

RESOLUCIÓN (Expte. R 696/06, AEDEM/Televisiones)

Pleno

Sras y Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Javier Huerta Trolèz, Vicepresidente
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal
D. Julio Costas Comesaña, Vocal
D^a. María Jesús González López, Vocal
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Vocal

En Madrid, a 27 de julio de 2007

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen, y siendo ponente D. Emilio Conde Fernández-Oliva ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 696/06 (Exp. 2514/04 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC) de recurso interpuesto por la Asociación Española de Editores de Música (AEDEM) contra el Acuerdo de sobreseimiento del Servicio de 5 de septiembre de 2006.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 26 de septiembre de 2006, tuvo entrada en el TDC el recurso interpuesto por la Asociación Española de Editores de Música (AEDEM) contra el Acuerdo de sobreseimiento. En síntesis, alega que la valoración jurídica de la propuesta de sobreseimiento adolece de falta de motivación y que la razón fundamental de la misma se encuentra en la ausencia de una labor investigadora completa, exponiendo los motivos por los que considera que el Acuerdo de sobreseimiento no es ajustado a derecho y debe ser revocado.

Rechaza las afirmaciones del SDC relativas a sus alegaciones a la Propuesta de sobreseimiento de que se han denunciado hechos nuevos que, en todo caso, deberían ser objeto de una nueva denuncia, y que la carga de la prueba corresponde a las partes que alegan infracciones.

Adicionalmente, hace referencia a la insuficiencia de las razones y de la investigación del SDC, exponiendo los motivos de su discrepancia y los extremos cuya instrucción considera que es necesaria.

2. El 16 de octubre de 2006, el Pleno del TDC acordó Auto de Inadmisión por constar en el preceptivo Informe del SDC del artículo 47 LDC que el recurso había sido presentado fuera de plazo.
3. El 3 de noviembre de 2006, se recibe escrito de la representación de AEDEM en el que se aporta documentación demostrativa de que el recurso se interpuso en plazo, por lo que solicita que se revoque el anterior Auto y se proceda a la admisión del recurso.
4. El 6 de noviembre de 2006, se recibe el preceptivo Informe del SDC del artículo 47 LDC en el que se manifiesta que por error se consideró que el recurso había sido interpuesto fuera de plazo, cuando sí se había interpuesto en plazo, por lo que considera que debe revocarse el Auto de Inadmisión. Por otra parte, señala que los argumentos del recurrente no desvirtúan el Acuerdo de sobreseimiento.
5. Por Auto de 21 de noviembre de 2006, el Tribunal estima la impugnación efectuada contra su Auto de 16 de octubre de 2006 por el que se inadmitió el recurso interpuesto por AEDEM contra el Acuerdo de sobreseimiento de 5 de septiembre de 2006, por lo que admite a trámite el expediente y se nombra Ponente, acordando poner de manifiesto el expediente a los interesados durante el plazo de 15 días para que formulen las alegaciones y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

La denuncia que dio origen al Acuerdo de sobreseimiento por parte del SDC alegaba que se había producido una infracción de la LDC al imponerse a los autores de obras musicales para espacios televisivos condiciones abusivas consistentes en la vinculación de los contratos de encargo de obra y edición de dicha obras, así como por el cobro de precios excesivos por parte de la editorial al autor y por la duración excesiva de los contratos de edición.

Sobre esta base el SDC investigó la posible infracción de los artículos 6 (abuso de posición de dominio en el mercado relevante o por dependencia económica de los autores) y 1 de la LDC (por si los contratos de encargo y/o edición de obra constituían acuerdos prohibidos).

El SDC llegó a la conclusión de que el mercado relevante de producto más estrecho es el de obras musicales originales creadas para ser incorporadas a grabaciones y/u obras audiovisuales de televisión y que el mercado geográfico estaría delimitado por el ámbito español. El Servicio, siguiendo la línea comunitaria, deduce que difícilmente se podría calificar a las imputadas en situación de posición de dominio colectiva, dado que no se dan los requisitos necesarios de que el mercado sea transparente (los competidores no conocen los contratos individuales), la colusión no sería sostenible (no existe mecanismo de represalia) y no hay ausencia de presión competitiva (cadenas de televisión editoras y productoras compiten en la captación de música para sus producciones). Al no existir posición de dominio (individual o colectiva) en el mercado más estrecho, tampoco la habría en mercados más amplios.

Respecto a la posible situación de dependencia económica, el SDC señala que sólo podría darse si los autores no pudieran ser contratados por entidad distinta de la que les contratase en determinado momento, lo que no se da, ya que los autores pueden ser y son contratados por distintos productores de grabaciones audiovisuales para televisión (con cuotas de unos mayores que las de otros, pero sin que ninguno destaque en solitario) y por demandantes de otro tipo de músicas. Así, al no apreciarse posición de dominio o de situación de dependencia económica, se descartaba la posible infracción del artículo 6 LDC.

Respecto a si los contratos podrían ser acuerdos prohibidos por el artículo 1 LDC, el Servicio efectúa dos análisis, uno de tipo “horizontal” (para descartar o no la existencia de acuerdos o prácticas restrictivos de la competencia) y otro de tipo “vertical” (para identificar si los contratos de de encargo y/o edición contienen o no cláusulas restrictivas de la competencia).

En relación al primer análisis, al no estar acreditada la existencia de un acuerdo explícito entre las imputadas, se recurre a la prueba de presunciones para conocer la posible existencia de comportamientos colusorios (que requiere que los indicios estén plenamente probados y no sean meras sospechas, que haya un enlace preciso y directo lógico entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir, y que no pueda explicarse el comportamiento paralelo por otras razones que la concertación). En la realidad es habitual la vinculación de los contratos de encargo de obra y de los de edición, así como del establecimiento de ciertas condiciones sobre la remuneración de los editores y la duración de los contratos de edición. Pero esas prácticas pueden deberse más que a una concertación, a un comportamiento del tipo

líder-seguidor de la cadena ya instalada (TVE) y explicarse muchas de las similitudes entre los contratos-tipo de las editoriales por el seguimiento del modelo de clausulado de SGAE.

