

RESOLUCIÓN (Expte. r 686/06, Artistas Intérpretes o Ejecutantes)

Pleno

Excmos. Sres.:

D. Luís Berenguer Fuster, Presidente
D. Antonio del Cacho Frago, Vicepresidente
D. Javier Huerta Trolèz, Vocal
D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vocal
D. Julio Costas Comesaña, Vocal
D^a. María Jesús González López, Vocal

En Madrid, a 28 de septiembre de 2006

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición arriba expresada y siendo Ponente el Vocal Sr. Conde Fernández-Oliva, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente de recurso r 686/06 (2671/06 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC) interpuesto por D. J. L. S. R. actuando en nombre y representación de la asociación Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE) contra el Acuerdo de la Directora General de Defensa de la Competencia, de fecha de 10 de marzo de 2006, por el que se decretó el archivo de las actuaciones derivadas de su denuncia contra Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AISGE), Gestevisión Telecinco, S.A. (T5) y Antena 3 de Televisión, S.A. (A3) por supuestas conductas prohibidas por el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y Artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCCE).

ANTECEDENTES

1. El 29 de marzo de 2006 se recibe en el Tribunal el recurso interpuesto contra el Acuerdo de la Directora General de Defensa de la Competencia, de fecha de 10 de marzo de 2006, por supuestas conductas prohibidas por la LDC, derivadas de la suscripción de los contratos entre AISGE con T5 y A3, respectivamente, el 19 de diciembre de 2002 y el 15 de julio de 2004. La entidad recurrente, en síntesis, alega lo siguiente:

Primero.- Alcance de la resolución recurrida y breve resumen de antecedentes.

La decisión de archivo se ha practicado con inusitada brevedad sin practicar información reservada ni realizar investigación complementaria alguna. El Acuerdo de archivo tiene manifestaciones excluyentes, ya que, por una parte, se afirma que “no ha quedado acreditado” que los contratos objeto de este expediente constituyan acuerdos prohibidos por la normativa de defensa de la competencia, y por otra, que “al no observarse indicios racionales” de conductas prohibidas por la misma procede el archivo.

Dos manifestaciones del SDC parecen haber desempeñado un papel decisivo para el archivo:

- AIE y AISGE son “entidades de gestión monopolistas de sus repertorios, nada que haga una de ellas puede tener impacto sobre la independencia de comportamiento de la otra respecto a los usuarios de su repertorio, por no ser competidoras en ningún mercado”. Así, “ninguna es capaz de ejercer presión competitiva sobre la otra”.
- Los pactos o acuerdos que firme AISGE con las televisiones “no pueden tener el efecto, ni real ni potencial, de restringir la competencia en un mercado en que dicha competencia no existe”. AIE no tiene que plegarse a los pactos de AISGE, ya que ésta “sería incapaz” de suplir la falta de acuerdo entre las televisiones y AIE.

La recurrente estima que el SDC entiende que las entidades de gestión pueden incurrir en abuso de posición dominante frente a los usuarios, pero no en acuerdos colusorios. Los razonamientos del SDC olvidan criterios fijados por el TDC que son esenciales para conocer el asunto.

Se parte de la existencia de entidades monopolísticas- por razón de la gestión de los derechos de determinados subcolectivos, que no de repertorios- para declarar que no existe competencia, cuando el TDC ha declarado que primero hay que fijar el mercado relevante y sólo a partir de él puede fijarse el alcance monopolístico de las entidades de gestión.

Se acude al criterio de “sustituibilidad de la oferta”, olvidando que el mercado relevante sólo puede definirse desde el punto de vista del usuario y que, lo decisivo son “las características del producto y uso, la estructura de la demanda y las preferencias de los consumidores”. Por la razón expuesta, el propio TDC ordenó la incoación y tramitación de

un expediente, revocando un acuerdo de archivo (Resolución del TDC de 24 de noviembre de 2005, expediente 634/04, SGAE-ASIMELEC).

Además se olvida que a efectos de definición del mercado relevante ha de tenerse en cuenta el factor normativo.

Para ilustrar estos aspectos, la recurrente precisa de forma sucinta los siguientes antecedentes:

1) Factor normativo que delimita el mercado.

- a) El Texto Refundido de la Ley de la Propiedad Intelectual (TRLPI) en su artículo 108.3 establece una obligación de pago y un derecho de crédito único relativo a la remuneración que percibirán los artistas intérpretes o ejecutantes de los usuarios de grabaciones audiovisuales que realizan actos de comunicación pública de las mismas.
- b) El artículo 108.3.2º TRLPI propicia la constitución entre los titulares del derecho (artistas intérpretes o ejecutantes) de una mancomunidad de acreedores en una sola obligación (remuneración por comunicación pública de grabaciones audiovisuales). Dado el carácter legal de una y única remuneración, la misma se configura como indivisible, por lo que necesariamente las entidades de gestión deben actuar de forma conjunta y mancomunada.
- c) El artículo 108.4 TRLPI establece que el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes es de gestión colectiva obligatoria al determinar que “se hará efectivo a través de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual” (no significa que las entidades sean las acreedoras del derecho, sino que la efectividad del mismo queda en sus manos).

2) Mercado relevante.

