

RESOLUCIÓN R688/06 SGAE/ASIMELEC 3 y R692/06 SGAE/ASIMELEC 4
(Acumulados)

PLENO

Sres.:

D. Luís Berenguer Fuster, Presidente
D. Francisco Javier Huerta Trolèz, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal
Dña. Pilar Sánchez Núñez, Vocal
D. Julio Costas Comesaña, Vocal
Dña. María Jesús González López, Vocal
Dña. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Vocal

En Madrid, a 31 de mayo de 2007

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante el Tribunal), con la composición arriba expresada y siendo Ponente la Vocal Dña. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente Resolución en los expedientes de recurso R 688/06 SGAE/ASIMELEC 3 y r 692/06 SGAE/ASIMELEC 4, acumulados en el Tribunal, e interpuestos contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante el Servicio), de 16 de mayo de 2006, de sobreseimiento del expediente 2511/04, incoado sobre la base de la denuncia formulada por (...) contra SGAE y ASIMELEC y al que luego se acumularon las denuncias de HISPALINUX y ASOCIACION DE INTERNAUTAS, al no haber quedado acreditado que la conducta de las cuatro entidades de gestión denunciadas y ASIMELEC, infrinjan conductas prohibidas por la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (en adelante LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El día 12 de septiembre de 2003, (...) presentó escrito de denuncia ante el Servicio contra SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) y ASOCIACIÓN MULTISECTORIAL DE EMPRESAS ESPAÑOLAS DE ELECTRÓNICA Y COMUNICACIONES (ASIMELEC) por supuestas conductas prohibidas por los artículos 1 ó 6 de la LDC, ya que el acuerdo firmado por ambas supondría una infracción del 1.1.a) y del 6.a) de la LDC. Posteriormente, los días 13

de enero de 2004 y 20 de febrero de 2004, HISPANOLUX y ASOCIACIÓN DE INTERNAUTAS respectivamente, presentaron denuncias en el mismo sentido.

El objeto de las denunciantes es la firma entre las denunciadas, el 31 de julio de 2003, de un acuerdo en el que establecían un canon por CD-Rom y DVD vírgenes vendidos y que deberían soportar los consumidores a partir del 1 de septiembre del mismo año, todo ello, con base y fundamento en que dichos soportes son susceptibles de ser utilizados para grabar en ellos bienes objeto de propiedad intelectual gestionados por la SGAE.

2. El Servicio en fase de información reservada y, una vez practicadas las actuaciones que consideró pertinentes, dictó Acuerdo de archivo en el que se afirmaba que de la lectura del Acuerdo firmado el 31 de julio de 2003 cabe destacar los siguientes aspectos:
 - a) El Acuerdo está firmado entre cuatro entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual (las entidades) y ASIMELEC. Dichas entidades son SGAE, Artistas Intérpretes o ejecutantes Sociedad de Gestión de España (AIE), Artistas Intérpretes Sociedad de Gestión (AISGE) y Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA). Posteriormente se adhirió al mismo la entidad Derechos de Autor de Medios Audiovisuales (DAMA).
 - b) El objeto del Acuerdo es la determinación concreta del importe de la remuneración compensatoria por copia privada que se aplicará a los soportes aptos para realizar reproducciones, establecida en el artículo 25.5 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), y las condiciones necesarias para el control, facturación y pago de la misma. Para llevar a cabo dicha determinación se tienen en cuenta los hábitos de grabación, la durabilidad de los materiales y los efectos de las técnicas y sistemas de compresión de la señal.
 - c) El Acuerdo incluye en Anexo un Acuerdo Tipo a suscribir entre las entidades y cualquier deudor de dicha remuneración en el que se traslada la determinación de las tarifas y se detalla más las condiciones para el control, la facturación y el pago de la remuneración.

En dicho proceso de información reservada las denunciadas aportan copia de sentencias de los Tribunales ordinarios en las que se

establece que los soportes digitales están sujetos a la remuneración por copia privada y que las empresas que los producen o importan y comercializan están sujetas a su pago en concepto de deudores, según lo establecido en el artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Los precios establecidos en el Acuerdo para los diversos tipos de soporte son equiparables o inferiores a los aplicados en países de nuestro entorno (Francia, Holanda, Dinamarca) y son iguales o inferiores a los importes de la remuneración establecidos en los párrafos d) y e), apartado 5 del artículo 25 del TRLPI.

El Archivo dictado por el SDC realiza una valoración jurídica basándose en los siguientes argumentos:

- a. Sobre si cabe considerar las conductas denunciadas como prohibidas en el artículo 6.2.a) de la LDC: *“tratándose de la celebración de un Acuerdo entre partes con intereses enfrentados y en cuya negociación se ha invertido más de un año, cabe descartar sin mayor análisis la posibilidad de que la consecución del Acuerdo firmado el 31 de julio de 2003 pudiera ser calificada como un abuso de posición dominante”*.
- b. Sobre si el Acuerdo denunciado infringe el artículo 1 de la LDC, el Servicio recuerda la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia expresada en la Resolución de 28 de abril de 1994, recaída en el expediente A 68/94, Convenio Remuneración Compensatoria.

El Acuerdo sometido a examen no se aparta de lo dispuesto en el artículo 25 TRLPI y del RD 1434/1992. Por tanto, cualquier hipotética prohibición establecida de conformidad con lo previsto en el artículo 1 de la LDC no le sería aplicable por ser una conducta amparada por Ley.

Concluye el Servicio el Acuerdo recurrido con la afirmación de que los denunciantes discuten la existencia misma del canon en relación con los soportes digitales (CDs y DVDs), o que, al menos, ciertos usos de dichos soportes digitales queden exentos de la obligación de satisfacer el canon y esta decisión queda más allá de las competencias atribuidas a los órganos de defensa de la competencia.

3. El día 8 de noviembre de 2004 AI interpone recurso contra el archivo de las actuaciones realizada por el Servicio que se pone en conocimiento de éste. El día 12 de noviembre el Servicio comunica que dicho recurso

se ha interpuesto fuera de plazo por lo que el Tribunal resuelve el día 29 de noviembre de 2004 inadmitirlo por extemporáneo (r 631/04 SGAE/ASIMELEC).

4. El 8 de noviembre de 2004 el denunciante, (...), interpuso recurso contra el anterior Acuerdo por el archivo de las actuaciones, con el objeto de que se procediese a la incoación del oportuno expediente sancionador. Las alegaciones presentadas fueron:

- 4.1. *“... falta de cobertura legal del pacto denunciado, porque la cobertura del artículo 25 de la Ley de Propiedad Industrial es aparente y contiene visos de anticonstitucionalidad, ya que no cabe que entes privados realicen un pacto cuyo objeto es el soporte de registro de la civilización, es decir, el soporte registra”.*

- 4.2. Que el análisis de la legislación comunitaria ofrece otras posibilidades.

- 4.3. Inexistencia de jurisprudencia adecuada.

5. El 2 de diciembre de 2004, el Tribunal admite a trámite el recurso, designa ponente y da plazo para alegaciones.

- 5.1. Las alegaciones presentadas por el recurrente se resumen en:

- 5.1.1. Se ha producido vulneración del artículo 24.1 por falta de motivación de la resolución impugnada. El recurrente denuncia como afectado porque ha de pagar el canon, y considera ilegal la imposición del mismo.

- 5.1.2. Se ha producido vulneración del artículo 24.1. por falta de contenido real de la información reservada por dos defectos fundamentales: la ausencia de datos aplicables al supuesto denunciante y la inaplicabilidad de los datos aportados al verdadero supuesto de hecho ocurrido.

Además, la información reservada no ha analizado el objeto de la denuncia “el uso de los soportes digitales como sistema de registro de la civilización, y en concreto, sobre las actas judiciales”.

- 5.1.3. No es aplicable el artículo 2 LDC al supuesto denunciado porque el Acuerdo atenta contra otras parcelas del

ordenamiento jurídico, como son el que el objeto del pacto es indisponible por las partes, y que hay falta de legitimación estatutaria de alguna de las entidades de gestión.

Por lo que se solicita que se revoque el acto impugnado y que se incoe expediente respecto a todos los firmantes y entidades adheridas al pacto de ASIMELEC.

- 5.2. El 27 de diciembre de 2004, SGAE formuló las siguientes alegaciones: la posible inconstitucionalidad no es competencia del Tribunal, y sobre el fondo del asunto declara estar de acuerdo con el Servicio porque el Acuerdo es incardinable al artículo 2.1. LDC dentro de los términos del artículo 25 del TRLPI, por lo que solicita desestimación del recurso.
- 5.3. ASIMELEC formula alegaciones el 23 de diciembre de 2004 que se reciben el 27 de diciembre de 2004, en el sentido de que el Acuerdo no establece un canon, porque ya lo había creado el artículo 25 del TRLPI y por tanto, es un Acuerdo con cobertura del artículo 2.1. LDC, y que la inconstitucionalidad no es competencia del Tribunal.

Además, las tarifas que aplica el Acuerdo son inferiores a las del apartado 5 del artículo 25 TRLPI, no es un Acuerdo sólo entre ASIMELEC y SGAE, sino con las distintas entidades de gestión de los Derechos de Autor y el Acuerdo lo han firmado nuevas empresas no asociadas a ASIMELEC, lo que demuestra que dicho Acuerdo está abierto a cualquiera que desee adherirse al mismo.

- 5.4. El 24 de noviembre de 2005 el Tribunal dicta Resolución estimando el recurso sobre la base de las siguientes consideraciones:

5.4.1. Sobre la cuestión del abuso el Tribunal estima que:

- *“...es labor propia del órgano instructor investigar sobre la concreción de ambas modalidades de infracción denunciadas, aparte el criterio mantenido en la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de marzo de 2000, que confirmó la posibilidad de una aplicación simultánea de los artículos 81 y 82 del Tratado, como ha tenido ocasión de recordar la Comisión en documento de julio de 2005 sobre la aplicación del artículo. 82 citado”.*

- *“... La falta de investigación en este aspecto de la cuestión planteada impide eliminar la posibilidad de que los hechos denunciados supongan una infracción del artículo 6 de la LDC a través de un abuso de posición dominante, individual o colectiva de las entidades de gestión...”*
- *“... Se hace preciso, en consecuencia, analizar los mercados afectados, así como la posición en éstos de las partes denunciadas, algunas de las cuales o similares han sido sancionadas por abuso de posición de dominio en resoluciones de este Tribuna...!”*

5.4.2. Respecto a la posible infracción del artículo 1, el Tribunal consideró que *“...si bien es cierto que el artículo 25 del TRLPEI permite el cobro de una remuneración (canon) por copia privada, que determina en cierta cantidad para “materiales de reproducción sonora, visual o audiovisual” y otorga a las entidades de gestión la efectividad del derecho, ningún precepto legal prevé ni autoriza la celebración de acuerdos entre entidades de gestión y fabricantes e importadores para fijar la cuantía y los materiales sobre los que debe cobrarse dicha remuneración. De esta forma, el amparo legal debería entenderse respecto al derecho al cobro del canon, pero no respecto al acuerdo de los denunciados para la fijación de su cuantía”,* y por las razones resumidas previamente el Tribunal consideró procedente *“completar la instrucción en los aspectos indicados, sin consideraciones sobre los ámbitos relativos a la legalidad y constitucionalidad del derecho de remuneración por copia privada, a los que hace referencia la parte recurrente, por ser materia ajena a la competencia y facultades de este Tribunal”,* y en consecuencia instó al Servicio a la *“reapertura de la fase de instrucción para completar la investigación en los términos expresados en los Fundamentos de esta Resolución”*.