El SDC en su análisis de tipo “vertical”, en lo que se refiere a las cláusulas de remuneración de los editores, descartadas la posición de dominio o el comportamiento conscientemente paralelo de las imputadas, considera que el que se establezca una u otra remuneración (que no sobrepasan el máximo recomendado por SGAE, entidad en la que están autores y editores) no amenaza la competencia en los mercados, con independencia de que si el autor observase que su editor incumple sus obligaciones contractuales, podría acudir a la jurisdicción ordinaria.

En cuanto a la vinculación del encargo de obra y su edición, se considera inicialmente lo dispuesto en el artículo 88 TRLPI (que establece una presunción de cesión al productor de una grabación audiovisual de los derechos de explotación, aunque sin excluir que los autores puedan disponer de su aportación de forma aislada siempre que no perjudique la normal explotación de la obra), para después señalar sobre la base de lo aportado por las imputadas, que parece que la práctica de vinculación, si bien es habitual, no se produce en todos los casos. Por otro lado, parece razonable que la emisora o productora que ha encargado una obra musical quiera asegurarse la exclusiva de determinados derechos y debe considerarse que esas obras no existirían en caso de que no se hubieran encargado y que son las emisoras o la productora las que ponen valor a la obra por su difusión por televisión.

En cuanto a la duración de la exclusividad, los contratos de edición son por el máximo que el TRLPI permite a los autores y herederos conservar los derechos sobre sus obras (70 años) y como para los contratos de edición no se prevé ninguna duración de forma explícita, por lo que no se puede afirmar que los contratos incumplan el TRLPI.

6. El 15 de diciembre de 2006, se recibe escrito de alegaciones de AEDEM en el que manifiesta que debe revocarse el Acuerdo de sobreseimiento del expediente por no ser ajustado a derecho, ya que ni el SDC ha realizado una labor de investigación suficiente, ni acepta su afirmación de que se han denunciado hechos nuevos que, en todo caso, podrían ser objeto de una nueva denuncia si hubiese indicios suficientes de la existencia de prácticas prohibidas.

Estima que el Servicio contempla la conducta denunciada de forma esencialmente idéntica a su planteamiento:

- Las emisoras y productoras imputadas adquieren los derechos sobre las obras musicales originales que encargan a los autores para su incorporación a las obras audiovisuales que se emiten por televisión, imponiendo a éstos la obligación de suscribir, a la vez que el contrato de encargo de obra, un contrato de edición musical (que se estima que no es necesario suscribir para que las televisiones tengan la exclusividad en el uso de la obra musical encargada según se puede apreciar en los contratos que obran en el expediente).

- Los autores se ven obligados a firmar un contrato de edición, dado que las televisiones no contratan a autores que no editan con sus editoriales filiales y éstas editan exclusivamente las obras de los autores contratados por sus matrices.

- Los autores deben aceptar los contratos de edición impuestos (que está acreditado que son prácticamente idénticos en todos los casos), cuyo objetivo es que a través de las editoriales filiales se puedan recuperar cantidades satisfechas por las matrices a la SGAE en concepto de derechos de autor por la utilización de música en sus producciones y emisiones. Las editoriales son miembros de SGAE y perciben de ésta las cantidades que les corresponden por los derechos que el autor les otorga a la firma del contrato de edición.

Por ello, considera AEDEM que en sus alegaciones a la propuesta de sobreseimiento del SDC no se han denunciado hechos nuevos, ya que sólo se han alegado hechos o indicios que probarían la existencia de infracciones dentro de sus posibilidades. Su discrepancia con lo que el SDC considera hechos nuevos y no lo son, fundamentalmente es:

- La existencia de mecanismos de coordinación entre las imputadas en el seno de ANAEM (Asociación Nacional de Autores y Editores Musicales). Es un vínculo que existe entre las imputadas que puede llevar a una actuación como entidad colectiva en el mercado y permitir una posición de dominio colectiva desde la que pueden incurrir en conductas abusivas. Considera que ello es un elemento de hecho para probar que la figura del abuso de posición de dominio colectiva es aplicable a las imputadas.

- Negativa de las imputadas a contratar a quienes hubiesen trabajado en algún momento para una competidora. Trata de ilustrar la situación de dependencia económica en la que están los autores frente a las

televisiones y la situación de poder que tienen éstas a efectos de aportar elementos en relación a una posible infracción del artículo 6 LDC.

- La no competencia entre las imputadas por los autores de obras musicales. AEDEM pretende corroborar la actuación conscientemente paralela de las imputadas, ya que actúan de manera idéntica en sus relaciones con los autores.

- La existencia de una sociedad común entre A3 y T5. Es un elemento que AEDEM ha conocido y considera relevante para ilustrar las relaciones entre las imputadas, ya que puede llevar a una posición de dominio colectiva o estar en el origen de la concertación entre las imputadas.

Por otra parte, discrepa de la afirmación del SDC de que la carga de la prueba de infracciones recae sobre los denunciados, ya que la obligación de instrucción en un expediente sancionador corresponde al Servicio, según el artículo 37 LDC. Ello es así ya que puede que se detecten indicios, pero no se sea capaz de probarlos fehacientemente y es el SDC quién debe investigar y esclarecer los hechos dentro de la instrucción del expediente una vez acordada su incoación. Deduce de la doctrina del TDC una diferencia entre la investigación anterior a la incoación del expediente, dirigida a completar la información aportada por la denunciada, y la labor de instrucción que debe llevar a cabo el SDC una vez incoado el expediente. No puede dictarse un Acuerdo de sobreseimiento amparándose en que los hechos que quedan por investigar deben ser probados por los que los alegan, considerando como apoyo a su planteamiento la doctrina del TDC (expedientes r 665/05, ADICAE/La Caixa, y r 212/97 Comercial Potasas).