El propio TDC lo ha definido atendiendo a la perspectiva de consumidores y usuarios (Resolución del TDC de 27 de julio de 2000, Exp. 465/99 Propiedad Intelectual Audiovisual). Así, no es legal ni realista aludir a la existencia de dos derechos diferentes que operan de forma autónoma, sino de un solo derecho (el derecho de remuneración de los artistas intérpretes o ejecutantes), que opera, por tanto, “en un solo y mismo mercado”.

3) Entidades de gestión y alcance monopolístico de las mismas.

AIE y AISGE son las únicas entidades de gestión de derechos de la propiedad intelectual autorizadas para gestionar los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes:

- AIE gestiona los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, ya sean artistas musicales o audiovisuales.
- AISGE gestiona los derechos de los artistas audiovisuales, esto es, de actores, incluidos los de doblaje y bailarines.

En todo caso, el carácter monopolístico de las entidades de gestión en cada subcolectivo no evita que frente al usuario las mismas operan en un mismo mercado y, por tanto, pueden “competir y ejercer presiones la una sobre la otra”.

4) Gestión conjunta.

Hasta el mes de julio de 2002, AISGE y AIE tuvieron prácticamente una concordia absoluta. Así, en 1998 establecieron precios o tarifas conjuntas que notificaron al Ministerio de Cultura. La tarifa se preveía implantar de forma progresiva hasta llegar al 1,870% de los ingresos de explotación de las televisiones [correspondían a AISGE el 1,50% del derecho (el 80,21 %) y a AIE el 0,37% (el 19,79%)].

En la notificación al Ministerio se hacía constar, entre otros aspectos, que la comunicación conjunta de las tarifas era con el fin de “establecer los criterios de cuantificación del derecho de remuneración equitativa y única regulado en el artículo 108 del TRLPI...”. AIE señala que ambas entidades habían adquirido el compromiso de hacer efectivo el derecho de forma conjunta.

5) Procedimientos judiciales.

Ante la imposibilidad de llegar a una solución pactada con T5 y A3, AIE y AISGE las demandaron. Las demandas fueron estimadas en primera instancia y confirmadas en segunda, encontrándose recurridas en casación sólo por AIE, al haber llegado las televisiones a un acuerdo extrajudicial con AISGE mediante la suscripción de los contratos origen de la denuncia.

6) Los contratos denunciados.

Los contratos denunciados no se limitan a pactar una ejecución extrajudicial de los derechos de AISGE (procediéndose en los mismos tanto a la liquidación de las cantidades adeudadas judicialmente reconocidas como a su fijación para el futuro), sino que fijan los derechos que han de aplicarse a AIE, pese a que no es parte de los contratos, por vía del establecimiento de mecanismos de penalización. Se abandona así la gestión colectiva del derecho, como exige el artículo 108.3.2º TRLPI y ha declarado el TDC en la Resolución de 27 de julio de 2000, expediente 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual.

7) La denuncia de T5 ante el SDC.

T5 ha denunciado a su vez a AIE ante el SDC por “imponer tarifas no equitativas y discriminatorias” sin permitir negociación de las mismas, denuncia que ha motivado la incoación del expediente sancionador 2538/04 que tramita el SDC. El período de información reservada dura cerca de año y medio, en contraste con el corto espacio de tiempo (15 días), que ha tardado el SDC en archivar la denuncia de AIE.

Segundo.- Admisibilidad del recurso al presentarse en tiempo y forma.

Tercero.- La decisión de archivo vulnera los límites con que esta potestad viene definida en el artículo 36.3 LDC.

Insiste en la contradicción señalada al principio del recurso, y en que la posibilidad de archivo se limita al único supuesto de que no “haya indicios de infracción”, por lo que estima patente la ilegalidad del Acuerdo de archivo. Además, en su opinión, un adecuado examen del mercado relevante lleva a la conclusión contraria a la del SDC para el archivo (que se aparta del criterio del TDC) y sólo el hecho de que una entidad denuncie a otra con la que ha gestionado hasta ahora los derechos, constituye un indicio razonable para que se inicie un procedimiento.

Cuarto.- La valoración del SDC sobre la plena independencia en el mercado de las entidades de gestión y la imposibilidad de que una pueda ejercer una presión competitiva de la otra, parte de una incorrecta definición del mercado relevante.

1) Recoge el fundamento de fondo en que se basa el Acuerdo de archivo, que acompaña de unas consideraciones complementarias al mismo.

2) Considera que, con independencia de que no es posible hablar en los derechos de la propiedad intelectual de remuneración de “repertorios” ya que el único “repertorio” es el ámbito del colectivo a favor del cual se establece el derecho, el punto de partida -las entidades de gestión por ser “monopolistas de sus repertorios” no pueden competir ni ejercerse presión- es más una conclusión (incorrecta porque no se ha hecho ninguna indagación) que una mera premisa.

El SDC aunque alude a la posibilidad de contemplar el mercado desde diferentes perspectivas, en realidad lo hace siempre desde la oferta, lo que permite construir tantos mercados como oferentes operarían de manera independiente, pese a que, paradójicamente, reconozca que las dos entidades ostentan una posición de dominio colectiva.