6. El 13 de diciembre de 2005 el Servicio admite a trámite la denuncia y se incoa expediente sancionador, manteniéndose el mismo número de expediente bajo el que se realizó la información reservada. Se entiende que las actuaciones se llevarán a cabo con ASIMELEC, SGAE, AIE, AISGE, EGEDA y DAMA y se considera además interesados a (...), HISPALINUX y ASOCIACIÓN DE INTERNAUTAS.

6.1. El 23 de marzo de 2006 se redacta la propuesta de sobreseimiento y se le envía a todas las partes interesadas. Una vez recibidas las distintas alegaciones a dicha propuesta de sobreseimiento, el Servicio toma el Acuerdo de sobreseimiento el 15 de mayo de 2006.

6.2. El Servicio, en su propuesta de sobreseimiento considera probados los siguientes hechos:

6.2.1. Numerosas sentencias (seis) que *“fallaron que los soportes CD-R fabricados o importados por los demandados estaban sujetos a remuneración compensatoria por copia privada por ser idóneos para la reproducción de obras protegidas, condenando a los demandados a dar acceso a la entidad de gestión a la documentación necesaria para liquidar dicha remuneración compensatoria en los términos establecidos en el artículo 25 del TRLPI y a abonar las cantidades correspondientes”*.

6.2.2. la aplicación del artículo 25 plantea problemas, como son:

- *“... el artículo 25 del TRLPI utiliza como criterio para determinar la remuneración compensatoria por copia privada el tiempo de grabación expresado en horas o minutos, mientras que en los soportes digitales la capacidad de grabación se mide en bytes. Y es que los sistemas de compensación de datos permiten aumentar considerablemente la capacidad real de grabación de los soportes digitales...”*.
- *“...el artículo 25 del TRLPI no prevé mecanismo alguno para adaptar las tarifas a los hábitos de consumo de los soportes, es decir, no tiene en cuenta el porcentaje de soportes que no se dedican a copiar obras protegidas por los derechos de autor y afines”*.
- *“...en los CDs se pueden grabar obras musicales y obras audiovisuales, pero el artículo 25 del TRLPI establece un canon sobre los materiales de reproducción sonora y otro sobre los materiales de reproducción visual o audiovisuales, quedando indeterminado cuál de los dos debería aplicarse a los CDs.*

- *“...las tarifas del artículo 25 del TRLPI no se han actualizado nunca, a pesar de la Disposición Adicional Tercera del TRLPI, ni siquiera por el IPC”.*
- *“...se pueden apuntar otras cuestiones tales como que los soportes digitales, a diferencia de los analógicos, ofrecen la posibilidad de hacer copias sin perder la calidad del ejemplar original, y que la calidad de esas copias no se pierde con el paso del tiempo y por el uso, al contrario de lo que ocurre con las copias realizadas en soporte analógicos”.*

6.2.3. El Acuerdo denunciado *“lo firman el 31 de julio de 2003 cuatro entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual y ASIMELEC. Dichas entidades son SGAE, AIE, AISGE y EGEDA. Posteriormente (mediante carta fechada el 31 de julio de 2003, folio 39) DAMA se adhirió al mismo”.*

6.3. La valoración jurídica que realiza el Servicio es la siguiente:

6.3.1. Sobre la legalidad de la remuneración compensatoria.

Los denunciados discuten “... la existencia misma de la remuneración compensatoria por copia privada en relación con los soportes digitales (CDs y DVDs.) o que, al menos ciertos usos de dichos soportes digitales deben quedar exentos de la obligación de satisfacer dicha remuneración”, lo que va “... más allá de las competencias atribuidas a los órganos de defensa de la competencia, que velan por el cumplimiento de la LDC y cuyo objetivo específico es el de garantizar la existencia de una competencia suficiente en los mercados, en defensa del interés general”, tal y como había manifestado el propio Tribunal en su Resolución r 634/04 de 24 de noviembre de 2005. “... Como también queda fuera del alcance de las autoridades de defensa de la competencia el decidir qué soportes digitales deben quedar exentos del pago de remuneración compensatoria por copia privada en razón de que su uso más habitual, a pesar de su idoneidad para servir de soporte a copias de obras protegidas, es distinto de éste”.

6.3.2. Sobre la posible infracción del artículo 1 de la LDC, se dice que el artículo 25 TRLPI no prevé la celebración de *“...acuerdos entre las partes perceptoras y deudoras del canon para la determinación del importe de la remuneración*

compensatoria por copia privada. A este respecto ha de decirse que no compete a las autoridades de defensa de la competencia la determinación de si las partes firmantes están o no legitimadas para celebrar acuerdos en relación con la remuneración compensatoria por copia privada. Sí correspondería a su competencia, sin embargo, el examen de dichos acuerdos a la luz de la legislación sobre defensa de la competencia y su reprobación en caso de que tuvieran como objeto y/o efecto la restricción de la competencia en los mercados”. Analizada la información, el Servicio considera que el objeto del Acuerdo “no era, pues, restringir la competencia, sino poner fin a conflictos recurrentes en el sector. La vocación del Acuerdo era la de acoger a todos los fabricantes e importadores de productos digitales idóneos para la realización de copias, deudores de la remuneración compensatoria por copia privada en virtud del artículo 25 del TRLPI, y a todas las entidades de gestión acreedoras de dicha remuneración, con el fin de zanjar la polémica que hasta ese momento se estaba dirimiendo en los tribunales a favor de las entidades de gestión”.

En cuanto al efecto del Acuerdo, “el hecho de que las compensaciones pactadas en el Acuerdo de 2003 fueran inferiores a las establecidas en el artículo 25.5 del TRLPI, las cuales se estaban viendo conminados a pagar los fabricantes o intermediarios en virtud de sentencias judiciales, revela al Acuerdo como más favorable a los intereses de los consumidores que el propio TRLPI, lo cual desmonta la argumentación de los denunciantes en relación con el perjuicio que habrían sufrido dichos consumidores como consecuencia de una suerte de connivencia entre las entidades de gestión y ASIMELEC para explotar al consumidor final”.

“En atención a lo anterior, el Acuerdo ni pretendió ni tuvo como efecto real o potencial la restricción de la competencia entre fabricantes e importadores sujetos al pago de remuneración compensatoria por copia privada, ni mucho menos entre las entidades de gestión, que no compiten entre sí, como se verá”.

- 6.3.3. Sobre la posible infracción del artículo 6 de la LDC, el Servicio ha definido el mercado relevante en el que las entidades de gestión tendrían posición de dominio “desde el punto de vista

del demandante o usuario/explotador de los derechos de propiedad intelectual –en este caso, los usuarios de determinados materiales y soportes digitales, idóneos para la realización de copias de obras protegidas, que se ven obligados por Ley a compensar a los titulares de los derechos de propiedad intelectual sobre dichas obras a la hora de adquirir esos materiales y soportes, independientemente del uso que posteriormente hagan de ellos- como el mercado de ámbito nacional de los derechos de propiedad intelectual que dan lugar a una compensación por el límite al ejercicio de dichos derechos que supone la copia privada. En este mercado, en línea con la Resolución Propiedad Intelectual Audiovisual, las entidades de gestión ostentarían una posición de dominio colectiva, a pesar de no ser competidoras, por haber optado por actuar conjuntamente frente a los deudores de la remuneración compensatoria por copia privada”.

En este mercado, quien ostenta posición de dominio colectiva son las sociedades de gestión, pero no están con ASIMELEC y además no concurren los requisitos para que se considere que ha existido un abuso de la posición de dominio puesto que como consecuencia del Acuerdo:

- *Se ha procedido a “la condonación de las cantidades devengadas hasta 31 de agosto de 2003, de modo que el mayor coste al que deberían hacer frente los fabricantes y los importadores a falta de dicho Acuerdo, el cual trasladarían en la medida de lo posible a los consumidores, no tiene lugar”, y el mercado de venta de materiales y soportes digitales al consumidor final no se ve distorsionado porque todos los oferentes (los fabricantes de estos materiales y soportes) pagan la misma cantidad en concepto de derechos de propiedad intelectual.*

El abuso se habría producido si las sociedades de gestión le hubieran impuesto a ASIMELEC el importe de la remuneración y las restantes condiciones, pero a este respecto el Servicio valora que:

- *“En este sentido, hay que tener en cuenta que la firma del Acuerdo reviste a las entidades de gestión de cierta presunción de inocencia, de conformidad con la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1996 (dictadas en relación con la Resolución del Tribunal del*

expediente 287/90 y la Resolución del Tribunal de 14 de diciembre de 1998”.

- *“La presunción de inocencia a la que se refiere el Tribunal Supremo no impide, sin embargo, la actuación de las autoridades de defensa de la competencia en los casos en que se da una “convicción absoluta de que existe una grave conducta abusiva, convicción que desvirtuaría la presunción de inocencia” (Resolución del Tribunal de 14 de diciembre de 1998). Pero en este caso no hay ningún indicio que apunte a que las condiciones del Acuerdo pudieran haber sido impuestas a una de las partes de dicho Acuerdo”.*
- *“...el posible abuso derivaría del establecimiento de cánones abusivos. Pero... en comparación con los de otros países del entorno y, en comparación con los importes establecidos en el Acuerdo resultan ventajosos para los deudores de dichos importes (los fabricantes e importadores de soportes digitales) y para quienes en mayor o menor medida lo soportarán al final (los consumidores).*

- 6.4. El 30 de marzo de 2006 SGAE manifestó ante el Servicio estar de acuerdo con la propuesta de sobreseimiento.
- 6.5. El 6 de abril de 2006 la ASOCIACIÓN DE INTERNAUTAS presentó al Servicio sus alegaciones en las que concluyó que a su juicio la conducta sería tipificada bajo el 6.2.g)”.

El Servicio insiste en que no son las autoridades de competencia las que han de decidir qué soportes han de quedar exentos del pago de la remuneración compensatoria en función de su uso más habitual, ya que dicha decisión corresponde al Gobierno, según el artículo 25.23 del TRLPI y que por tanto la exención de los CDs del pago de esta remuneración debe disponerse, en su caso, por vía reglamentaria de conformidad con lo que la Ley establece. Los denunciados han explicado que la rebaja final en la remuneración con respecto a las tarifas que figuran en el TRLPI se debe precisamente al reconocimiento de que no todos los soportes digitales idóneos para la copia privada de obras protegidas se destinan para dicho fin.