AEDEM estima que el SDC no puede sobreseer el expediente hasta no haber llevado a cabo toda la investigación necesaria para determinar si se ha producido alguna infracción de la LDC. En relación al artículo 6 LDC, considera que hay que analizar los vínculos entre las imputadas en ANAEM, Asociación sectorial en la que están presentes las editoriales denunciadas, ya que puede llevar a que se comporten en el mercado de forma coordinada como una entidad colectiva. Rechaza la afirmación del SDC de que no se da la transparencia necesaria en el mercado que permita una posición de dominio colectiva dado que las imputadas tendrían que conocer todos los contratos que firman las demás con los autores. Considera que existen pruebas, al menos indiciarias, de la transparencia, ya que se ha acreditado que existe una similitud, hasta la práctica identidad, entre los contratos-tipo de todas

las imputadas (similitud que ha llevado al TDC a sancionar una conducta en el expediente 588/05, Distribuidores de Cine). En su opinión, el SDC ha optado sin prueba que lo sustente, por considerar que el mercado no es transparente.

En relación al artículo 1 LDC, el SDC descarta la existencia de una concertación entre las denunciadas por considerar que existe una explicación alternativa a la concertación que podría justificar el comportamiento paralelo acreditado. Para el Servicio, el modelo de clausulado de la SGAE que conocen todas las imputadas, el que los entrantes en el mercado de televisión imitaran la práctica de la ya instalada y el que las editoras tengan mayor poder que los autores, no puede obviarse cuando se buscan explicaciones a las coincidencias en los contratos-tipo. Pero para AEDEM no puede obviarse tampoco el hecho de que las imputadas tienen estrechas relaciones entre sí a través de ANAEM, ni el que existen sociedades en participación entre algunas de ellas (como parece ser el caso de T5 y A3) ni que el alto grado de transparencia en el mercado permite a las imputadas un conocimiento sustancial del comportamiento del resto. En su opinión, demostrada la identidad de contratos de todas las imputadas, el SDC no ha investigado lo suficiente para conocer las razones de su comportamiento paralelo.

AEDEM reitera la necesidad de que el SDC complete la instrucción llevando a cabo, al menos, una serie de actuaciones de investigación sobre:

a) las funciones y objetivos de ANAEM para esclarecer los vínculos entre las imputadas; b) cuántos de los autores musicales que suscriben un contrato de encargo de obra suscriben un contrato de edición con la editorial filial de otra emisora o productora; c) el mercado en el que operan las denunciadas a efectos de conocer su transparencia y el conocimiento por parte de cada una del comportamiento de las demás respecto a las relaciones con los autores; y, d) las condiciones en las que se producen los encargos de obras musicales para determinar la situación en la que están los autores respecto a emisoras y productoras en la negociación y la posibilidad de los mismos de trabajar indistinta y alternativamente con otras emisoras y productoras.

Además, solicita que se requiera a SGAE para que manifieste si tiene constancia de que haya cesión recíproca de obras musicales entre las televisiones para obtener el máximo rendimiento posible que pueda llevar a que las entidades imputadas se comporten en el mercado como entidad colectiva así como para que determine el porcentaje de

ingresos de los autores de música para audiovisual (sobre todo los asociados a MUSIMAGEN) respecto a los ingresos provenientes de productoras y emisoras, a efectos de determinar la situación de dependencia económica en la que se encuentran los autores respecto a éstas; y para que comunique información relativa a los ingresos que obtienen las editoriales denunciadas a efectos de determinar la importancia de la conducta denunciada y el daño que se deriva para los asociados a AEDEM.

7. El 21 de diciembre de 2006, se recibe escrito de A3 en el que solicita que se confirme el Acuerdo de sobreseimiento. Entiende que los motivos del recurso son más formales que de fondo y que tienen su propia defensa en el contenido del Acuerdo de sobreseimiento, al que se remite en todo punto, sin perjuicio de exponer que su actuación no vulnera la normativa de la competencia.

En todo caso, el recurso pone de manifiesto los hechos denunciados y su valoración por AEDEM, por lo que A3 considera necesario analizar lo alegado por el recurrente.

Señala que a la hora de incorporar música a sus producciones audiovisuales tiene dos posibilidades:

a) Acudir al mercado y obtener la correspondiente licencia (vía SGAE - que es la inicialmente más económica- para meras producciones o vía editoriales/autores para obras audiovisuales y con la que A3 tiene un contrato que le permite la incorporación de cualquier obra de su repertorio a una producción audiovisual).

b) Acudir a un autor y encargarle la creación de una obra, opción cuyo objeto es rentabilizar al máximo la inversión efectuada en la creencia de que la explotación de la obra en sus emisiones repercutirá favorablemente en la explotación de la obra en otros medios. Así, se sale del mercado audiovisual para entrar en el mercado musical y se quiere tener todos los derechos de explotación de la obra buscando un autor que esté interesado en cederlos y que no los haya cedido anteriormente. El contrato de encargo de obra confiere a A3 el uso exclusivo de la obra musical encargada, exclusión que comprende a cualquier otra persona e incluso al autor que no puede firmar un contrato de edición con terceros, al menos, sin previa cesión por A3 de los derechos que ha adquirido, pues estaría realizando una doble cesión de derechos.

Las razones para incluir en el contrato de encargo de obra la exigencia de que el autor firme un contrato de edición con la editora filial son:

a) Organizativas: A3 Editorial (filial al 100% de A3) es la que desarrolla la actividad del grupo en el mercado musical, por lo debe ser cesionaria de los derechos.

b) Jurídicas: el artículo 49 LPI exige el conocimiento expreso del cedente para la transmisión de los derechos en exclusiva del cesionario.

c) De mercado: impuestas por la SGAE, entidad que permite la obtención de los ingresos derivados de la explotación de los derechos cedidos por el contrato de encargo de obra, la cual exige para poner su “maquinaria” a disposición de un cesionario de derechos, que éste sea editor y que comparta con el autor los rendimientos de la obra (en determinada proporción).