La posición de AISGE en un mercado único y con un derecho gestionado unitario, es lo que le ha permitido restringir la competencia y condicionar ilícitamente la posición negociadora de AIE.

3) La resolución de archivo parte de que las entidades son monopolísticas para definir dos mercados independientes y negar la existencia de concurrencia, pero el TDC ha venido operando de forma inversa: primero ha de fijarse el mercado relevante y luego el alcance monopolístico de las entidades. Hay un solo mercado y un sólo derecho de gestión colectiva, por lo que sólo hay una posición de monopolio: así lo definió el TDC en su Resolución del citado expediente Propiedad Intelectual Audiovisual. Además, para definir el mercado hay que considerar el factor normativo y una vez hecho lo anterior es cuando puede verse que la resolución de archivo no se corresponde con la realidad. La mejor prueba de que AISGE compite y ejerce presión son los dos contratos y sus cláusulas relativas a AIE.

Aunque AISGE no puede suplir a AIE en la gestión de la cuota de su colectivo, la condonación de una parte sustancial de las deudas reclamadas conjuntamente y el establecimiento de los derechos para el futuro, así como el obligar a A3 y T5 a no pactar otras condiciones diferentes con AIE, asegurándose el resultado con penalizaciones, condiciona la posición de AIE.

Además, el SDC ha realizado una serie de afirmaciones arriesgadas sin efectuar indagación alguna:

- las condiciones pactadas en los contratos suscritos entre AISGE con las televisiones no pueden imponerse en ningún caso a AIE.

- hay margen para un posible acuerdo entre AIE y las televisiones.
- AIE tiene plena independencia de comportamiento frente a las televisiones.

Finalmente, habría que analizar si el criterio del SDC sería o no coincidente si los acuerdos se hubieran alcanzado en un sector ajeno al de la propiedad intelectual.

Por todo lo anterior, solicita que se revoque el acuerdo de archivo.

2. El 30 de marzo de 2006, el Tribunal solicita al SDC informe sobre el citado recurso, así como las actuaciones seguidas conforme a lo dispuesto en el artículo 48.1 LDC, solicitando también que se indique la fecha de notificación del acuerdo recurrido al no constar la misma.
3. El 6 de abril de 2006 se recibe en Tribunal el Informe solicitado al SDC en el que se indica que el recurso ha sido presentado en plazo, así como, en síntesis, se expone lo siguiente:

La LDC no dispone que sea obligatorio realizar una información reservada, que no tiene fijada legalmente una duración determinada, previamente al archivo de la denuncia en caso de que no aprecie la existencia de indicios de infracción de la normativa de defensa de la competencia.

1) AIE sugería acumular el expediente a que diera lugar su denuncia con el 2538/04 en tramitación en el SDC por denuncia de T5 contra AIE. Dado que ambas denuncias son independientes y el Servicio tiene la potestad de decidir o no su acumulación, en este caso decidió que no procedía.

- El archivo de la denuncia se hizo al no observar indicios de conductas prohibidas y después de motivarlo suficientemente.
- La contradicción que señala el recurrente entre “la no observación de indicios” y “la no acreditación de las conductas imputadas” sólo daría lugar a un debate dialéctico sin que se desvirtuase en ningún caso la procedencia del archivo.
- AIE y AISGE son entidades de gestión que han actuado conjuntamente entre 1998 y 2002 y el que una denuncie a la otra no es motivo suficiente para iniciar un procedimiento

sancionador. Según AIE, dicha colaboración es obligada por la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) y quedó rota con la firma de los acuerdos de AISGE con las televisiones. A las autoridades de defensa de la competencia les corresponde considerar si los acuerdos incluyen cláusulas prohibidas por la LDC, pero no si infringen la Ley de la Propiedad Intelectual, pues su interpretación es competencia de la jurisdicción civil.

2) La forma de proceder del SDC en el Acuerdo de archivo no contradice la Resolución de 27 de julio de 2000 del TDC en el expediente Propiedad Intelectual Audiovisual, en la que primero consideró el poder monopolístico que ostentan las entidades de gestión individualmente, para después establecer que tenía más sentido observar el mercado desde el punto de vista del usuario que del oferente, y concluir que EGEDA, AISGE y AIE tenían una posición de dominio colectiva en el mercado definido desde esa perspectiva, sin que tal posición colectiva fuera incompatible con la individual de que cada una goza respecto de los derechos que gestiona.

- El Acuerdo de archivo parte de la posición monopolística individual de las entidades de gestión y afirma que, independientemente de cómo se defina el mercado (desde la perspectiva de los oferentes o de los demandantes), cada una gestiona derechos diferentes e inintercambiables, lo que excluye que haya presiones competitivas entre una y otra, dado que no compiten en ningún mercado. No lo hacen en ninguno de los mercados que resultarían de su definición desde el punto de vista de la oferta o de los usuarios, porque en ningún caso los productos que se ofrecen son sustitutivos.

- El SDC señala que la referida Resolución del TDC no establece, como pretende AIE, que el mercado haya de definirse siempre y exclusivamente desde el lado de la demanda, ya que en la misma se establece que debe definirse “principalmente” desde la percepción de los consumidores, sin descartar la perspectiva de la oferta.