- 6.6. El 6 de abril de 2006 AISGE manifestó ante el Servicio su conformidad con la propuesta de sobreseimiento.
- 6.7. El 10 de abril de 2006 también AIE manifestó su conformidad con el análisis tanto jurídico como práctico que realizó el Servicio sobre el Acuerdo pero realiza ciertas matizaciones que no cambian el sentido de la propuesta del Servicio.
7. El 26 de mayo de 2006 la Asociación de Internautas presentó ante el Tribunal recurso contra el Acuerdo de sobreseimiento, admitiéndose a trámite y nombrando ponente a la Vocal D^a Pilar Sánchez Núñez.
 - 7.1. Las alegaciones de AI se articulan en los siguientes puntos:
 - 7.1.1. No se discute la legalidad del canon, sino su aplicación injusta por un pacto arbitrario y restrictivo en la interpretación del TRLPI. En su opinión, sí es competencia de las AC examinar y declarar nulo un Acuerdo que es abusivo, contrario a la Ley y que no está amparado por las excepciones previstas en la LDC, porque este canon se aplica a todos los soportes, incluidos la “no copia privada” y “programas de ordenador” y esto es una recaudación “ex novo”. Además el Acuerdo fija precios en perjuicio del libre desenvolvimiento del mercado y la competencia.
 - 7.1.2. Sobre el artículo 1 y programas de ordenador, la Ley dice que los programas de ordenador están exentos y la “no copia privada” también.
 - 7.1.3. Sobre sistemas anticopia. Si técnicamente no se pueden copiar, el principio que soporta el canon desaparece. Sería otra excepción legal no respetada por el pacto.
 - 7.1.4. Sobre el artículo 6 LDC, las Sociedades de Gestión se imponen a la otra parte, por tanto sí hay abuso.
 - 7.1.5. La “rebaja” es una obligación legal cumplida a medias para eludir el perjuicio que causa a los deudores del mismo el no respeto a los límites legales para su imposición.
 - 7.1.6. Existe falta de previsión legal ya que el artículo 25 no es claro sobre un sistema recaudatorio del canon justo. El Acuerdo supone una aplicación de la Ley que favorece los intereses concretos de una parte.

7.1.7. El sobreseimiento del Servicio no aclara porqué el Servicio considera que no se ha producido un abuso y tampoco resuelve la cuestión de qué ocurre con las cantidades añadidas al uso de fines sin derechos de propiedad intelectual.

El pacto sobrepasa los límites legales a la imposición de la remuneración compensatoria poniendo un sistema recaudatorio abusivo y perjudicial para todos los agentes intervinientes en el mercado, que participan en actividades económicas que requieren el uso de soportes digitales que mayoritariamente no son para reproducción de derechos de autor.

7.2. El 7 de junio de 2006 (...) presentó ante el Tribunal recurso contra el Acuerdo de sobreseimiento. El Tribunal admite a trámite el recurso y resuelve acumularlo al presentado por AI, puesto que ambos recursos son contra el mismo Acuerdo del Servicio.

Las alegaciones presentadas en el escrito de recurso se articulan en los siguientes puntos:

7.2.1. Falta de resolución motivada. Considera que las autoridades de competencia sí tienen competencias para decidir si es o no contrario a la ley el acto por el cual las actas judiciales tienen ahora que pagar un canon que antes no pagaban y además alega que éstas deberían haber verificado el número de juicios que se celebran y soportan canon para llevar a cabo el análisis de la denuncia realizada.

7.2.2. Incumplimiento de la Resolución Tribunal. Porque el Servicio no ha completado la investigación en los términos expresados por la Resolución, no ha analizado los mercados afectados ni la posición en éstos de las partes denunciadas. Prueba de la falta de análisis es no haber realizado la prueba propuesta por (...), que consistía en contar los CD's utilizados por la Administración.

La denegación de la prueba de análisis de los mercados no se ha justificado de manera jurídica. Si no sabemos el gasto del Estado en soportes digitales el análisis será falso

7.3. El 12 de septiembre de 2006 SGAE presentó sus alegaciones ante el Tribunal, cuyos puntos básicos son:

7.3.1. Los argumentos de los recurrentes no son relativos a la LDC, se limitan a interpretar el artículo 25 TRLPI, y en base a ésta *“entienden que ni las actas judiciales ni los programas de ordenador deberían verse afectados por el canon por copia privada”. Sin embargo, ...”determinar qué soportes han de pagar el canon por copia privada es una cuestión que corresponde a la jurisdicción civil y no a las autoridades de competencia”.*

“Los recurrentes fundamentan sus recursos en que, supuestamente, el Convenio de 97 de julio de 2003 extendería indebidamente la percepción del derecho a la remuneración por copia privada a los soportes digitales en los que se almacenan las actas judiciales y los programas de ordenador”.

“El Convenio de 31 de julio de 2003 no establece qué soportes han de pagar o no el derecho de remuneración por copia privada. Dicho Convenio no define en modo alguno qué soportes o qué usos quedan sujetos o exentos del canon por copia privada”.

“...el Convenio no define cuál es el ámbito de aplicación de la compensación por copia privada. Bien al contrario, se limita a reproducir literalmente lo previsto en el TRLPI”.

“En conclusión, el Convenio no se pronuncia en modo alguno sobre si los soportes digitales que almacenan las actas judiciales y los programas de ordenador están sujetos no al derecho de remuneración por copia privada”.

“el artículo 25 TRLPI (que no el Convenio) sujeta al pago de la remuneración a los soportes “idóneos” para realizar la reproducción de obras protegidas por derechos de propiedad intelectual. El legislador ha elegido como hecho determinante para generar el derecho de remuneración por copia privada, las propiedades objetivas del soporte en sí mismo, y no el uso subjetivo que se pudiera hacer del soporte en cada momento”.

“A los efectos del artículo 25 TRLPI resulta indiferente si un soporte es empleado para almacenar programas de ordenador,

vídeos musicales, actas judiciales, canciones o todas estas cosas juntas. Si es “idóneo” para reproducir obras protegidas por el TRLPI, es necesario hacer efectivo el derecho de remuneración por copia privada”.

“... el apartado 23 del artículo 25 TRLPI habilita al Gobierno para declarar exentos del derecho por remuneración por copia privada determinados materiales, soportes o equipos en función de los usos a los que se dediquen así como de la evolución tecnológica” Pues bien, no lo ha hecho. No ha declarado exentos del pago de remuneración por copia privada ni a los programas de ordenador ni a los soportes empleados por la Administración de Justicia”.

“Es más, es significativo que el TRLPI acaba de ser reformado por la Ley 23/2006 de 7 de julio y que dicha norma no haya cambiado ninguno de estos aspectos. Los soportes digitales, sean empleados para almacenar películas, programas de ordenador, actas judiciales, canciones u otra cosa siguen sujetos al canon por copia privada si son idóneos para almacenar obras protegidas”.

“...los argumentos relativos a que los programas de ordenador están exentos del pago por copia privada carecen de todo fundamento”.

“El apartado 3 dispone que no se aplican a los programas de ordenador los apartados 1 y 2 del artículo 25 TRLPI. Dado que el apartado 1 crea el canon por copia privada y el apartado 2 establece qué materiales, equipos y soportes han de pagar este canon, lo que viene a establecer dicho apartado es que copiar programas de ordenador no genera derechos de copia privada. Esto es algo muy distinto de lo que sugiere AI, pues dicho apartado no declara exentos los soportes que almacenan programas de ordenador”.

“En quinto y último lugar, como bien señala el Servicio, no corresponde a las autoridades de competencia determinar qué soportes deben o no quedar exentos del pago por copia privada. Esta es una cuestión que corresponde, como bien saben los Recurrentes, a los jueces y tribunales de la jurisdicción civil”.

7.3.2. *“En ningún caso existe ingerencia de los artículos 1 a 6 LDC”*. En cuanto al artículo 1 LDC, el Convenio denunciado no tiene por objeto restringir la competencia, sino resolver una situación de conflicto entre las entidades de gestión colectiva y la industria. Es un Acuerdo que no encaja ni en la categoría de acuerdo vertical ni en la de acuerdo horizontal, y ello porque es un Acuerdo atípico que nace para resolver el conflicto mencionado, no para restringir la competencia. Tampoco ha tenido el efecto de restringir la competencia sino que ha dotado de una mayor seguridad jurídica al sector y ha permitido una rebaja efectiva de las tarifas.

Con respecto a la posible infracción del artículo 6, discrepan de la definición de mercado efectuada por el Servicio y niegan que exista una posición de dominio colectiva, aunque comparten con el Servicio la inexistencia de abuso alguno ya que el Convenio fue fruto de la negociación y la remuneración del convenio es equitativa, e incluso más reducida que en el TRLPI.

7.4. El 14 de septiembre de 2006 AIE presenta su escrito de alegaciones ante el Tribunal, en el que como cuestión previa denuncia el uso abusivo que se está produciendo de los Órganos de Defensa de la Competencia, dado que su función es diferente a la que los denunciados y recurrentes pretenden. Respecto a las alegaciones contenidas en el escrito:

- Sobre la legalidad de la compensación, su aplicación injusta y el pacto arbitrario y restrictivo en la interpretación del TRLPI, señalan que los deudores de la remuneración no son los consumidores, internautas, clientes, etc., sino los fabricantes e importadores de equipos, aparatos y soportes susceptibles e idóneos para llevar a cabo reproducción de obras, interpretaciones y prestaciones para su uso privado.
- Sobre la *“no copia privada y los programas de ordenador: “Por tanto es la mera posibilidad de reproducción, legalmente establecida, de que haya que abonar la compensación derivada de la idoneidad para esa reproducción. De ahí, como bien señala el Servicio en su Informe, mientras que el Gobierno no estableciera en su caso, vía Reglamento, una excepción que pudiera alcanzar a determinados soportes y habida cuenta la idoneidad de los mismos, el CD-Data habrá de abonar la compensación*

que se derive de tal idoneidad para reproducir con destino al uso privado del copista”.

- 7.5. El 15 de septiembre de 2006 EGEDA presentó escrito de alegaciones ante el Tribunal interesando la desestimación de ambos recursos y la confirmación del archivo del expediente, insistiendo a la vez en que se están planteando ante los órganos de Defensa de la Competencia una serie de cuestiones ajenas a las funciones que tienen encomendadas.
- 7.6. El 3 de octubre de 2006 (...) presentó escrito de alegaciones en el que manifiesta que su denuncia no cuestiona la constitucionalidad de la norma, sino que demanda que las normas *“se interpreten de manera que desarrollen sus efectos dentro del marco señalado por la norma suprema”*. Además considera que hay *“falta de resolución motivada sobre la denegación de la prueba propuesta por esta parte”*, ya que *“no puede entenderse que en un expediente en el que se estudia un mercado no se traigan al mismo los datos referentes al principal consumidor, que son los organismos que más registros necesitan, esto es, los órganos estatales y las administraciones públicas”*. Por último, reiteran el incumplimiento de lo dispuesto en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia SGAE-ASIMELEC número 634/04.
- 7.7. El 13 de octubre de 2006 (...) presenta nuevo escrito de alegaciones aportando copia de la sentencia firme de la Audiencia Provincial de Málaga en la que *“se trata la posibilidad de aplicación del artículo 25.1 de la Ley de Propiedad Intelectual a las actas judiciales”*, y que en dicha sentencia se ordena la devolución del canon al consumidor.
- 7.8. El 21 de marzo de 2007 (...) presenta nuevo escrito de alegaciones aportando dos sentencias más sobre el caso concreto denunciado: el canon sobre las actas judiciales. En ellas *“se determina que las actas judiciales no han de soportar canon alguno a favor de asociaciones privadas”*.
8. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este recurso en su sesión del día 10 de mayo de 2007.
9. Son interesados:

- (...)

- ASIMELEC
- ASOCIACION DE INTERNAUTAS
- SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES
- ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES SOCIEDAD DE GESTIÓN (AIE)
- ARTISTAS INTÉRPRETES SOCIEDAD DE GESTIÓN (AISGE)
- ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (EGEDA)
- DERECHOS DE AUTOR DE MEDIOS AUDIOVISUALES (DAMA)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La presente resolución ha de resolver dos recursos planteados contra el Acuerdo de sobreseimiento del Servicio de sendas denuncias contra el Convenio de Acuerdo General firmado por ASIMELEC y las ENTIDADES DE GESTIÓN fechado el 31 de julio de 2003. Dicho Acuerdo General se firma con el objeto de hacer efectivo, según la interpretación de los firmantes, el artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) aprobado por Real Decreto Legislativo de 12 de abril de 1996. Dicho artículo regula el “Derecho de remuneración por copia privada” y establece que éste se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual.

