien al contrario, hay que entenderlo desde la perspectiva del interés general, representado en el mismo por la aceptación del mismo por parte del Servicio. Por ello, la base de datos debe estar abierta a cualquier competidor que se constituya legalmente como tal, siempre que acepte su propia corresponsabilidad en el modelo pactado.

En segundo lugar, los términos en los que plantea el Consejo el uso y el acceso a la base de datos está perfectamente acorde con lo expresado en el ATC y en el acuerdo posterior, propuesto de consuno por las Entidades de gestión. Pero también con la Agencia Española de Protección de Datos, que en su Informe en relación con la publicación de los datos referidos a los autores señala que ésta sería posible, “cuando dicha publicación sea necesaria para el cumplimiento de la finalidad perseguida por el Acuerdo” –se refiere al ATC-, que es, “que los usuarios de las obras audiovisuales puedan saber cuál es el repertorio por que pagan”, cosa que ha quedado acreditada por las partes cuando firmaron con el Servicio ajustarse al principio de transparencia en la gestión de la base de datos y en especial en relación con los propios usuarios de los repertorios por los que cobran derechos.

QUINTO. El Consejo entiende que, para las Entidades de gestión firmantes del ATC y especialmente para DAMA, que ha venido denunciando el hecho, el que no hayan llegado a un acuerdo de reparto de las cantidades recaudadas en estos años atrás, puede representar un problema de importancia, si bien no es una cuestión que afecte a la competencia o la supervivencia de DAMA en este mercado, en la medida en que, si se hace efectivo el cumplimiento del ATC y el desarrollo de las medidas establecidas posteriormente para ello, estos mercados estarán más abiertos a la competencia. En este sentido, el Consejo tiene que subrayar que, tal y como consta en los Antecedentes, SGAE y DAMA han sido capaces de llegar a un acuerdo acerca de la gestión de los derechos y el reparto de los mismos desde el punto de vista recaudatorio. Por lo tanto, para aquellas situaciones de conflicto en la asignación y liquidación de derechos del pasado, en las que no alcance una interpretación directa y común del texto del ATC, cabe utilizar el mecanismo de resolución que se han dado para sí, cuya instancia de resolución no puede ser en ningún caso la de este Consejo, sino la de la

jurisdicción civil y más concretamente, las instancias que ellas han señalado en su propio acuerdo de 4 de marzo de 2008.

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

HA RESUELTO

Único. Declarar que el cumplimiento efectivo del Acuerdo de Terminación Convencional de fecha 27 de noviembre de 2003, firmado por la Sociedad General de Autores de España (SGAE), Derechos de Autor de Medios Audiovisuales (DAMA) y el Servicio de Defensa de la Competencia, obliga a las partes a su ejecución, de acuerdo con lo establecido en los Fundamentos Tercero, Cuarto y Quinto de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso en vía administrativa, pudiendo interponer recurso Contencioso-Administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.