- El Acuerdo de archivo no contradice lo establecido por el TRLPI. De la autorización otorgada a AISGE y AIE por el Ministerio de Cultura, se destaca que AISGE limita su actividad al colectivo de actores, bailarines, y directores de escena, excluyendo a los ejecutantes musicales, mientras que AIE se limita genéricamente a los artistas intérpretes o ejecutantes. Ambas entidades podrían competir en la atracción de actores y bailarines “*de derecho*”, pero no lo hacen “*de hecho*” por haberse repartido el colectivo. Si AIE estuviera presente en

la representación del colectivo de actores y bailarines, entonces si podría cada una de las entidades recibir presiones competitivas de la otra.

- AISGE y las televisiones acordaron que, si como consecuencia de un pacto posterior de éstas con AIE se desequilibrase la balanza del 80% para AISGE/ 20% para AIE (considerado justo por AISGE y las televisiones), las televisiones compensarían a AISGE. Por eso, en el Acuerdo de archivo se descartaba que los contratos denunciados infringieran la LDC, con independencia de que pudieran ser, en su caso, contrarios a otras disposiciones legales.

- No es cierto que el SDC descarte la comisión de conductas prohibidas por los artículos 1 LDC y/u 81 de los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas por las entidades de gestión. Pero dado como están estructurados los mercados de los derechos de la propiedad intelectual (donde las entidades de gestión no compiten entre sí, salvo SGAE y DAMA en relación a un determinado colectivo de autores) es difícil que un acuerdo entre una entidad de gestión y un colectivo de usuarios pueda restringir la competencia de otra entidad de gestión.

3) Las afirmaciones del SDC se hicieron con todos los elementos de juicio necesarios.

- Lo pactado entre AISGE y las televisiones no puede imponerse a AIE, dado que ésta tiene libertad para pactar lo que quiera en sus negociaciones con las televisiones, dentro de los límites de la legalidad. En caso de que las negociaciones fracasaran, las televisiones tendrían que consignar las cantidades correspondientes a las tarifas generales de AIE antes de hacer uso de los derechos.

- Hay margen para el acuerdo entre AIE y las televisiones, como se explicita en el Acuerdo de archivo.

- Se ha argumentado lo suficiente en relación con la independencia de comportamiento de AIE respecto de AISGE y viceversa.

Por todo lo anterior, el SDC considera que no se desvirtúa el Acuerdo de archivo, el cual estima que debe mantenerse.

4. El 21 de abril de 2006 se admite a trámite el expediente, se designa Ponente y de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 48.3 de la LDC se

pone de manifiesto a los interesados durante un plazo de 15 días hábiles.

5. El 16 de mayo de 2006 se recibe escrito de la representación de AIE solicitando ampliación del plazo concedido.
6. El 16 de mayo de 2006 se acuerda Providencia por la que se concede la prórroga solicitada por un plazo de ocho días hábiles a partir del último del plazo anteriormente concedido.
7. El 19 de mayo de 2006 se recibe escrito de la representación de A3 en el que se hace una alegación única consistente en el apoyo de la decisión de archivo acordada por el SDC. En síntesis, en ella se expone:
 - La LDC no obliga a instruir una información reservada por el mero hecho de la interposición de una denuncia y si el SDC no observa indicios de infracción, puede no iniciar el procedimiento y acordar el archivo de las actuaciones.
 - No es obligatoria la incoación de expediente porque haya otro por el que se enjuicie una determinada actividad desarrollada por AIE con respecto a A3 y T5, dado que ambas denuncias son independientes.
 - Es insustancial la supuesta contradicción en que el SDC se refiere a la no observación de indicios, por un lado, y a la no acreditación de conductas, por otro.
 - No es cierto que el análisis del mercado relevante del SDC sea contrario a los criterios del TDC en su Resolución Propiedad Intelectual Audiovisual (en ésta se acordaba analizar el mercado agrupando los derechos gestionados por las entidades implicadas, por cuanto desde el punto de vista del usuario del caso concreto -el gremio de hoteleros- resultaba indiferente el repertorio y grupo de derechos que gestionase cada entidad, lo que no ocurre en el caso que se analiza).
 - Existe independencia de comportamiento de AIE y AISGE en sus relaciones con los usuarios de sus respectivos repertorios.
 - No hay competencia entre ambas entidades de gestión ya que los derechos que gestiona cada una son inintercambiables desde el punto de vista del usuario, lo que excluye el ejercicio de presiones competitivas.

- El acuerdo firmado por AISGE no impide que AIE mantenga la aplicabilidad de sus tarifas de manera independiente (de momento así lo sustentan los Tribunales).

- Es erróneo el argumento de AIE referente a la unicidad e indivisibilidad del derecho remuneratorio de artistas intérpretes o ejecutantes y la consecuente necesidad de actuar de manera conjunta y mancomunada y, por ello, la falta de independencia de ambas entidades en el mercado. Para reforzar lo erróneo del argumento hace referencia a documentos y datos aportados por el denunciante: las tarifas presentadas en su día al Ministerio de Cultura de manera individual por cada entidad; las tarifas presentadas conjuntamente que siguen estableciendo de forma diferenciada el porcentaje correspondiente de los derechos gestionados por cada entidad; y los Autos del Tribunal Supremo que desestimaron los recursos de reforma interpuestos por AIE contra las providencias que admitían la separación de AISGE de los procedimientos judiciales iniciados conjuntamente contra A3 y T5.