En relación a la cesión de derechos de explotación de una determinada obra (artículo 42 y siguientes LPI), matiza lo siguiente:

a) La “cesión otorgada por el autor a título oneroso le confiere una participación proporcional en los ingresos de explotación en la cuantía convenida con el cesionario” (art. 46 LPI), siendo el contrato de edición el que determina cuál es la participación proporcional en los ingresos derivados de la explotación además de la cantidad entregada a tanto alzado.

b) La cesión en exclusiva “constituye al cesionario en la obligación de poner todos los medios necesarios para la efectividad de la explotación concedida, según la naturaleza de la obra y los usos vigentes en la actividad profesional, industrial o comercial de que se trate” (art. 48 LPI).

Luego la cláusula que exige la firma del contrato con la editorial filial es consecuencia ineludible de la cesión en exclusiva de los derechos de explotación, siendo la propia LPI la salvaguarda de los derechos de autor para casos de abuso.

Señalada la motivación para que haya una cláusula en el contrato de obra que obliga a firmar un contrato de edición con la editorial filial, común a cualquier operador de televisión, lógicamente se debe reproducir en todos los contratos de encargo de obra, siendo el modelo de TVE el que han seguido las televisiones privadas.

Si el autor pudiera ceder los derechos a otra editorial, el mercado de creación de música “caería en picado”, ya que se sustituirían esas obras musicales por otras creadas con anterioridad, que tienen la ventaja de ser conocidas e implican un ahorro económico, ya que en la mayoría de los casos no se requeriría el abono de cantidad adicional alguna, dado que estarían incluidas en el montante total que las televisiones pagan a SGAE para poder incorporar las obras de su repertorio. Así, el encargo de obra es porque se apuesta por su explotación completa, suponiendo que el sobre coste que implica el encargo puede más que compensarse con los rendimientos que se obtendrán.

8. El 21 de diciembre de 2006, se recibe escrito de T5 en el que solicita que sus alegaciones sean consideradas confidenciales, acordándose en el Pleno celebrado el 18 de enero de 2007 su devolución al interesado por considerar que no cabe mantener confidenciales las alegaciones formuladas en el mismo al tratarse de un procedimiento de recurso. No obstante lo anterior, por Providencia de 22 de enero de 2007, se da un plazo de diez días para la presentación de otro escrito no confidencial o el mismo si se retira la solicitud de confidencialidad.
9. El 5 de febrero de 2007, se recibe escrito de alegaciones de T5 en el que solicita que se desestime el recurso de AEDEM, si bien en el párrafo final figura que las alegaciones se consideren confidenciales, lo que se subsana por escrito de 12 de febrero de 2007, en el que solicita que no se tenga por realizada la afirmación realizada en ese último párrafo de la versión no confidencial recibida el 5 de febrero de 2007.

Después de exponer la motivación del recurso de AEDEM, T5 alega en relación a la existencia de mecanismos de coordinación en ANAEM que, al margen de que sea o no un hecho nuevo, no se ha demostrado y si se demostrara no es en sí prueba de que las infracciones denunciadas se hubieran cometido. AEDEM sostiene que se trata de un hecho que se ha alegado para avalar que las imputadas actúan como una entidad colectiva en el mercado, de lo cual puede inferirse una situación de posición de dominio colectiva a efectos del artículo 6 LDC, pero se confunde y es incongruente, ya que en el expediente han sido imputadas tanto televisiones como editoriales musicales y productoras audiovisuales. Por ello, es difícil que una asociación que aglutina a autores y editores musicales (principalmente para televisión y radio) pueda considerarse representativa de las televisiones o productoras. Así, no está claro respecto de quién predica AEDEM la posición de dominio colectiva y de hacerlo respecto a la totalidad de las imputadas

estaría mezclando agentes que actúan en distintos niveles de la cadena de valor (autor-editor-productora-televisión) sobre los que no puede sostenerse que en conjunto ostenten posición de dominio alguna, dado que operan y compiten en mercados distintos.

Considera que no puede sostenerse que ANAEM constituye un vínculo entre las imputadas que haga que se comporten de forma coordinada en el mercado si cada editorial negocia con los autores la firma de contratos individuales y éstos suscriben contratos con las cadenas o las productoras, ni tampoco que las similitudes que pueda haber entre los contratos-tipo de edición se deben a comportamientos coordinados, pues la razón de ello radica en la condición de miembro de SGAE y en el seguimiento de las recomendaciones de clausulado que dicha entidad realiza y que de modo general se sigue por el sector.

No tiene sentido tampoco la tesis de AEDEM de que existe posición de dominio colectiva por el hecho de que haya coordinación en el seno de ANAEM, al menos en la actividad en la que actúa T5 (televisión y editorial), no sólo porque T5 o su editora filial no pertenecen a ANAEM, sino porque el argumento de AEDEM desconoce la lógica económica que concurre cuando se produce una situación de posición de dominio colectiva en un mercado (la maximización de un beneficio común, debiendo las empresas tener incentivos para coordinar su comportamiento por resultar rentable para todos a largo plazo, esto es, se superan con creces los beneficios de un comportamiento competitivo a corto plazo). No basta con la existencia de vínculos o que se den ciertas características en el mercado para que haya posición de dominio colectiva, ya que debe considerarse si los operadores tienen un incentivo importante para converger hacia resultados coordinados o para prescindir de una conducta competitiva.

La creación de filiales de edición por las televisiones no requiere que el resto de las televisiones lo hagan a la vez, ya que la maximización del beneficio se debe a que la integración vertical de actividades (edición musical) contribuye a reducir costes de la actividad principal (hacer televisión) donde hay una fuerte competencia.

En todo caso, la existencia de posición de dominio colectiva requiere una serie de requisitos (por ejemplo, transparencia y concentración del mercado, poder de represalia para los incumplidores, capacidad de imponer condiciones de mercado a terceros competidores, etc., según resumen de la Comisión Europea en el Ap. 3.1.2.1. Jurisprudencia TPI y TJCE de las “Directrices sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador de las

redes y los servicios de comunicaciones electrónicas”, 2002/C165/03) que no se limitan a la existencia de mecanismos de coordinación o la apariencia de actuación como una única entidad colectiva, y que no se dan en este caso, por lo que no hay necesidad de seguir comprobando los requisitos invocados por AEDEM, que por sí solos no implican la existencia de una posición de dominio colectiva.