La primera de estas denuncias se presenta ante el Servicio contra SGAE y ASIMELEC a título personal del denunciante, (...), como letrado en ejercicio, ya que en virtud del Acuerdo denunciado, cada vez que se solicita una copia en soporte digital de las actuaciones llevadas a cabo ante los órganos judiciales ha de pagarse un canon por CD-Rom y DVD, y ello *“con base y fundamento en que dichos soportes son susceptibles de ser utilizados para grabar en ellos bienes objeto de propiedad intelectual gestionados por la SGAE”*. Sin embargo continúa diciendo el denunciante *“...ni este letrado ni los Órganos jurisdiccionales desarrollan en las vistas judiciales actividad alguna susceptible de propiedad intelectual.....este letrado se ve obligado a satisfacer un sobreprecio marcado por unos terceros en un Acuerdo pactado única y exclusivamente entre ellos y que alcanza absolutamente a TODO el sector.”*. Este hecho, considera el denunciante, que podría ser tipificado como conductas prohibidas en el artículo 1.1.a) *“...por cuanto que fija unos sobreprecios homogéneos para todo el mercado español”* y 6.2.a) de la LDC. Sostiene también el denunciante que *“...además de perjudicar a los letrados, procuradores y demás profesionales intervinientes en los procesos, el Acuerdo alcanza de lleno al grueso de los consumidores, sin que éstos hayan*

participado en la decisión presuntamente alcanzada entre las entidades denunciadas.” Considera también este denunciante que como ASIMELEC es una asociación que agrupa a numerosos fabricantes, comercializadores, importadores y distribuidores, éste tiene “carácter de grupo prácticamente monopolístico.”

Una segunda denuncia se interpone el 12 de enero de 2004 por parte de HispaLINUX, asociación de usuarios españoles de LINUX. El contenido de esta denuncia, contra SGAE y ASIMELEC, es por los mismos hechos que la denuncia previa, de hecho ésta es una copia adaptada de la anterior. Esta Asociación no ha presentado recurso ante el Tribunal por el Acuerdo de sobreseimiento objeto de la presente resolución”.

Por último, la Asociación de Internautas (AI), el 20 de febrero de 2004, denuncia el mismo Acuerdo ante el Servicio, pero amplía la denuncia al resto de entidades de gestión. La denuncia se basa en que el Acuerdo firmado entre ASIMELEC y las entidades de gestión...

“... consiste básicamente en regular, de forma unilateral y con infracción de la propia normativa sobre propiedad Intelectual, una pretendida remuneración por el derecho de copia para los soportes cederrón y devedés vírgenes al amparo de lo previsto en el artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, principiando su aplicación el 1º de septiembre de 2003.

Al respecto de tal Acuerdo, por parte de ASIMELEC, se han impartido instrucciones a sus empresas asociadas, que representan a más del 70 por 100 de las empresas del sector, para que repercutan el expresado canon por copia privada a los usuarios finales que serán quienes en definitiva tengan que soportar el pago del expresado canon por copia privada en tales soportes. De hecho, en el documento número 1 acompañado al presente por parte de ASIMELEC se hace constar lo siguiente: “El primer responsable es el importador/fabricante en territorio nacional que lo cobra a su cliente y éste al suyo y así sucesivamente hasta el usuario final, que es [en] definitiva, quien acaba pagando el canon”, lo que denota la verdadera finalidad del expresado Acuerdo: imponer a los consumidores y usuarios españoles el pago de la remuneración compensatoria o canon por copia privada en los soportes cederrón y devedés vírgenes de forma indiscriminada e ilegal dado que el citado Acuerdo supone, de facto, la fijación de forma directa de precios y de condiciones comerciales prohibidas por la Ley 16/1989”.

En opinión de AI, en virtud del Acuerdo las entidades de gestión se aseguran el canon “*de forma indiscriminada... sin atender al uso de tales soportes...*” y las empresas asociadas en ASIMELEC comienzan a cumplir con las sentencias judiciales que les declaran deudores de las entidades de gestión, ya que se comprometen al pago a partir de la firma del convenio, pero consiguen eliminar la retroactividad del mismo que las sentencias reconocían y además derivan el pago del canon a los usuarios finales. Así, el Acuerdo incurriría, según el denunciante, en las siguientes conductas prohibidas por la LDC: (1) Abuso de derecho porque en la negociación de la remuneración compensatoria no ha participado ninguna entidad representativa de los usuarios y consumidores españoles, a quienes finalmente se les deriva el pago de la remuneración o canon. Esto supondría una práctica prohibida por la LDC ya que los firmantes del Acuerdo “han fijado precios indiscriminados que son repercutidos a los usuarios finales” basándose en el artículo 25 del TRLPI. Sin embargo, el Acuerdo transgredía el artículo 25 porque éste:

“no ampara el establecimiento de la remuneración compensatoria por copia privada de forma indiscriminada, sino, precisamente, para tal finalidad: compensar la copia privada; sin embargo las dos partes firmantes del denunciado Acuerdo dan por supuesto que la totalidad de los soportes digitales vírgenes son destinados a copia privada de obras protegidas por los derechos de autor, cuando tal extremo es completamente falso, habida cuenta de que muchos soportes digitales son destinados fundamentalmente por empresas y usuarios finales a realizar copias de sus propios datos y no de obras protegidas de terceros, precisamente por su origen en el mundo informático en el que, verbigracia, las copias de seguridad y el software son los dos principales destinos, dos supuestos claros no comprendidos dentro del ámbito de aplicación del artículo 25 de la ley de propiedad Intelectual, que resulta excedido y con mucho, máxime si atendemos a que, por ejemplo, los programas de ordenador, cuya difusión y distribución actuales se realizan sobre tales soportes digitales, están expresamente excluidos de la remuneración compensatoria por expreso mandato del legislador (apartado 3 del citado artículo 25 de la ley de propiedad Intelectual “)

(2) también interpreta el denunciante que las copias de los programas de ordenador estarían excluidas de la remuneración compensatoria por expreso mandato del legislador en su artículo 25.3., y por tanto el Acuerdo, al ignorar este hecho, estaría introduciendo una práctica restrictiva de la competencia ya que “*deja en situación de desventaja al emergente mercado del software que se ha visto compelido a ver todos sus productos y servicios sometidos al peaje de una remuneración compensatoria que incrementa el precio, y que ni siquiera el legislador había establecido, por no mencionar el uso cada vez*

más generalizado de tales soportes digitales para almacenar las imágenes captadas por los propietarios de cámaras digitales, mercado emergente asimismo que se ve compelido por el Acuerdo de referencia a pagar un peaje sin amparo legal alguno”, (3) un abuso de derecho porque en la actualidad las obras musicales, videomusicales y películas llevan incorporadas unos sistemas de protección que impiden la realización de tal copia privada y por tanto no se justifica la remuneración compensatoria por algo que no puede realizarse. Este sería también, según el denunciante, “un claro abuso de derecho...constituyendo una clara evidencia de práctica prohibida dirigida a beneficiar única y exclusivamente a los firmantes del Acuerdo en perjuicio del resto de la sociedad que hace uso de los referidos soportes digitales” y (4) la magnitud del canon, en cálculos del denunciante, hace que los ingresos obtenidos por este canon son muy superiores a las pérdidas estimadas por “piratería” de derechos de autor. En su opinión, no existe lucro cesante por la copia privada que deba ser retribuido, y por tanto faltaría el fundamento legal en que puede sustentarse. Además los únicos sujetos deudores son las empresas que fabriquen o importen los soportes, y por tanto su pretensión pública de trasladárselo a los consumidores es un claro abuso de derecho. En palabras del denunciante: “Trasladar al usuario final, como pretenden los firmantes del Acuerdo, la remuneración compensatoria o canon por copia privada para todo tipo de soportes de cederrón y devedés vírgenes es una actuación ilícita que ha supuesto un incremento pactado de los precios y su alteración, ha impuesto a las empresas y sectores afectados unas condiciones desiguales porque mientras autores y editores se lucran con sus obras comercializadas, perciben además su cuota parte de la remuneración compensatoria por la copia privada que se preocupan de impedir sistemáticamente mediante artificios informáticos, mientras empresas, administraciones, organismos y usuarios deben pechar con un pago por derechos que no afectan con el almacenamiento de sus datos en tales soportes, mientras, además, las empresas de software (sector estratégico y de futuro donde los haya), marketing, etcétera, incluso la misma Administración Pública (recordemos las aplicaciones informáticas de la Agencia Tributaria) ven sus productos y servicios sometidos a un peaje, a una condición restrictiva de la competencia, que beneficia única y exclusivamente a terceros: entidades gestoras de derechos de autor que obtienen pingües beneficios e importadores y distribuidores de los soportes que han derivado el pago de la remuneración compensatoria a los usuarios finales”.

En resumen, las denuncias se basan en que el Acuerdo supone la imposición de un canon que el consumidor final ha de pagar cada vez que adquiere un soporte digital virgen susceptible de ser utilizado para realizar una copia privada de obras protegidas por derechos de propiedad intelectual, y por lo tanto es un Acuerdo abusivo e indiscriminado. Ello sería así dado que se aplica de forma indiscriminada a todos los soportes independientemente del

uso final que se les dé a los mismos, y que ha sido un Acuerdo impuesto a los consumidores y usuarios finales sin que éstos hayan participado en el proceso negociador. Todo ello basándose en una interpretación incorrecta del artículo 25 del TRLPI que regula el Derecho de remuneración por copia privada.

SEGUNDO.- El Servicio concluye con el sobreseimiento del expediente sancionador por no encontrar indicios de infracción del artículo 1 ni del artículo 6 de la LDC. Por lo que respecta al artículo 1, se analiza si el Acuerdo denunciado tiene por objeto y/o efecto, real o potencial, restringir la competencia. El Servicio valora que el objeto del Acuerdo es el establecimiento de un marco estable que ponga fin a los conflictos acaecidos hasta el momento entre las entidades de gestión y las empresas del sector asociadas en ASIMELEC con respecto a la implantación y efectividad de la remuneración compensatoria por copia privada. En el Acuerdo no se crea un nuevo canon, que ya se había creado en el artículo 25 TRLPI, sino que se aplican los importes previstos en dicho artículo. El Servicio considera que el artículo 25.3 no exime a las copias de programas de ordenador del derecho de remuneración por copia privada porque estas copias requieren la autorización explícita del autor incluso para uso privado. Tampoco el hecho de introducir técnicas de protección frente a copias no autorizadas implica que, según la regulación sectorial, deban excluirse por incompatible la aplicación del canon. El efecto del Acuerdo valorado por el Servicio es que las remuneraciones compensatorias finalmente aplicadas a los distintos soportes resultan ser inferiores a las establecidas en el artículo 25 TRLPI, no serán aplicables a los soportes vendidos con anterioridad a la firma del Acuerdo y parecen ser inferiores a las de los países de nuestro entorno. El Servicio no ve, por tanto, el perjuicio que, a juicio de los denunciados, habrían sufrido los consumidores como consecuencia del Acuerdo denunciado y concluye que “el Acuerdo ni pretendió ni tuvo como efecto real o potencial la restricción de la competencia entre fabricantes e importadores,..., ni mucho menos entre las entidades de gestión, que no compiten entre sí, ...”