- AIE y AISGE representan colectivos diferentes al haberse repartido *de hecho* los mismos sin que, por tanto, se puedan producir entre ellas presiones competitivas.

Respecto a la alegación de AIE de que si cada entidad tuviera plena independencia y libertad de actuación no se hubieran pactado compensaciones a favor de AISGE si AIE alcanzara ciertos acuerdos, señala que una cosa no tiene que ver con la otra. Está acreditado que las tarifas acordadas conjuntamente por ambas entidades para su aplicación sobre los ingresos de explotación de las televisiones eran del 80% para AISGE y del 20% para AIE, por lo que es lógico que al desistir una de la reclamación judicial conjunta, pretendiera que se mantuviera la proporción 80%-20% y que si los usuarios alcanzaran un acuerdo con respecto a las tarifas con AIE, se respetara aquella proporción.

- El SDC no descarta la posibilidad de comisión de conductas prohibidas por los artículos 1 de la LDC y 81 de los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas.

- Las condiciones pactadas entre AISGE y las televisiones no pueden imponerse a AIE.

Por todo lo cual solicita se desestime el recurso.

8. El 19 de mayo de 2006, se reciben las alegaciones de AISGE, en las que, en síntesis, se expone:

PREVIO.- AIE hace lo posible por elevar el grado de complejidad de una materia en sí peculiar (tergiversando, etc.) para ocultar su verdadera intención, que es apropiarse de ingresos de AISGE.

PRIMERO.- Consideraciones generales:

- El acuerdo de archivo es correcto y se ha adoptado rápidamente porque la decisión era obvia.

- No existe obligación legal para AIE y AISGE de actuar conjuntamente para deducir de ello una suerte de reparto interno entre las entidades de gestión de las recaudaciones obtenidas.

- AIE oculta las resoluciones adversas cosechadas en el conflicto con AISGE, cuyo proceder ha sido respaldado por el Tribunal Supremo y por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Cultura (Resolución de 7/03/2006), al resolver que AISGE y AIE pueden hacer efectivos los derechos que gestionan sin necesidad de actuar conjuntamente. Despeja cualquier duda al respecto la Resolución de 12 de mayo de 2006 de la Ministra de Cultura, aparte de que la doctrina más autorizada avala la posición de AISGE (se aportan dictámenes al respecto).

- AIE, al tiempo de manifestar que se siente perjudicada, se jacta de haber ejecutado íntegramente su tarifa a las codenunciadas, esto es, a T5 y A3.

- AIE considera falto de fundamento el Acuerdo de archivo por la existencia en el mismo de dos frases contradictorias y excluyentes que sólo parece apreciar así el recurrente.

- AIE describe un factor normativo inexistente: no existe ninguna obligación legal para AISGE y AIE de actuar conjuntamente, no existe ninguna tarifa conjunta fijada por las dos entidades, ni tampoco una sola y única obligación o crédito, pues el derecho se lo atribuye la Ley a los artistas.

- AIE describe un mercado relevante distinto al que existe y en todo caso ninguna de las dos entidades de gestión concurren en el mismo. Cada entidad de gestión administra derechos pertenecientes a titulares distintos e independientes.

- Nada o poco aporta la recurrente con sus apreciaciones respecto del proceder en otros expedientes.

- AIE sostiene que mantiene una suerte de competencia con AISGE. Si así fuera, AISGE tendría que cuestionar su legitimación legal para recaudar y el repertorio que dice administrar.

SEGUNDO.- Sobre el verdadero contenido del Acuerdo de archivo: aclaraciones esenciales.

1) Inexistencia de contradicciones en el Acuerdo recurrido que impliquen vulneración de la potestad conferida al SDC por el artículo 36.3 LDC. El acuerdo de archivo sin haber acordado la información reservada no implica contradicción con la existencia de un procedimiento contra AIE a instancia de T5.

- El Acuerdo de archivo se adopta correctamente por no apreciar indicios de conductas contrarias a los artículos 1.1 LDC y 81 TCCE, dado que:

- Cada entidad tiene un monopolio en el ámbito de gestión de los colectivos que administran.

- Ausencia de concurrencia de AIE y AISGE en el mercado (se defina desde el punto de vista de los usuarios o de los oferentes) ya que las dos entidades son monopolistas de sus repertorios.

- Al ser AIE la única entidad que gestiona las ejecuciones musicales incorporadas a grabaciones audiovisuales, no puede verse afectada por el contenido de los contratos de AISGE con las televisiones.

- Inexistencia de una obligación de actuación conjunta.

- No existe infracción por el SDC que pueda amparar la estimación del recurso.

- AIE intenta suplir la falta de motivación de su recurso sobre la base de analogías imposibles con otros expedientes y denuncias distintas.

2) Aspectos esenciales que la entidad recurrente fija incorrectamente, tergiversando o faltando a la verdad. Se precisa que:

- AISGE administra el derecho de actores/dobladores/bailarines/directores de escena y AIE el de intérpretes o ejecutantes musicales. Como estos artistas fijan sus actuaciones en fonograma o soporte audiovisual, AIE pretende cobrar por diversas vías.