Por lo anterior, estima acertada y suficiente la argumentación del SDC y está de acuerdo que cuando hay que recurrir a la prueba de presunciones, la existencia de explicaciones alternativas razonables a las coincidencias de comportamientos de competidores en un mercado, debe llevar a la conclusión de que no se ha acreditado una infracción del artículo 6 LDC.

Se discrepa también de la afirmación de AEDEM en relación a la negativa de las imputadas a contratar a autores que hubiesen trabajado con una competidora, señalando que no se ha aportado ninguna prueba de que se esté produciendo y sea una práctica general. La afirmación de AEDEM trata de ilustrar una situación de dependencia económica de los autores respecto de las imputadas, que se desvirtúa por sus propias declaraciones (“existen algunos autores que desarrollan la mayor parte de su actividad creando música para obras audiovisuales, pero estos casos son raros, y no trabajan exclusivamente para la televisión sino que también pueden dedicarse a colaborar en obras cinematográficas, música para video juegos, etc.”). Pero, incluso aunque se diera esa negativa, no por sí misma sería un abuso contrario a la LDC, ya que habría que analizar si en cada caso puede o no estar justificada por alguna causa objetiva (incumplimiento de contratos anteriores, exclusividad de servicios, etc.).

Para AEDEM su alegación sobre el supuesto pacto de no competencia entre las imputadas por los autores de obras musicales no pretendía introducir un hecho nuevo, ya que trataba de corroborar las tesis de que las denunciadas habían adoptado una conducta conscientemente paralela contraria al artículo 1 LDC. La no competencia entre las imputadas sería una consecuencia de la vinculación del contrato de encargo de obra de una empresa con el contrato de edición con la editora filial de otra emisora. Para AEDEM, la uniformidad de comportamiento de las imputadas se demuestra por la identidad de los contratos de edición.

A este respecto T5 reitera las recomendaciones de SGAE en relación con los contratos de edición, pero el hecho de que en realidad no se dé, según alega AEDEM pero no demuestra, el que un autor cree una obra

para una emisora y lo edite con la editora de una emisora competidora, no es por la existencia de pacto alguno de no competencia entre emisoras, que no lo hay, ya que es por la lógica propia de la situación de fuerte competencia en la que están las cadenas.

Para T5 no es lógico que se encargue y financie una música para la producción propia, y se acepte que la edición la lleve a cabo una emisora competidora. Supondría generar ingresos para la competidora –según corresponda por el contrato de edición- al comunicar al público la música, a la vez de “quedar en manos del competidor para el conjunto de explotaciones que de la producción o programación propia quiera hacer la cadena que encargó la obra (toda vez que la obra musical ha quedado incorporada al programa o producción de que se trate y la editorial de la competencia tendría los derechos necesarios para su explotación)”.

Además, según ha quedado acreditado por los escritos aportados por T5 en el expediente ante el SDC, si bien hay casos en que el encargo de obra musical se ha acompañado de la edición de la misma por la editora filial, la frecuencia de dichos casos hace que sea irrelevante su influencia en el mercado, aspecto que se refuerza si se compara con el índice de obras utilizadas por T5 que no estuvieron relacionadas con un contrato previo de encargo de obra por la misma. Luego, en la mayoría de los casos, la obligatoriedad de edición con una editora filial no es un requisito imprescindible para que una música pueda emitirse o explotarse por una emisora, con lo que la actividad de autores o editoras independientes no se ve mermada por la actuación de T5.

Lo importante para la televisión es tener todos los derechos necesarios para explotar la obra musical en sus emisiones, lo que puede venir:

- de forma originaria: se encarga la obra y se edita por una editora filial, lo que viene justificado por el artículo 57 LPI en relación a que la cesión de derechos ha de realizarse de forma independiente y separada.

- de forma derivada: se interesa la cesión de derechos por parte de quien los tiene (normalmente productora audiovisual y/o editor musical).

Para T5 la afirmación de AEDEM sobre existencia de una sociedad en común entre A3 y T5 trata de ilustrar las relaciones entre las imputadas, así como la falta de transparencia en el mercado, que podría llevar a que hubiera una posición de dominio colectiva o una concertación entre las imputadas. Se rechaza esta alegación de AEDEM por ser totalmente falsa, pero en el hipotético caso que hubiera existido, por sí

misma no sería demostrativa de que las imputadas operan como una entidad colectiva a efectos del artículo 6 LDC, ya que en ese caso habrían existido dos entidades asociativas entre las imputadas (la alegada AEDEM a la que no pertenece T5, y la supuesta sociedad en común) y se produciría el efecto contrario: no existiría una percepción única de las imputadas por parte de los consumidores.

En relación a la carga de la prueba y la investigación realizada por el SDC, AEDEM confunde la instrucción en la tramitación del expediente con la determinación final de las responsabilidades procedentes, en su caso, a través de la resolución final.

Las imputaciones del SDC deben estar fundamentadas y probadas, aunque durante la tramitación su obligación es realizar las actuaciones que considere necesarias para esclarecer los hechos y determinar las responsabilidades. A las partes les corresponde la carga de probar las alegaciones que realicen en el procedimiento.

Por todo lo expuesto, T5 estima que no procede acceder a la solicitud de AEDEM de realizar actos de instrucción complementarios y que el sobreseimiento del expediente es acertado, por lo que considera que procede desestimar el recurso de AEDEM.

10. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este expediente en su sesión de 18 de julio de 2007.

11. Son interesados:

- Asociación Española de Editores de Música (AEDEM)
- Televisión Española (TVE)
- Editora Musical RTVE
- Antena 3 de Televisión (A3)
- Antena 3 Editorial
- Gestevisión Telecinco (T5)
- Editora Musical Telecinco
- Globomedia
- Globomedia Editora Musical
- Televisió de Catalunya
- Principal de D'edicions
- Asociación de Compositores de Música para Audiovisual (MUSIMAGEN)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El Tribunal debe analizar si el Acuerdo de sobreseimiento es ajustado o no a Derecho, valorando además las alegaciones del recurrente sobre los hechos que el SDC considera que son nuevos por no figurar en la denuncia, así como si el mismo ha realizado la investigación necesaria.
2. AEDEM sostiene que el SDC ni ha realizado una investigación suficiente ni acepta su afirmación de que se han denunciado hechos nuevos.