Para el análisis de una posible infracción del artículo 6 LDC el Servicio define como mercado relevante, desde el punto de vista del demandante o usuario/explotador de los derechos de propiedad intelectual, “*el mercado de ámbito nacional de los derechos de propiedad intelectual que dan lugar a una compensación por el límite al ejercicio de dichos derechos que supone la copia privada*”. En este mercado, las entidades de gestión ostentarían una posición de dominio colectiva, a pesar de no ser competidores, por haber optado por actuar conjuntamente frente a los deudores de la remuneración compensatoria por copia privada. El Servicio no incluye a ASIMELEC en el grupo de entidades que ostentaría posición de dominio colectivo frente a los usuarios de soportes y materiales digitales, debido fundamentalmente a que

sus intereses no son coincidentes con los de la entidad de gestión. Determinada la posición de dominio colectivo de las entidades de gestión, el Servicio concluye la inexistencia de abuso, dado que “no hay indicios de que las condiciones del Acuerdo hayan sido impuestas a una de las partes del mismo, los deudores del canon son las empresas del tipo de las asociadas en ASIMELEC y no los consumidores y las condiciones pactadas en el Acuerdo son más favorables que las que estaban siendo condenadas a cumplir los fabricantes en virtud de sentencias judiciales, de forma que no cabe presumir que el Acuerdo haya impuesto las condiciones del mismo a una de las partes ni que éste sea perjudicial para los consumidores”. Respecto a la posible distorsión de la competencia que la fijación de la remuneración podría ocasionar en el mercado de venta de materiales y soportes digitales al consumidor final, el Servicio valora que “el hecho de que todos los oferentes en ese mercado paguen las mismas cantidades en concepto de derechos de propiedad intelectual no erosiona en absoluto las presiones competitivas a que se someten unos y otros en su lucha por atraerse la mayor cuota de mercado posible”...

Respecto al posible abuso por el hecho de fijar un canon excesivo, el Servicio valora que *“en comparación con los de otros países del entorno...y, sobretodo, en comparación con los establecidos en el artículo 25.5 del TRLPI, los importes establecidos en el Acuerdo resultan ventajosos para los deudores de dichos soportes (los fabricantes e importadores de soportes digitales) y para quienes en mayor o menor medida lo soportarán al final (los consumidores) por lo que el Servicio propone el sobreseimiento del expediente, al no haber quedado acreditado que la conducta de las cuatro entidades de gestión denunciadas y ASIMELEC, consistentes en la consecución del Acuerdo de 31 de julio de 2003, infrinja los artículos 1 ó 6 de la LDC”*.

TERCERO.- Los denunciantes, ante la propuesta de sobreseimiento del Servicio, reiteran sus alegaciones, a las que el Servicio da respuesta en su Acuerdo de sobreseimiento, pero manteniendo el criterio de sobreseimiento. Estas alegaciones son de nuevo reiteradas en los escritos de recurso que los denunciantes presentan ante el Tribunal, y que motivan la presente resolución. Al por su parte alega que (1) el Acuerdo firmado infringe el artículo 6.2.a porque el convenio convierte la remuneración por copia privada en un sistema de pago con un alcance indiscriminado, y que este pago indiscriminado no está amparado por el artículo 25 TRLPI, puesto que éste sólo ampara este pago para compensar la copia privada. De esta forma, el convenio *“ignora lo que ésta [Ley] establece como idóneo y lo que exige de ello [del pago o remuneración compensatoria]”*. En opinión de AI no se discute la legalidad del canon creado, pero sí la aplicación injusta que se deriva del Acuerdo, ya que es éste el que impone la remuneración obligatoria sobre

todos los soportes, se destinen o no a la copia privada, queriendo hacer valer la presunción de que todos los soportes se destinan a copia privada. Por ello, dado que ciertos usos de los soportes digitales no se destinan a copiar derechos de propiedad intelectual, sino a copias de programas de ordenador y a no copia privada, el convenio denunciado, al exigir este pago a todos los soportes, está creando un nuevo canon, en contra de los que sostiene el Servicio cuando valora que la remuneración no se crea en el convenio, sino que viene amparada por la Ley, en el artículo 25 del TRLPI. En este caso, las autoridades de competencia sí serían, en opinión del recurrente, competentes para examinar y declarar un acuerdo nulo cuando éste es abusivo, contrario a la Ley, y no amparado por ella. Señala AI que la Ley explicita en su artículo 25.3 que las copias de programas de ordenador están exentas del pago en concepto de remuneración, (2) el Acuerdo fija precios en perjuicio del libre desenvolvimiento del mercado y la competencia, (3) dado que el desarrollo tecnológico está llevando a implementar sistemas anticopia en los soportes originales, si los derechos de propiedad no pueden ser copiados el principio que crea el derecho a la remuneración por copia privada debería desaparecer, y por ello el convenio debería respetar esta nueva excepción legal, lo que tampoco hace, (4) las entidades de gestión abusaron de su posición de dominio en detrimento de los consumidores a través de ASIMELEC, a la que imponen ciertas condiciones, incurriendo en infracción del artículo 6.2.g, (5) la rebaja en los importes acordados respecto a los establecidos en la Ley no es más que una obligación legal cumplida a medias para eludir el perjuicio que causa a los deudores del mismo el no respeto a los límites legales para su imposición, y (6) el Servicio admite la posición de dominio colectivo de las entidades de gestión pero no el que haya habido abuso de esa posición, extremo éste que no aclara en el sobreseimiento, ni resuelve la cuestión de que ocurre con las cantidades añadidas a los usos que no son objeto de derechos de propiedad intelectual.

Posteriormente AI incorpora al expediente un informe en el que se pone de manifiesto que el incumplimiento del pago del canon por parte de ciertas empresas está provocando que las empresas firmantes del Acuerdo y que cumplen con el pago estén siendo expulsadas del mercado, al trasladar a precios sus mayores costes.

Por su parte, (...), considera en su escrito de recurso que (1) las autoridades de competencia sí son competentes para pronunciarse sobre si es o no contrario a la ley un acto por el cual las actas judiciales que antes no pagaban un canon sí deben pagarlo ahora, (2) que estas autoridades debían haber verificado el número de juicios que se celebran y calcular el canon que soportan, y (3) que el Servicio no ha cumplido con la resolución del Tribunal r634/04 al no haber completado la investigación en los términos expresados por la resolución y no haber analizado los mercados afectados ni la posición

en estos de las partes denunciadas. Denuncia como prueba de esa falta de análisis el que el Servicio no haya realizado la prueba propuesta por el recurrente consistente en contabilizar los soportes utilizados por las administraciones e instituciones públicas, ya que sin conocer el gasto del Estado en soportes digitales el análisis es falso.

CUARTO.- En la resolución del Tribunal de 24 de noviembre de 2005 -dictada en el expediente R 634/04 SGAE/ASIMELEC el Tribunal ya se pronunció sobre las cuestiones de constitucionalidad y legalidad de la remuneración por copia privada en el sentido de considerar a ambas materia ajena a la competencia y facultades de este Tribunal. También resolvió que el artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual confiere en su apartado 1 amparo legal a la existencia de la remuneración por copia privada y otorga a las entidades de gestión la efectividad del cobro de dicho derecho en su apartado 7, pero este artículo no regula que el importe de dicha remuneración deba ser fijado por convenio entre las entidades de gestión y los fabricantes e importadores de soportes y aparatos digitales, y por ello el convenio no goza del amparo legal de el TRLPI como para que le sea de aplicación el artículo 2.1 de la LDC. Por lo tanto, en el caso que nos ocupa la aplicación de la LDC exige analizar si la firma del convenio denunciado incumple la legislación vigente de la defensa de la competencia, bien porque se aprecie que el Acuerdo contiene elementos de carácter explotativo o exclusionarios, bien porque se constate la existencia de un abuso de posición de dominio.

Para ello es preciso analizar todos y cada uno de los elementos que concurren en el presente caso, como son: el alcance de la regulación contenida en el artículo 25 del TRLPI, el contenido de las sentencias judiciales que condenan a ciertos fabricantes e importadores al pago de la remuneración por copia privada a las entidades de gestión, el contenido de las sentencias judiciales que condenan a los distribuidores minoristas de soportes digitales a reembolsar a los consumidores finales demandantes el importe cobrado en concepto de canon, el contenido, alcance y contexto y características del convenio denunciado y, por último, los mercados afectados por el convenio, todo ello con el objeto de establecer la afectación de la competencia y el causante de dicha afectación.

La regulación del artículo 25 del TRLPI.

El considerablemente extenso artículo 25 del TRLPI crea en su apartado 1 el derecho de remuneración por copia privada cuando dice que *“La reproducción realizada exclusivamente para uso privado.....originará una remuneración equitativa y única dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaren de percibir por razón de la expresada reproducción.....”*. Queda claro que el objeto de esa remuneración es que los tenedores de un derecho de propiedad intelectual puedan percibir un ingreso

por la grabación que un particular realice de su obra, siempre que sea para uso privado. El apartado 2 regula la forma en que se debe materializar este derecho al determinar que *“Esa remuneración se determinará para cada modalidad en función de los equipos, aparatos y materiales idóneos para realizar dicha reproducción, fabricados en territorio español o adquiridos fuera de! mismo para su distribución comercial o utilización dentro de dicho territorio”*. Acto seguido, en el apartado 3 se dice que *“Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a los programas de ordenador”*. Por lo que respecta a cuándo nace la obligación del pago y quién está obligado al mismo, se establece en posteriores apartados (hasta 23 apartados contiene este artículo), que los deudores de esa remuneración *“son los fabricantes e importadores de equipos, aparatos y materiales que permitan alguna de las modalidades de reproducción previstas, y cuyo destino sea su distribución comercial o utilización dentro de España”*, y que los distribuidores, mayoristas y minoristas responderán solidariamente con los deudores que se los hubieran suministrado, y que la obligación de pago nace en el momento en que el deudor transmite la propiedad o la cesión de uso o disfrute de los equipos, aparatos y materiales. También se establecen los importes de la remuneración y que los deudores deberán poner en sus facturas al cliente dicho importe, ya que en caso contrario se entenderá que el pago no se ha satisfecho. Respecto a las entidades de gestión, establece que la efectividad del derecho se realizará a través de ellas, que éstas podrán en ciertas circunstancias actuar conjuntamente y bajo una sola representación y que el Ministerio de Cultura ejercerá el control de éstas. Asimismo, este artículo prevé la existencia de reproducciones que no deben ser consideradas para uso privado a los efectos de lo dispuesto en el artículo 25 del TRLPI, dejando la regulación de estas excepciones a un desarrollo reglamentario posterior que nunca se ha llevado a cabo, excepto para un caso que sí exceptúa expresamente en este artículo, el caso de *“los productores de fonogramas o de vídeo gramas y las entidades de radiodifusión, por los equipos, aparatos o materiales destinados al uso de su actividad siempre que cuenten con la preceptiva autorización para llevar a efecto la correspondiente reproducción de obras, prestaciones artísticas, fonogramas o vídeo gramas, según proceda, en el ejercicio de tal actividad, lo que deberán acreditar a los deudores y, en su caso, a sus responsables solidarios, mediante certificación de la entidad o entidades de gestión correspondientes, en el supuesto de adquirir los equipos, aparatos o materiales dentro del territorio español”*. Este apartado habilita a las entidades de gestión para certificar qué tipo de adquirientes de material idóneo para la reproducción estarían exentos del pago, de forma que al estarlo ellos también se exime a los deudores que les venden el material. Así, se deduce del mismo que las entidades certificadas por las entidades de gestión (entidades de radiodifusión, productores de fonogramas,..) pueden presentar dicho certificado a los deudores o a sus responsables solidarios y quedar exentos del pago del canon, lo que deriva

necesariamente en una reducción del precio, puesto que los deudores no tienen que repercutir el canon al poder demostrar ante las entidades de gestión que dicho material fue vendido a una de esas entidades certificadas por ellas mismas como exceptuadas del canon. Este apartado demuestra que, si bien el deudor material de la remuneración son los fabricantes e importadores de cierto material, en quien está pensando el regulador como deudor último de la remuneración es el consumidor final, con toda lógica, puesto que es éste y no el fabricante o importador el que realiza la reproducción para uso privado, esto es, el que está copiando una obra sometida a derechos de propiedad intelectual.