- AISGE y AIE establecen por separado sus tarifas generales (no hay tarifa conjunta) en relación con los repertorios de los artistas que cada una administra y con el grado de utilización que de esos repertorios realiza el usuario.

- Al fijar cada entidad sus tarifas en función de sus propios criterios no puede hablarse de “gestión de un derecho único de un único colectivo” que precisa un reparto interno entre entidades, ya que el único reparto posible es entre titulares de derechos (actores, etc.).

- La gestión colectiva obligatoria es una forma especial de ejercicio de unos derechos que de otra forma no podrían alcanzar la efectividad deseada.

- El derecho de remuneración previsto en el artículo 108.3.º TRLPI es un derecho de explotación de gestión colectiva obligatoria. Las obras audiovisuales se explotan en el 95% de los casos en función de los actores (...“nadie se pregunta si la banda sonora está ejecutada o interpretada por “x” músico”). Lo anterior explica por qué las televisiones han alcanzado un acuerdo con AISGE y no con AIE (razón absolutamente económica y por los esfuerzos de AISGE, T5 y A3 para alcanzar un acuerdo).

Sentado lo anterior, la recurrente justifica su recurso por considerar que el Acuerdo de archivo parte de tres supuestos erróneos:

1) AIE estima que el Servicio parte de la existencia de entidades monopolísticas en relación a la gestión de ciertos subcolectivos, no de repertorios. AISGE considera que es indiferente hablar de colectivos o de repertorios, ya que lo determinante es que cada entidad tiene un monopolio singular en la gestión de la remuneración que corresponde a todos los artistas incluidos en el colectivo que administra.

2) AIE considera que el Servicio acude al criterio de sustituibilidad de la oferta olvidando que el mercado sólo puede definirse desde el punto de vista del usuario. AISGE estima que el SDC no excluye tampoco la perspectiva del oferente, pero en este expediente no hay concurrencia

en ningún mercado con independencia del criterio que se utilice para su definición.

3) AIE considera que el factor normativo- artículo 108.3.2º del TRLPI- lleva a la “existencia de un crédito único y una actuación necesaria conjunta y obligatoria de ambas entidades”, lo que se refuta seguidamente.

TERCERO.- Sobre el auténtico factor normativo del caso:

1) Delimitación del ámbito de actuación de las entidades de gestión.

- AIE y AISGE son entidades dotadas de personalidad jurídica, capacidad de obrar y legitimación para gestionar los derechos de la propiedad intelectual que tienen encomendados.

- Cada una de las entidades ha circunscrito su ámbito de gestión a determinados tipos, colectivos o categorías genéricas de artistas, ostentando “de facto” el monopolio de gestión de los repertorios que cada uno de ellos representa.

- AIE, a pesar de lo expresado en su recurso sólo gestiona derechos del colectivo de músicos (solistas integrantes de grupos de orquestas y, en lo que interesa en el ámbito audiovisual, única y exclusivamente respecto de sus actuaciones musicales integradas en bandas sonoras de grabaciones audiovisuales).

- AISGE gestiona los derechos de otros colectivos de intérpretes (actores, bailarines, actores de voz o doblaje y directores de escena). Aporta sus Estatutos para la verificación de su ámbito.

En el título IV del TRLPI (artículos 147 a 157) dedicado a la regulación de las entidades de gestión se establece la autonomía e independencia de su actuación.

2) Las verdaderas premisas y principios fundamentales que informan la gestión colectiva y relaciones entre AISGE y AIE.

- Los principios por los que se guía todo el sector de gestión colectiva son:

- a) Las entidades gestionan derechos ajenos (pero no son titulares de ninguno).

- b) La gestión colectiva no es más que un remedio subsidiario para que los derechos alcancen la mayor eficacia.
- c) El artículo 108.4 TRLPI determina de modo particular la forma de ejercicio del derecho (a través de las entidades de gestión).
- d) AISGE y AIE son entidades independientes con legitimación, responsabilidad, obligaciones y facultades de gestión propias.
- e) El artículo 157.1.b TRLPI faculta y obliga a AISGE y AIE a establecer por separado sus propias tarifas generales (no existe ninguna tarifa conjunta).
- f) Todas las posiciones y relaciones jurídicas que conforman la actividad de AIE y AISGE son propias y autónomas.
- g) El artículo 108.3.2º atribuye al artista (no a las entidades de gestión) un derecho de remuneración equitativa y única (un solo pago a cada entidad de gestión para evitar que el usuario se vea obligado a pagar a cada artista).
- h) La obligación del artículo 108.3.2º TRLPI sólo puede ser considerada pecuniaria, por lo que se está en presencia de una obligación mancomunada divisible o parciaria.
- i) No hay un reparto interno entre entidades (el único posible es entre titulares de derechos).
- j) No existe ningún precepto en el TRLPI que imponga una actuación conjunta.
- k) No hay ninguna resolución judicial que determine la existencia de una obligación de actuación conjunta de AISGE y AIE (Autos de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2004 y 1 de febrero de 2005).
- l) De existir la obligación conjunta en los términos que postula AIE quebraría todo el sistema de gestión colectiva. Pondría en riesgo el derecho de libre asociación y afectaría al principio de libertad de pacto.
- m) AIE interpreta la cualidad de “única” como necesidad de actuación conjunta cuando se gestionan los derechos de los artistas de una grabación audiovisual, pero no reivindica tal

efecto en el ámbito de gestión del fonograma ni en algunos supuestos de grabaciones audiovisuales (hoteles).