Alega que los que el SDC considera hechos nuevos en sus alegaciones a la propuesta de sobreseimiento no son tales, ya que sólo tratan de probar la existencia de infracciones. Por otra parte, discrepa del criterio del SDC de que la carga de la prueba corresponde a los denunciados, ya que puede que haya indicios y no se sea capaz de probarlos fehacientemente, siendo el Servicio quién debe investigar los hechos. Además detalla la serie de actuaciones que considera que debe hacer el Servicio para completar la instrucción.

3. A3 considera que debe confirmarse el Acuerdo de sobreseimiento. Señala las posibilidades que tiene para incorporar música a sus producciones audiovisuales y detalla las razones para que se firme un contrato de edición con la editora filial así como la motivación para que haya una cláusula en el contrato de obra que obliga a firmar un contrato de edición con la editora filial, señalando que en caso de que el autor pudiera ceder los derechos a otra editorial, el mercado de creación de obras musicales sería sustituido por otras ya creadas, que son conocidas y comportan un ahorro económico, ya que en la mayoría de los casos estarían incluidas en el montante total que las televisiones pagan a SGAE para incorporar obras a su repertorio.
4. T5 afirma en relación a la existencia de mecanismos de coordinación en el seno de ANAEM, que sea un hecho nuevo o no, se ha alegado para avalar que las imputadas actúan como entidad colectiva en el mercado, lo que es incongruente ya que están imputadas televisiones, editoriales musicales y productoras audiovisuales, y es difícil que una asociación en la que están autores y editores musicales pueda considerarse representativa de televisiones y productoras. Así, no está claro de quién se sostiene esa posición de dominio colectiva y de hacerlo para todas las imputadas estaría mezclando agentes que operan en distintos niveles de la cadena de valor (autor-editor-productor-televisión). Además no basta que se considere que hay mecanismos de coordinación o apariencia de actuación colectiva, ya

que en todo caso se requieren una serie de requisitos para la existencia de una posición de dominio colectiva que considera que no se dan en este caso.

Por otra parte, plantea la motivación de la creación de filiales por las televisiones y rechaza las alegaciones de AEDEM respecto a la negativa a contratar a autores que hubiesen trabajado con una consultora, así como sobre el supuesto pacto de no competencia, así como sobre la existencia de una sociedad común entre A3 y T5 que alega que es falsa, y que aunque hubiera existido no demostraría que operan como entidad colectiva a efectos del artículo 6.

Por último, en relación a la carga de la prueba considera que es a las partes a quién corresponde probar las alegaciones que se realicen en el procedimiento.

5. La denuncia que dio lugar al sobreseimiento alegaba infracción de la LDC al imponerse a los autores de obras para espacios televisivos condiciones abusivas consistentes en vincular los contratos de encargo de obras y de edición de dichas obras y por la duración excesiva de los contratos de edición y el cobro de precios excesivos por parte de la editorial al autor, por lo que el SDC investigó la posible infracción del artículo 6 (abuso de posición de dominio o de dependencia económica) y del artículo 1 (por si los contratos constituían acuerdos prohibidos).

El SDC definió el mercado de producto relevante como el de obras musicales originales creadas para incorporarse a grabaciones y/u obras audiovisuales para televisión y el mercado geográfico como el territorio español. La conclusión a la que llegó era que no se puede considerar que las imputadas tuvieran posición de dominio individual, ya que las cadenas no pueden actuar con independencia de las demás en el mercado, ni tampoco de dominio colectiva, ya que en este último caso no se daban los requisitos necesarios para ello. Por tanto, al no haber posición de dominio en el mercado más estrecho, no la hay en otros más amplios.

Respecto a la dependencia económica, el SDC considera que no se da en tanto los autores pueden ser contratados por distintos productores de grabaciones audiovisuales para televisión y por demandantes de otro tipo de música.

Por todo lo anterior, no se considera acreditada infracción del artículo 6 LDC.

En relación al artículo 1 LDC el SDC hizo dos análisis: uno horizontal y otro vertical. El primero trataba de comprobar la posible existencia de acuerdos restrictivos de la competencia, para lo que, al no acreditarse la existencia de un acuerdo explícito entre las imputadas, recurrió a la prueba de presunciones. Para el Servicio si bien resulta habitual la vinculación de los contratos de encargo de obra y de edición, así como el establecimiento de ciertas condiciones sobre la remuneración de los editores y la duración de los contratos de edición, ello puede deberse más a un comportamiento tipo líder-seguidor de TVE y explicarse las similitudes en esos contratos por un seguimiento de las recomendaciones de clausulado de SGAE. En el análisis vertical, en lo que se refiere a las cláusulas de remuneración de los editores, el SDC llegó a la conclusión de que el que haya una u otra remuneración, en tanto no sobrepasen el máximo recomendado por SGAE, no se amenaza a la competencia.

En cuanto a la vinculación de los contratos de encargo de obra y edición, si bien puede ser habitual, no se produce en todos los casos. Para el SDC, es razonable que quien encargue una obra quiera asegurarse la exclusividad de los derechos, así como el que esas obras no existirían a falta de encargo, y que son las emisoras o productoras las que ponen valor a la obra por su difusión por televisión.

Respecto a la duración de la exclusividad de los contratos de edición, el SDC considera que el TRLPI no prevé explícitamente nada, por lo que esos contratos se hacen por el máximo que la ley permite a autores y herederos conservar sus derechos.