A este respecto cabe señalar que este apartado refuerza el principio de que el pago por remuneración por copia privada deba establecerse en función de los usos, motivo por el cual exceptúan del pago a aquellas entidades que claramente no están haciendo copias para uso privado, como son las entidades de radiodifusión y productores de fonogramas. La reflexión que suscita este punto es por qué no han sido exceptuadas conjuntamente otros adquirientes de estos materiales cuando por razón de su actividad profesional, social, productiva o cualquier otra, está claro que el destino de este tipo de materiales no se destina para realizar copias privadas. Sería factible acreditarles igualmente como exceptuados del pago, dado la filosofía del pago de la remuneración en función del uso que se le dé a los soportes y materiales afectados por el artículo 25.

Las distintas sentencias judiciales dictadas en relación al artículo 25 TRLPI.

Constan en el expediente, aportadas por entidades de gestión, varias sentencias judiciales en las que la demandante (mayoritariamente SGAE) denuncia a distintos distribuidores e importadores de soportes digitales aptos para realizar lo que se denomina copia privada. El objeto de las demandas es mayoritariamente la reclamación a los distribuidores del pago de la remuneración por copia privada, siendo alegado por los demandados que los soportes por ellos comercializados, si bien pueden ser utilizados para grabar música, su destino principal es la grabación de archivos digitales con contenido informático y, por tanto, no están sometidos al pago de la remuneración por copia privada. Los Tribunales que han dictado estas sentencias han fallado a favor de las demandantes dado que su interpretación del artículo 25 del TRLPI es que basta con que el soporte sea apto para realizar la reproducción de copia privada para que éste esté sometido al pago de dicha remuneración. Sostienen estas sentencias que la base del artículo 25 es la idoneidad del medio, y que son deudores de dicha remuneración los agentes señalados en el artículo 25 y, por tanto, les demanda a éstos que

realicen los pagos que el demandante les reclama. Alguna además señala que si bien la ley reconoce la excepcionalidad por uso, ésta debe ser establecida por un reglamento, sin que pueda ser excluido ningún material que no haya sido explicitado en dicho reglamento.

También constan en el expediente otra serie de sentencias en las que el demandante, un consumidor final de CDs, demanda al distribuidor minorista por cobrarle una cantidad determinada en concepto de remuneración por copia privada, cuando el uso que el adquiriente realiza de dichos soportes nada tiene que ver con la copia privada regulada por el artículo 25. Estas sentencias fallan a favor del demandante sobre la base probatoria de que dichos soportes han sido en efecto empleados en usos diferentes al de la copia privada, en concreto, una de las más recientes sostiene que de la literalidad del artículo 25 *“se excluye del canon aquellas copias destinadas a uso industrial”* y que *“al establecer que “la reproducción”...es la que “originará” una remuneración a favor de...permite acreditar el destino final de los soportes adquiridos, y demostrar que no se han usado para la definida reproducción”*. La interpretación pues, en estas sentencias, es que si bien la presunción legal inicial sería la de que estos soportes se adquieren para la *“reproducción de obras acogidas al amparo de la legislación Especial, ...cabe, dado el tenor legal, justificar que el soporte se ha utilizado para otro concreto fin distinto de la reproducción de obra de autores”*.

El contenido y alcance del convenio.

El convenio supone un acuerdo entre dos colectivos sin intereses comerciales comunes y ello debido a la ausencia de conexión inicial de los mercados en los que estos colectivos operan, las entidades de gestión y los fabricantes e importadores de productos de electrónica y comunicaciones. Ambos colectivos declaran en el convenio que: *“ENTIDADES DE GESTIÓN y ASIMELEC han mantenido negociaciones en orden a establecer y fijar los criterios para la determinación de la remuneración compensatoria por copia privada aplicable a determinados materiales y soportes digitales que permiten dicho tipo de reproducción, habiendo alcanzado acuerdo que permite garantizar, dar seguridad y, al mismo tiempo, resolver la conflictividad judicial surgida entre ENTIDADES DE GESTIÓN y determinados deudores de la remuneración compensatoria por copia privada, todo ello sin perjuicio de las facultades que legalmente corresponden a la Autoridad administrativa”*.

En este Acuerdo el colectivo de fabricantes e importadores acepta que la obligación de pago de la remuneración compensatoria establecida en el citado artículo 25 TRLPI, recae sobre los importadores y fabricantes,

distribuidores, mayoristas y minoristas de toda clase de equipos, aparatos y materiales idóneos para llevar a cabo tal reproducción para uso privado, estando incluidos gran parte de los mismos en ASIMELEC y se compromete a realizar un pago determinado a las entidades de gestión por los distintos soportes y aparatos contenidos en el apartado 5 del artículo 25 TRLPI, en concepto de remuneración por copia privada. Las características básicas de este Acuerdo son: (1) la fijación de la remuneración compensatoria por copia privada durante el período de tiempo que va desde la firma del convenio hasta el 31 de diciembre de 2005, sin perjuicio de prórrogas sucesivas y, por debajo del importe marcado en el artículo 25.5, (2) que el pago se aplica a todos los productos fabricados e importados idóneos para realizar la reproducción de obras protegidas por derechos de propiedad intelectual, (3) que se condonan las obligaciones de pago no satisfechas anteriormente, obligándose el colectivo de fabricantes e importadores a realizar los pagos a partir de la firma del Acuerdo, y (4) es convenio abierto al poder ser suscrito por cualquier Entidad de gestión entre cuyos fines estatutarios figurare hacer efectivo el derecho de remuneración compensatoria por copia privada en España en las modalidades de fonogramas y otros soportes sonoros y videogramas y otros soportes visuales y/o audiovisuales, así como por cualquier otra Asociación representativa del sector, o por cualquier otro obligado al pago de dicha remuneración con independencia de su pertenencia a ASIMELEC. El convenio no contiene referencia alguna a la repercusión, por parte de los deudores, de la remuneración pagada a los consumidores.

Los mercados afectados por la firma del convenio.

Existen al menos dos mercados que podrían verse afectados por la firma del convenio objeto de la presente resolución. El primero de ellos sería el de “los derechos de propiedad intelectual sobre obras protegidas que dan lugar a una compensación por el límite al ejercicio de dichos derechos que supone la copia privada”. En este mercado tenemos, por un lado, a los “oferentes” de la obra protegida –las Entidades de Gestión en representación de los propietarios del derecho que genera la obra protegida- y, por otro, a los demandantes de esta obra protegida –los consumidores finales que quieran realizar una copia privada de esos derechos-. En este mercado el canon o remuneración es asimilable al precio a pagar por adquirir -realizar en este caso- una copia privada.

En este mercado, donde el bien objeto de exacción se materializa mediante un soporte digital que hace posible la grabación de la obra protegida por propiedad intelectual, la Ley ha previsto que sean los fabricantes y/o importadores de los soportes digitales los que posibiliten la realización de la compensación económica, convirtiéndolos en “recaudadores” del derecho a

realizar una copia privada, esto es, de la exacción o remuneración por copia privada. Y es precisamente esta regulación la que hace que la creación de este derecho y su regulación tenga efectos sobre un segundo mercado, en principio no vinculado al primero, el de la “venta y distribución de soportes y materiales idóneos para reproducir la copia privada regulada por el artículo 25 del TRLPI”. Se trata del mercado de venta y distribución y no del de fabricación e importación, dado que el derecho nace no con la fabricación o con la importación sino con la transferencia de la propiedad o del uso y disfrute de dichos materiales.

El primero de los mercados identificados, en el que operan las Entidades de Gestión, es un mercado en el que la tecnología actual permite que el producto en cuestión, una canción, un libro, un vídeo, etc. puede ser reproducido tanto para uso privado (consumo final), como para uso público (input productivo) sin necesidad de que el oferente y el demandante tengan que realizar transacción comercial alguna que implique un precio, un acreedor y un deudor. Esto es así por la posibilidad de realizar copias de la obra original sin control alguno por parte del autor. De esta forma, la creación de las EG tiene originariamente por objeto la gestión colectiva de este tipo de derechos, en lo que respecta al uso de éstos como input productivo. Con posterioridad, los avances tecnológicos han permitido un crecimiento de la copia de este tipo de derechos sin que los mismos generasen ingresos a sus propietarios y, sin embargo sí generasen un beneficio económico al que realizaba dicha copia y después la vendía, esto es, lo que comúnmente se denomina “el pirateo”. Esta situación generó en su momento una demanda regulatoria que intentara poner fin a la misma, la respuesta del legislador fue la regulación de la remuneración por copia privada, creándose este derecho con la Ley 22/1987 de 11 de noviembre de Protección Intelectual y siendo aplicado inicialmente a la tecnología analógica. Con la reforma 1996 se extiende este derecho a la tecnología digital, habiendo sido de nuevo modificada por la Ley 13/2006 de 7 de julio, por la que se modifica el TRLPI. En este mercado son los autores y sus representantes, las entidades de gestión, las que firman el convenio, de modo que habrá que analizar, en principio, los efectos del convenio sobre la competencia entre estos agentes, sin olvidar también los efectos del mismo sobre el consumidor final.

Respecto al segundo mercado, los firmantes del convenio son los fabricantes e importadores de componentes electrónicos y de comunicaciones, que operan en un mercado de productos tecnológicamente avanzados, compuestos por soportes digitales como los CD-Rom y DVD’s y aparatos de grabación y reproducción sonora, visual o audiovisual, donde la demanda de este tipo de productos es de amplio espectro, dada la infinidad de usos distintos que se pueden hacer de estos productos. El análisis deberá

centrarse en si el convenio supone un cambio en las condiciones de competencia en este mercado.

Son, pues, dos colectivos que operan en mercados diferentes, sin relación ni interés comercial inicialmente común y cuyo denominador común está en los consumidores y usuarios que demandan tanto obra protegida para ser copiada, como soportes y aparatos para realizar dicha copia de la obra protegida, circunstancia ésta que es utilizada por el legislador para convertir a los fabricantes e importadores en recaudadores de la remuneración por copia privada regulada en el TRLPI. La cuestión desde el punto de vista de competencia es si el convenio supone un abuso por parte de los firmantes, bien en forma de importes excesivos, o bien en forma de extensión del cobro de este importe a consumidores que no estarían obligados al pago de dicha remuneración, esto es, los consumidores de soportes digitales que dedican los mismos a otros usos distintos de la grabación de derechos de propiedad intelectual.