- n) La doctrina más autorizada avala la cuestión en los términos en que lo hace AISGE (y en contra de la tesis de AIE): aporta dictámenes de L. D. P., D. A. B., D. C. R. V., D. J. M. R. T. y D. V. C. D.
- o) Las Resoluciones del Ministerio de Cultura.

La Secretaría General Técnica del Ministerio de Cultura, en Resolución de 7 de marzo de 2006, coincide plenamente con la interpretación del SDC del artículo 108.3.2º TRLPI tras desestimar la denuncia de AIE contra AISGE: "...AIE...AISGE... pueden hacer efectivos los derechos de propiedad intelectual que corresponden a los artistas intérpretes o ejecutantes sin la necesidad de actuar conjuntamente...". En el Fundamento Jurídico Quinto concluye que "debe deducirse que para aquellos derechos de remuneración para los que la ley ha impuesto la gestión colectiva y no ha establecido una actuación conjunta de las diferentes entidades, éstas pueden negociar con los usuarios y realizar cuantas actuaciones sean necesarias para garantizar la efectividad de los derechos que tienen encomendados de forma independiente".

AIE presentó recurso de alzada contra la anterior Resolución, que fue desestimado por Resolución de la Ministra de Cultura de 12 de mayo de 2006.

CUARTO.- AISGE y AIE son entidades que operan en el mercado con independencia, por lo que una no puede ejercer presión competitiva sobre la otra.

1) El 19 de septiembre de 1998 interpusieron un único procedimiento contra T5 que pretendía conseguir la efectividad del derecho de remuneración a favor de artistas intérpretes o ejecutantes, pretensiones estimadas por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Madrid de 5 de septiembre de 2001, luego confirmada por Sentencia de la Sección 13 de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de marzo de 2003.

AISGE y AIE alcanzaron un acuerdo con T5, del que AIE se autoexcluyó por condicionar la redacción y firma a un reconocimiento de supuestos pactos ajenos a la negociación. En definitiva, no ha habido concertación para excluir a AIE de ningún acuerdo.

- 2) Explicación del contexto y negociación del contrato entre AISGE y A3.

En un proceso similar al anterior (demanda conjunta contra A3), exigiendo el pago de derechos conforme a tarifas generales de cada entidad, el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Alcobendas (Sentencia de 9 de octubre de 2001) estimó las pretensiones de AIE y AISGE, que luego se confirmaron por la Audiencia Provincial de Madrid (Sentencia de 11 de diciembre de 2002).

La única diferencia respecto al acuerdo con T5 radica en que en el caso de A3 fue la propia AIE quién se opuso a cualquier negociación antes de su comienzo, lo que no impidió que el 15 de julio de 2004 AISGE y A3 negociaran un contrato para hacer efectiva su tarifa. Prosigue también sin impedimento el recurso de casación de AIE y A3 y la ejecución provisional de la Sentencia de Primera instancia.

- 3) Ausencia de daño o perjuicio.

Las ejecuciones provisionales logradas individualmente por AIE de las sentencias contra T5 y A3 prueban que los acuerdos de AISGE con las televisiones no han ocasionado daño o perjuicio a AIE.

El Auto de 1 de marzo de 2006 del Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Madrid en el Procedimiento de Ejecución nº 1223/2004, instado por AIE contra T5, aprobó la liquidación realizada por AIE por importe de 2.100.341,70 euros; y, por Auto de 21 de febrero de 2006 del Juzgado nº 5 de Alcobendas se despachó la ejecución contra A3 por 16.940.122,97 euros.

Luego aparte de no haberse producido ningún perjuicio para AIE por los acuerdos de AISGE, puede deducirse que la actuación conjunta de ambas entidades fue una “estrategia trazada hace 8 años” que no viene impuesta por norma alguna.

QUINTO.- AISGE y AIE ostentan el monopolio individual de gestión de los colectivos que representan, sin que exista obligación de actuación conjunta que determine que ambas operen en el mismo mercado y que AISGE compita y ejerza presión sobre AIE (quién actúa con plena libertad frente a A3 y T5 y cualquier otro usuario).

- 1) Las actuaciones independientes de AIE frente a A3 y T5.

Los contratos suscritos por AISGE con A3 y T5 no afectan a la posible negociación de AIE con las televisiones ni a la situación procesal en los procedimientos en curso. Ello resulta acreditado por el Procedimiento de Ejecución 1223/2004, instado por AIE contra T5, por la tramitación del propio recurso de casación que mantiene con T5 (recurso nº 2157/03 ante la Sala Primera del Tribunal Supremo), y por el Procedimiento ordinario 465/05 tramitado a instancia de AIE ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid contra AISGE y T5. En la demanda se ejercitan una serie de pretensiones para obtener pronunciamientos sobre la existencia de una actuación conjunta obligatoria e, indirectamente, sobre la nulidad de los contratos entre las codemandadas así como el pago de las cantidades que adeudaría T5 a AIE conforme a su propia tarifa general.