6. El Tribunal comparte la argumentación del SDC y considera que entre las diversas posibilidades existentes para determinar el mercado de producto relevante (mercados de obras musicales para incorporarse a grabaciones audiovisuales destinadas a televisión, para producciones audiovisuales, y para obras en general), tanto desde la perspectiva de la oferta, atendiendo a las diferentes características de las obras según su destino y forma de explotación y obtención, como desde la de demanda, se puede diferenciar un mercado diferenciado de músicas para programas de televisión. Con todo, es necesario tener presente que puede haber sustituibilidad por el lado de la oferta, puesto que aquellos compositores que producen obras musicales para otros medios podrían reorientar sus esfuerzos creadores hacia la composición de músicas para obras audiovisuales. Además, como el Servicio señala, la dimensión de las obras en la televisión es más breve y en cierto sentido menos compleja que la obra musical que se emplea en otros medios (bandas sonoras de cine), lo que facilita esta

sustituibilidad. Prueba de ello es que, según se menciona en el expediente, hay autores que simultanean la composición para varios medios. De esta forma, si en el mercado de producto más estrecho posible, que es el de las obras musicales originales creadas para incorporarse a grabaciones y/u obras audiovisuales de televisión no se aprecia situación de posición de dominio, tampoco la habrá en los otros dos mercados posibles de mayor amplitud. Pero, en todo caso, habrá que tener en cuenta que la oferta a la que pueden acceder los editores es relativamente flexible.

El TDC comparte también la delimitación que hace el Servicio del mercado geográfico, ya que las características del producto y los usos del sector en el encargo de obras, así como la poca demanda de nuestros productos en el extranjero, aconsejan definirlo como el territorio español.

El análisis de la posible existencia de posición de dominio se plantea desde la doble perspectiva posible: situación de posición de dominio individual o bien, colectiva. En cuanto a la primera, el Tribunal considera que ninguna de las cadenas y productoras imputadas destaca significativamente sobre las demás, por lo que difícilmente podría actuar con independencia de las posibles reacciones del resto en el mercado compitiendo por los mejores compositores u obras musicales.

Por otra parte, en cuanto a la posición de dominio colectiva, el Servicio sigue la doctrina comunitaria y del TDC, deduciendo que la misma no se da en el caso de este mercado oligopolístico por no cumplirse los tres requisitos exigibles: transparencia (no se conocen los contratos individuales por los competidores ya que no es suficiente que se conozcan los contratos-tipo); sostenibilidad (no es sostenible por no haber mecanismos de represalia para incumplidores); y, falta de presión competitiva (las cadenas de televisión y productora imputada compiten en la captación de música para sus producciones). El Tribunal recuerda en primer lugar que la doctrina reclama la concurrencia de los tres requisitos para concluir la existencia de una posición de dominio, sin que el recurrente haya puesto de manifiesto de manera convincente que haya mecanismos eficaces de represalia y que no exista presión competitiva en el mercado. Las características del producto al que nos referimos y de su oferta que podríamos denominar de carácter “creativo” y poco “marquista” (no hace falta que sean compositores célebres), hacen que la competencia se pueda dar no necesariamente “captando” autores que trabajan para un competidor, sino buscando nueva creación, lo que puede resultar incluso más asequible.

Con respecto a la transparencia, la doctrina se refiere a que ésta sea una característica del mercado que favorezca la coordinación de los comportamientos competitivos y permita los mecanismos de detección y represalia. En este caso se ha interpretado la transparencia como homogeneidad de los contratos-tipo, lo que sería en todo caso un indicio de una supuesta coordinación más que una causa de coordinación en sí misma. Como se razona en el Fundamento de Derecho 7, hay elementos que llevan a concluir que la similitud de los contratos-tipo es fruto del propio marco normativo y de la racionalidad económica del negocio.

Por tanto, el Tribunal considera acreditado que no existe situación de posición de dominio en ningún caso en el mercado más estrecho, por lo que tampoco existe en los otros dos posibles de mayor amplitud.

Por otra parte, tampoco puede aceptar el TDC la posibilidad de que haya una situación de dependencia económica, ya que esta situación sólo podría sostenerse si los autores no pudieran ser contratados por entidad diferente a la que les contrató en un momento determinado, circunstancia que no se da, ya que pueden acordar contratos con diversos productores de grabaciones audiovisuales para televisión, así como con demandantes de otros tipos de música.

Por todo lo cual, el Tribunal considera que no está acreditado que se haya producido una infracción del artículo 6 LDC.

7. El Tribunal, en lo que se refiere a si los contratos suponen una vulneración del artículo 1 LDC, comparte la argumentación del SDC en su análisis para descartar o no la existencia de acuerdos o prácticas restrictivas de la competencia y para comprobar si los contratos de encargo de obra o edición contienen o no cláusulas anticompetitivas.

Así, al no estar acreditado que exista un acuerdo colusorio explícito entre las imputadas, se hace necesario acudir a la prueba de presunciones para demostrar la existencia de infracción, cuya utilización es frecuente en el ámbito de la defensa de la competencia, pero que es una prueba que debe aplicarse con precaución y con una serie de condiciones, como han fijado la jurisprudencia y el propio TDC. Esas condiciones son: indicios plenamente probados (no meras sospechas), que se explicita el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los hechos se llega a la conclusión de que los imputados realizaron la conducta infractora y, por último, que las pruebas indiciarias sólo pueden servir como base de imputación para respaldar

un cargo si no hay otra explicación razonable alternativa de los hechos. Pero si los indicios pueden ser interpretados razonablemente de un modo que puedan llevar a la conclusión de que no se ha producido infracción, tal interpretación debe prevalecer.

En este caso, es cierto que los contratos de encargo de obra suelen vincularse con los de edición por una editora filial, así como que se pacte la remuneración de los editores y la duración de los contratos de edición. Pero ello puede explicarse por el seguimiento del clausulado recomendado por SGAE y en lo que las coincidencias exceden de ese contrato-tipo, por el seguimiento de los entrantes en el mercado de la conducta del líder TVE. Todo ello con independencia de que las imputadas tienen mayor capacidad negociadora que los autores, lo que les permite establecer condiciones más exigentes.