QUINTO.- Teniendo en cuenta toda la fundamentación jurídica expuesta en los puntos precedentes procede evaluar la presunta infracción del artículo 1 LDC que habría supuesto la firma del convenio. En cuanto al posible carácter excluyente, el Servicio no ve que éste sea el objeto ni el efecto del convenio, ya que el objeto habría sido la creación de un marco estable que acabase con la litigiosidad de los años anteriores, y dado que el importe que se les va a exigir a todos los fabricantes e importadores es el mismo no cabe distorsiones a la competencia entre ellos, y por ende no hay efecto restrictivo de la competencia. Los recurrentes, sin embargo, no alegan que el convenio tenga por objeto o efecto la exclusión de ningún operador del mercado, sino que denuncian su carácter explotativo, en tanto en cuanto el convenio estaría creando un nuevo canon, no amparado por el artículo 25 TRLPI, que es el que se cobra a aquellos soportes que no van destinados a la copia privada, único uso al que se le reconoce que debe generar una remuneración compensatoria.

El Tribunal, al igual que el Servicio, no aprecia que el convenio pueda tener por objeto o efecto excluir ni a entidades de gestión en el mercado de la gestión de los derechos a la remuneración por copia privada, ni a fabricantes e importadores en el mercado de la venta y distribución de material idóneo para realizar la reproducción de la copia privada. La ausencia de objeto deviene de la propia esencia del acuerdo. A través del mismo, las EG buscan la efectividad del pago, mientras que el interés de los fabricantes e importadores estaría en asegurar la repercusión de dicho pago al usuario final, que es quien en definitiva puede emplear el soporte con la finalidad de reproducir obras protegidas por derechos de autor, pero sin que ello altere las

condiciones de competencia preexistentes en su mercado. La consecución de ambos objetivos será tanto más factible cuantas más EG y, sobre todo, más fabricantes e importadores participen en el mismo. Precisamente se trata de evitar situaciones de *free riding* en las que la no repercusión del pago por parte de determinados fabricantes e importadores pueda alterar la competencia en ese mercado y degenerar un aumento de la litigiosidad y una menor efectividad en el pago. Por ello, ASIMELEC estará a favor de conseguir una repercusión lo más general e idéntica posible del canon a los usuarios por parte de los fabricantes, objetivo consistente también con el interés de las EG, porque con ello se facilita el pago efectivo. Dado este interés en extender la aplicación del acuerdo, no resulta racional que se emplee como instrumento de exclusión de terceros, poniendo en peligro su estabilidad.

Además, la apreciación de falta de efectos excluyentes se basa en el carácter no exclusivo del convenio, al que pueden adherirse tanto otras entidades de gestión como otros fabricantes e importadores, así como en la ausencia constatada de que se haya producido alguna exclusión.

Respecto al posible efecto de carácter explotativo del Acuerdo basado en que es el convenio el que crea un canon nuevo al extender la obligación de pago a los usos distintos de la copia privada, alegado por los denunciados, éste podría tener una doble vertiente, la extensión del pago a soportes no contemplados por la legislación y el nivel de los importes. El Servicio no aprecia dicha explotación en tanto en cuanto no es el convenio el que crea el canon y el importe final es inferior al regulado en el apartado 5 del artículo 25 TRLPI, e inferior también al que existe en países de nuestro entorno y, por tanto en ausencia del convenio los deudores vendrían obligados a cantidades superiores que repercutirían en el consumidor final, quien finalmente pagaría un precio superior por el mismo producto.

El Tribunal considera que el hecho de que el TRLPI establezca el canon no implica que el convenio no pueda dar lugar a una conducta prohibida. Si el convenio conlleva la creación e implementación de una obligación de pago no regulada en el artículo 25 TRLPI, ésta podría ser constitutivo de un abuso, al que se habría llegado bien por acuerdo entre los firmantes del convenio, bien porque la realización del mismo fuese impuesta por una parte que ostentase posición de dominio. La respuesta a si estamos ante un caso de infracción pasa por analizar si la obligación de pago a la que vienen sometidos los fabricantes e importadores como deudores de la remuneración excede lo previsto en el TRLPI. La literalidad del artículo 25 TRLPI ha sido interpretada de distinta manera por deudores y acreedores, lo que ha motivado el que al no resultar cumplidas las obligaciones de pago por parte de los deudores, los acreedores hayan acudido a los tribunales para que éstos interpretaran la

Ley. Por tanto, si podía haber divergencias en la interpretación de la literalidad del artículo 25, los Tribunales ordinarios no han visto, hasta el momento, estas divergencias, en el sentido de que interpretan que son todos los soportes y materiales idóneos para la reproducción de copia privada los que están sometidos a la obligación de pago regulada por el artículo 25 del TRLPI, y sus deudores los fabricantes e importadores de dicho material. Teniendo en cuenta estos precedentes, no puede concluirse que sea el convenio el que en un ejercicio de abuso extiende la remuneración por copia privada a un colectivo exento de la aplicación de la misma. Es la redacción del apartado 2 del artículo 25 TRLPI la que al introducir el concepto de idoneidad posibilita una interpretación maximalista de los soportes y materiales sujetos al pago de remuneración, y son los tribunales ordinarios los que, al interpretar el concepto de idóneo como “susceptible de ser empleado para”, determinan que todos estos soportes y materiales, independientemente del uso futuro que se le vaya a dar a dicho material, generan en el momento de su venta el derecho a la remuneración por copia privada. El Tribunal no comparte con los denunciados que el posible carácter abusivo derivado de la aplicación indiscriminada del denominado “canon a los CDs y DVDs” sea consecuencia de la firma del convenio denunciado, dado que la obligatoriedad del pago por parte de los deudores existía antes de la firma del mismo, la crea la legislación y la ratifican los tribunales.

En otras sentencias los Tribunales ordinarios han reconocido que los soportes que no se utilizan para realizar copias privadas no pueden ser grabados por la remuneración por copia privada, y así dichas sentencias resuelven que el distribuidor minorista que ha facturado el canon al consumidor debe proceder al reembolso del importe cobrado por dicho concepto. Nótese que estas sentencias resuelven el conflicto entre consumidor final y distribución minorista, pero las mismas no contienen consideración alguna con respecto a la relación entre el que realiza el ingreso y el que lo percibe finalmente.

Nos encontramos, por un lado, con unas sentencias que, basándose en la idoneidad o susceptibilidad del material, declaran a fabricantes e importadores deudores del pago y a los distribuidores responsables subsidiarios de ese pago y, por otro lado, otras sentencias que basándose en el hecho probado del uso dado al material en cuestión, eximen al consumidor final de ese pago cuando efectivamente éste demuestra no haber realizado copias privadas con el material adquirido, a pesar de ser idóneo para ello. El resultado es que el colectivo de fabricantes, importadores y distribuidores está obligado a un pago en base a la idoneidad y, a su vez, si finalmente se demuestra que ese material no ha sido usado para realizar copia privada, deberá entonces reembolsar al consumidor final, y una vez probado su uso alternativo, el canon repercutido en su venta, y que probablemente habrá ya abonado a las entidades de gestión.

La existencia de ambos tipos de sentencias tiene como resultado final que (1) las entidades de gestión tienen derecho al cobro de la remuneración por copia privada por todo soporte y aparato susceptible de ser utilizado para realizar la copia privada, con independencia de que finalmente se destinen a este uso, (2) los deudores vienen obligados al pago derivado de este derecho, siendo sus distribuidores mayoristas o minoristas subsidiarios solidarios de la satisfacción de ese derecho, (3) los distribuidores minoristas vienen obligados a rembolsar este pago cuando el consumidor final pruebe que el material adquirido no tuvo por objeto realizar copias privadas, y (4) el consumidor final que adquiere material susceptible de ser utilizado para realizar copia privada paga el derecho antes aludido en forma de sobreprecio, y si finalmente puede demostrar que su uso no fue la reproducción de obras protegidas por derechos de propiedad intelectual, entonces puede presentar una demanda ante la jurisdicción ordinaria con una sentencia probablemente a su favor.

Este conjunto de situaciones, si bien podrían no ser calificadas de contradictorias, sí pueden serlo, cuanto menos de confusas, e incluso podrían serlo de abusivas en tanto en cuanto el efecto final es que ciertos consumidores finales, ya sean particulares, empresas o instituciones públicas, terminan soportando un pago derivado de un derecho que nunca llegan a ejercer, o lo que es lo mismo, se ven obligados a pagar por algo que no demandan y a lo que nunca le darán uso, ya que el objeto principal, esto es, el material digital, fue adquirido para otra finalidad.

El problema que subyace es que, el hecho que, *strictu sensu*, genera la remuneración, es el acto de reproducción de una obra protegida por derechos de PI con fines privados, pero como éste es de imposible control a efectos recaudatorios, el legislador opta por desplazar la obligación de pago al acto de venta del aparato o soporte que sea idóneo para realizar dicha reproducción con fines privados por persona física. Este desplazamiento de la obligación de pago al vendedor, sin distinguir el uso final del soporte, plantea el problema que subyace en este expediente, que no es otro que la existencia de un subsidio cruzado desde el consumidor de material que lo emplea para usos distintos a la copia privada hacia el consumidor que usa los soportes para realizar copias privadas, lo que a juicio de los denunciantes es constitutivo de abuso, al menos, por parte de las entidades de gestión, ya que supondría una aplicación indiscriminada del pago por reproducción para copia privada.

Pero la cuestión que aquí debe resolverse es si hay indicios suficientes en el expediente como para que el Servicio hubiese considerado que es el convenio denunciado, el instrumento en virtud del cual se cometería el abuso

y, por tanto cabría imputar a las entidades de gestión y ASIMELEC una infracción de la LDC o si, por el contrario, debe el Tribunal confirmar el Acuerdo de sobreseimiento realizado por el Servicio.

El análisis realizado por el Tribunal, descrito en el fundamento de derecho cuarto, lleva al Tribunal a considerar que no es el convenio firmado el 31 de julio de 2003 el origen de los posibles abusos que se estén produciendo como consecuencia de la aplicación de la remuneración por copia privada, regulada en el artículo 25 del TRLPI, y comúnmente conocida como “el canon de los CDs y DVDs”, sino la propia regulación vigente, al manejar conceptos distintos, como el de “idoneidad” de los materiales, al mismo tiempo que el de “usos” de los materiales, para regular un mismo hecho: la efectividad del pago de la remuneración por copia privada. Y aun más, la ausencia de las normas reglamentarias que en la propia Ley se anuncia que deberá ser aprobada, pero que nunca se ha llevado a cabo, estaría favoreciendo la continuidad de esta situación. El mandato que fue ordenado en el artículo 25.23 del TRLPI 1996 pero que aún no se ha cumplido habría dado lugar a la existencia de un reglamento en el se habrían establecido los tipos de reproducciones que no deberían considerarse para uso privado, los agentes exceptuados en razón de ese tipo de reproducciones, la forma de acreditar la excepción, y los mecanismos para implementar la excepción, tal y como la propia Ley regula en su artículo 25.6 respecto a las entidades de radiodifusión y productores de fonogramas o videogramas.