La obligación impuesta en los contratos de obra de que la edición se haga con una editora filial, aunque sea lo general, no se produce en todos los casos. El que encarga una obra adquirirá la exclusiva de los derechos, por lo que es lógico que su cesión se haga a una editora vinculada, ya que ello le permitirá recuperar cantidades satisfechas a SGAE, en tanto que ésta exige para proporcionar la obtención de los ingresos derivados de la explotación de la obra, que el cesionario sea editor y comparta con el autor los rendimientos de la obra, determinándose el reparto a través del contrato de edición. Luego la cláusula que exige la firma de un contrato con una editorial filial es la consecuencia de la cesión en exclusiva de los derechos de autor, no siendo lógico que la obra encargada por una emisora se edite a través de la editora de una emisora competidora, ya que supondría una cesión de ingresos al comunicarse la música al público y depender de ella para su programación.

Para el SDC, esas obras no existirían a falta de encargo, lo que el TDC comparte, al igual que su afirmación de que son las emisoras y productoras las que proporcionan valor a la obra a través de su difusión por televisión.

Adicionalmente, la existencia de una remuneración de autores-editores está prevista en la TRLPI y no se acredita que no se atenga a lo allí dispuesto. En cuanto a la duración de la exclusividad, dado que el TRLPI no prevé de forma explícita nada en cuanto a la duración de los contratos de edición musical se refiere, es lógico que se hagan por el tiempo máximo que la Ley permite conservar sus derechos a autores y herederos, esto es, por setenta años.

Se ha alegado también que la larga duración de los contratos perjudica a los editores independientes, pero no se ha acreditado el perjuicio que supone que se impida el acceso de otros editores a la explotación alternativa de las músicas encargadas para ser incorporadas a ciertas producciones televisivas, por lo que el TDC comparte el criterio del Servicio de que dicha explotación, salvo excepciones, es de importancia más bien marginal.

8. En sus alegaciones a la propuesta de sobreseimiento del SDC, la denunciante y AEDEM pusieron de manifiesto, aunque sin aportar prueba alguna, circunstancias a las que antes no se habían referido, por lo que el Servicio entendió que se estaban denunciando hechos nuevos que podrían ser objeto de una nueva denuncia, pero no del presente expediente. Estos hechos se reiteran ahora ante el TDC, siendo aplicable a los mismos algunas de las consideraciones ya efectuadas. Son los siguientes:

- la existencia de mecanismos de coordinación entre las imputadas en el seno de ANAEM (Asociación Nacional de Autores y Editores Musicales).

- la negativa de las mismas desde una supuesta posición de dominio a contratar a quienes hubiesen trabajado en algún momento para una competidora.

- el supuesto pacto de no competencia entre las imputadas por los autores.

- la existencia de una sociedad común entre A3 y T5.

En cuanto a la existencia de mecanismos de coordinación en el seno de ANAEM, según AEDEM trata de ilustrar los vínculos existentes entre las imputadas que puede llevar a un comportamiento coordinado y permitir alcanzar una posición de dominio conjunta desde la que llevar a cabo conductas abusivas, siendo pruebas indiciarias, la práctica identidad de los contratos-tipo. El Tribunal, con independencia de que no se ha demostrado que haya una posición de dominio conjunta, considera que no es lógico que en una asociación en la que también están autores, las imputadas pactaran con ellos condiciones diferentes a la vinculación de los contratos de encargo de obra con los de edición, así como menores remuneraciones para el editor filial o una menor duración de los contratos. En cuanto a la identidad de esos contratos-tipo, ya se han expuesto anteriormente las consideraciones pertinentes,

así como en lo relativo a la transparencia exigible en caso de posición de dominio colectiva.

La negativa a contratar a los autores que en algún momento hubiesen trabajado para una competidora, trata de ilustrar una situación de dependencia económica, no existiendo prueba de que ello sea una práctica general. Incluso la propia AEDEM considera que son raros los casos de autores que desarrollan la mayor parte de su actividad creando obras musicales y que no trabajan exclusivamente para la televisión, sino que también pueden colaborar en obras cinematográficas, música para video juegos, etc. (folio 1344). Por otra parte, no es fácil obtener una prueba de que esa negativa se produzca por existir un acuerdo, ya que puede que la negativa esté justificada objetivamente, como puede ser por incumplimiento de contratos anteriores, exclusividad, etc.

La no competencia entre las imputadas por los autores trata de corroborar una actuación conscientemente paralela. Tampoco en este caso se ha aportado ninguna prueba de que haya un pacto, lo que no sorprende dada la dificultad de su obtención, aunque en todo caso no parece tener una influencia relevante en el mercado si se tienen en cuenta las obras utilizadas por la televisión que no procedían de un encargo previo de la misma. En todo caso, el TDC no puede aceptar que se produzca como resultado de una actuación idéntica de las imputadas con los autores, también por las razones ya expuestas.

Por último, la existencia de una sociedad en común entre A3 y T5 tiende a ilustrar una posición de dominio colectiva, lo que tampoco se ha demostrado, con independencia que una de las imputadas considera que es una afirmación falsa y que de ser cierta no habría una percepción única en el mercado en tanto existiría esa supuesta sociedad y ANAEM o AEDEM.

9. Se alega que el SDC no ha investigado lo suficiente, lo que supone que debía haber obtenido pruebas adicionales. A este respecto, cabe señalar que el artículo 37 LDC establece que deben practicar los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y determinación de responsabilidades, tras lo cual si considera que no se ha acreditado la existencia de prácticas prohibidas, podrá redactar una propuesta de sobreseimiento y posteriormente acordar el sobreseimiento del expediente. El TDC considera que el SDC no está obligado a realizar todas las investigaciones que se le soliciten, especialmente respecto a hechos no alegados en la denuncia y durante el periodo de información reservada, ya que si considera que tiene la

información suficiente para adoptar la decisión procedente, con ello sería suficiente.

Por todo ello, el Tribunal considera suficiente y acertado en Derecho el análisis efectuado por el Servicio al acordar el sobreseimiento del expediente y que, en consecuencia debe desestimar el presente recurso.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia

HA RESUELTO

Único.- Desestimar el recurso contra el Acuerdo de sobreseimiento dictado en el Expediente 2514/04 por el Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 5 de septiembre de 2006, que confirmamos en todas sus partes.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese al recurrente y a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.