SEXTO.- El análisis realizado por el Servicio sobre la posible infracción del artículo 6, le lleva a concluir que, si bien existe posición de dominio conjunto entre las entidades de gestión, la firma del convenio con ASIMELEC no supone un abuso de dicha posición, ni respecto a ASIMELEC, ni respecto a los consumidores finales. El Tribunal comparte la interpretación de que el convenio no puede valorarse como una imposición a ASIMELEC, sino que éste es fruto del acuerdo. Es cierto que las empresas asociadas en ASIMELEC no accedieron voluntariamente al pago de la remuneración por copia privada de los soportes digitales después del cambio regulatorio del TRLPI, y que esa negativa dio lugar a una serie de demandas por parte de SGAE y alguna otra entidad de gestión ante la jurisdicción ordinaria, concluyendo estos procesos con sentencias que reconocían a las entidades de gestión la deuda reclamada contra las distintas empresas deudoras de la remuneración. La interpretación de las denunciadas es que las entidades de gestión estarían incurriendo en una infracción del artículo 6.2.g, puesto que la firma del Acuerdo se habría conseguido debido a la actitud de éstas frente a ASIMELEC, que estaría *“impidiéndole continuar su actividad comercial con normalidad y abocándola a los tribunales de forma continuada”*. El apartado g del punto 2 del artículo 6 de la LDC considera que una forma de abuso es aquella que obtiene o intenta obtener *“bajo la amenaza de rupturas de las*

relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas". Para que pueda interpretarse una infracción del 6.2.g) se precisa que exista una relación comercial entre ambos actores, cosa que no sucede en este caso, ya que no hay relación comercial alguna, las entidades de gestión no son consumidores ni proveedores de ASIMELEC, y por tanto no cabe la amenaza de ruptura de la relación comercial si ésta no existe. El Tribunal considera que el hecho de que empresas asociadas en ASIMELEC hayan visto alterada su realidad cotidiana por tener que enfrentarse a un proceso judicial como demandadas, no responde al concepto que regula el alegado artículo 6.2.g. Parece evidente que la existencia de las sentencias judiciales a favor de las entidades de gestión supusieron un cambio en la actitud de las empresas asociadas en ASIMELEC, ya que éstas después de varias sentencias condenatorias debieron verse incentivadas a negociar con las entidades de gestión con el objeto de evitar nuevas sanciones a la vez que intentaban conseguir condiciones económicas mas ventajosas que las que los Tribunales estaban imponiendo en las sentencias, basadas a su vez en la legislación en vigor. De hecho, las negociaciones fueron largas, pero la situación acordada suponía ventajas económicas para las empresas de ASIMELEC comparándola con la situación derivada de las citadas sentencias. La aplicación directa de las sentencias habría supuesto el pago de la remuneración por copia privada para soportes digitales desde su entrada en vigor, en 1996, hasta el momento de la sentencia, y además mantener el mismo importe para los pagos futuros. El resultado del convenio fue la condonación de las cantidades adeudadas hasta la firma del mismo, y ligeras rebajas sobre el importe de remuneraciones futuras respecto a los que marca la legislación. No cabe pues interpretar que haya indicios suficientes para imputar a las entidades de gestión de abuso de posición de dominio respecto a ASIMELEC.

Los denunciante alegan también la infracción del 6.2.a porque el convenio estaría imponiendo, de forma indirecta, precios no equitativos. El convenio es un acuerdo de las condiciones e importes por la remuneración por copia privada, que es una remuneración a los derechos de propiedad intelectual por el derecho a la reproducción. Ciertamente esta remuneración se repercute al consumidor final en forma de incremento de precios de este tipo de soportes, sin diferenciar entre los usos finales que el consumidor vaya a hacer de éste. Y es justamente esta falta de diferenciación lo que el denunciante considera *"aplicación injusta por un pacto arbitrario y restrictivo en la interpretación del TRLPI"*. Podría ser una aplicación injusta y, sin embargo, no ser sancionable desde la legislación de competencia, si ella resulta de la aplicación de una Ley. A este respecto el Tribunal valora que no es el Acuerdo denunciado el que impone una remuneración obligatoria sobre la comercialización de

soportes digitales sobre “la extraña presunción de que la totalidad de los soportes digitales vírgenes son destinados a copia privada”, como alegan los denunciantes, sino la literalidad del artículo 25.2 del TRLPI, ratificada por varias sentencias judiciales, al regular que todos los soportes idóneos para llevar a cabo la reproducción están sometidos a la remuneración por copia privada, siendo sus deudores las empresas que fabrican o importan estos materiales.

El convenio firmado por las entidades de gestión y ASIMELEC se ampara en el artículo 25 del TRLPI de 1996 y, teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal no considera procedente estimar el recurso planteado contra el Acuerdo de sobreseimiento y ordenar al Servicio una instrucción más allá de la que ya ha realizado.

SÉPTIMO.- No obstante todo el análisis anterior se ha llevado a cabo sobre la legislación vigente en el momento de la firma del convenio, es decir el TRLPI de 1996, puesto que ésa era la regulación aplicable en aquel momento y en el del sobreseimiento, que es el acto contra el que se han presentado los recursos aquí analizados, no procediendo, en el seno de este recurso, evaluar los hechos sobre una regulación posterior al momento de los hechos, como la que luego aconteció. Sin embargo dado que existe un cambio regulatorio, derivado de la Ley 23/2006, de 7 de julio, que, en lo que respecta a la copia privada, podría afectar directamente al convenio firmado en el año 2003 sería procedente analizar si el convenio aquí estudiado y aun en vigor es compatible con esta nueva regulación.

Dos son, al menos en apreciación del Tribunal, los cambios introducidos en la regulación que podrían afectarle: (1) el procedimiento para llegar a los soportes afectados por la remuneración por copia privada y su importe, y (2) los límites al derecho de la propiedad intelectual regulada en la Ley. Respecto al primero de los cambios mencionados, la regulación de 1996 no distinguía entre soporte analógico y digital, pero sí la regulación de 2006, en la que el nuevo apartado 6 del artículo 25 establece que “*Para los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción digitales, el importe de la compensación que deberá satisfacer cada deudor será el que se apruebe conjuntamente por los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio conforme a las siguientes reglas:*” Las reglas establecen que cada dos años los ministerios mencionados deberán iniciar el procedimiento para determinar los elementos sujetos al pago de la remuneración y el importe, y que las partes interesadas dispondrán de cuatro meses para comunicarles los acuerdos alcanzados o, en su caso, la falta de acuerdo. El convenio de 2003 no ha seguido, evidentemente, este procedimiento, por lo que debería revisarse la cobertura legal de la que dispondría con arreglo a la nueva Ley.

Respecto a la segunda de las modificaciones, se ha redactado nuevamente el artículo 31, que en la legislación de 1996 regulaba la “*Reproducción sin autorización*” y en la actualidad se ha ampliado para incluir la copia privada, siendo su título actual “*Reproducciones provisionales y copia privada*”.

OCTAVO.- Por último el Tribunal pasa a analizar otros aspectos adicionales planteados en los recursos interpuestos.

Respecto a que las copias de programas de ordenador están expresamente excluidas del pago por remuneración y, por tanto, deberían ser excluidas del Acuerdo, el Tribunal coincide con el Servicio al valorar que el citado artículo 3 no pretende, como interpretan los denunciantes, ser una excepción de la remuneración para las copias de programas de ordenador, sino que establece que en el caso de copias de programas de ordenador, el pago de esta remuneración no supone que sea legal copiar, ni siquiera para uso privado, los programas de ordenador sin consentimiento del autor. Ciertamente, la copia de programas de ordenador supone un uso distinto al del concepto de la copia privada regulado en el artículo 25, al igual que otros muchos usos de los soportes digitales que no son el de la copia privada. Pero al igual que estos otros usos, su exceptuación del pago por remuneración por copia privada no ha sido establecida en el correspondiente reglamento por la sencilla razón que éste no ha sido, aún, elaborado.

Se alega también que los nuevos desarrollos tecnológicos permiten que las obras protegidas con derechos de propiedad intelectual se distribuyan en soportes tales que imposibilitan su copia privada y por tanto la remuneración por copia privada debería desaparecer, ya que con dichas protecciones se impide el ejercicio del derecho a la copia privada que había creado la remuneración compensatoria. Sería un abuso cobrar un derecho por un acto que finalmente no puede ser realizado. Sin perjuicio de que ésta pudiera ser la realidad imperante en el mercado, la legislación actual, que es la base para las resoluciones de este Tribunal, no ha cambiado y la supresión de la remuneración de la copia privada requiere, evidentemente, un cambio legislativo que así lo contemple. No es competencia de este Tribunal resolver sobre la legalidad de la remuneración por copia privada, ni siquiera bajo la presunción de que el derecho a la copia privada no pueda ejercerse.

El recurrente considera que el Servicio no aclara suficientemente la falta de abuso ni resuelve la cuestión de qué ocurre con las cantidades añadidas a los usos que no son objeto de derechos de propiedad intelectual. El Servicio ha valorado suficientemente, en opinión del Tribunal, las distintas formas en las que el abuso podría haber tomado forma, sin apreciar que existan indicios suficientes de que ninguna de ellas se haya producido, y no puede ser su

función analizar el destino de unas cantidades que en su valoración han sido cobradas bajo el amparo de una ley.

Sobre la competencia del Tribunal para resolver si es o no contrario a la ley un acto por el cual las actas judiciales que antes no pagaban el canon deben pagarlo por el simple hecho de que éstas se materialicen ahora a través de un soporte digital, cabe decir que el Tribunal de Defensa de la Competencia es competente para aplicar la Ley 16/1989 LDC, en la que quedan exceptuadas los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una ley. Este ha sido precisamente el objeto de análisis de la presente resolución, ya que si el convenio firmado estuviese amparado por una Ley, sus efectos, a pesar de estar contenidos en las prohibiciones del artículo 1 de la Ley 16/1989 LDC, no serían perseguibles. En esta situación la Ley faculta al Tribunal para que formule propuesta motivada al Gobierno sobre la supresión o modificación de situaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con las normas legales, pero obviamente éste es un procedimiento ajeno al de resolución, en el que nos encontramos.

Se alega también que para resolver esta denuncia el Servicio debería haber calculado el número de juicios que se celebran con el fin de determinar el importe total en concepto de remuneración que estos actos supondrían. Con el mismo objeto se alega que la falta de práctica propuesta por el denunciante consistente en calcular el número de todos los soportes sujetos a remuneración que todas las instituciones públicas adquieren, hace que el análisis realizado por las instituciones de competencia sea falso. En el presente caso, consta en el expediente información suficiente sobre los mercados afectados, y la determinación de si hay o no infracción de la LDC descansa sobre el análisis de si el convenio y su ampliación están bajo amparo legal, independientemente de la factura económica que su aplicación esté suponiendo a los consumidores y a las instituciones públicas.

NOVENO.- En definitiva, de cuanto antecede, el Tribunal ha de concluir que el análisis efectuado por el Servicio es suficiente y acertado en Derecho por lo que procede declarar la desestimación de los dos recursos interpuestos y la confirmación del Acuerdo del Servicio de sobreseimiento del expediente. Todo ello, sin perjuicio de reiterar, como se recoge en el fundamento de derecho Séptimo, que sería oportuno que el Servicio analizase el alcance que podrían tener los cambios regulatorios introducidos por la reciente Ley 23/2006, de 7 de julio, sobre el Convenio de Acuerdo denunciado, de 31 de julio de 2003, y su compatibilidad con la misma.

Vistos los preceptos legales y los demás de general aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar los recursos que (...) y la ASOCIACION DE INTERNAUTAS han interpuesto ante este Tribunal de Defensa de la Competencia contra el Acuerdo de sobreseimiento dictado por el Servicio de Defensa de la Competencia en el expediente del Servicio 2511/04.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese 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 de dos meses contados desde su notificación.