Respecto a A3 la situación es análoga, ya que prosigue la tramitación de los recursos de A3 y AIE ante la Sala Primera del Tribunal Supremo y AIE ha obtenido frente a A3 un despacho de ejecución.

Por otra parte, está pendiente de resolución el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, interpuesto por AIE contra el Auto que admite el desistimiento de AISGE en la ejecución 394/2001.

Tales procedimientos prueban que no hay mercado concurrente y que la libertad de AIE para la gestión de derechos no se ve restringida por los acuerdos de AISGE con las televisiones, que no hay presión sobre AIE y que no son aplicables las Resoluciones del TDC que invoca.

2) Las cláusulas de garantía previstas en los contratos de AISGE con A3 y T5 no implican ninguna restricción respecto a la efectividad de la remuneración que gestiona AIE.

En la cláusula segunda del contrato con T5 se prevé que quedan excluidas del convenio las fijaciones de las interpretaciones o ejecuciones de artistas intérpretes o ejecutantes musicales representados por AIE. Similares términos están en la cláusula segunda del contrato con A3.

Por ello está claro que tales contratos no pueden fijar el montante de la remuneración del colectivo que administra AIE, ni las condiciones de determinación del mismo.

SEXTO.- Irrelevancia de la definición del mercado relevante desde la perspectiva de la oferta o de la demanda, ya que no hay competencia entre AISGE y AIE, aparte de no haber contradicción con la definición

del mercado relevante de la Resolución del TDC en el expediente 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual, de 27 de julio de 2000.

El SDC no opta por definir el mercado desde ninguno de los puntos de vista posibles, ya que considera que, con independencia de cómo se defina el mercado relevante, cada entidad gestiona derechos independientes, que en ningún caso pueden sustituirse los unos por los otros, por lo que no hay presión competitiva entre AIE y AISGE.

La Resolución del TDC en el expediente Propiedad Intelectual Audiovisual citado, admite una posición monopolística individual de cada entidad (EGEDA, AISGE y AIE), lo que no impide su compatibilidad con una posición monopolística colectiva.

Cuestión distinta es que en el mercado de los derechos de la propiedad intelectual relativo a las televisiones, como usuarios por la realización de actos de comunicación al público referidos en el artículo 20.2.c) TRLPI, exista esa dualidad, al ser cuestionable que exista una posición monopolística colectiva.

El planteamiento en este expediente es radicalmente distinto al anteriormente citado, ya que la diferenciación por parte de T5 y A3 de los distintos derechos aquí es real y admisible para las televisiones por las siguientes razones:

- En muchas ocasiones las televisiones son productoras de grabaciones audiovisuales.
- Las diferencias entre unos y otros derechos han sido aceptadas por los usuarios como prueban los contratos suscritos con AISGE.
- Los usuarios desean que haya tal diferencia para conocer cual es el precio pagado a los distintos titulares por los diferentes derechos.
- El hecho de que la propia AIE diferencie los derechos de los titulares en función de que sus interpretaciones se hayan fijado en un fonograma o en una grabación audiovisual.

Por todo lo cual, no se pueden extrapolar aquí las valoraciones que el TDC realizó para el sector hotelero en su Resolución de 27 de julio de 2000, Propiedad Intelectual Audiovisual.

Cabría por lo expuesto que, aún partiendo de las diferencias del mercado relevante desde el punto de vista del usuario, cada entidad de

gestión ostentara una posición monopolística individual respecto a la utilización de su repertorio, “sin que resulte de aplicación el concepto de monopolio colectivo de las entidades AISGE y AIE y la existencia y concurrencia en un mercado único”.

Por otra parte, AIE ofrece una visión distorsionada del factor normativo determinante del mercado. Ni el artículo 108.3 del TRLPI, ni ningún otro precepto establecen la obligación de actuación conjunta de AIE y AISGE en la gestión de un único derecho. Cada entidad tiene ámbito y facultades propias respecto de los colectivos o repertorios administrados y puede negociar, etc. el derecho de remuneración que corresponde a los colectivos que administra. Luego la Resolución recurrida es conforme con el criterio del factor normativo definitorio del mercado “y el criterio del TJCE que impone a su vez la existencia de una posición de monopolio individual de cada entidad y la ausencia de concurrencia en un mismo mercado”.

En todo caso con independencia de cómo se defina el mercado, el hecho es que AISGE no puede condicionar la remuneración de los artistas de AIE. “La utilización del repertorio de una u otra entidad no es sustituible ni intercambiable y, por tanto, no hay concurrencia en ningún mercado”.

SÉPTIMO.- La independencia entre el ámbito de actuación de AIE y AISGE imposibilita el que existan conductas abusivas y prácticas colusorias. No hay analogía con la Resolución del TDC de 24 de noviembre de 2005, expediente r 634/04, SGAE-ASIMELEC.

Este expediente ha sido sobreseído por el SDC con fecha 12 de mayo de 2006 y los únicos paralelismos del mismo con las presentes actuaciones dan la razón a AISGE:

- En el expediente que nos ocupa, se han acreditado las distintas resoluciones que sancionan la aplicación del artículo 108.3.2º TRLPI en relación con las televisiones.
- Los acuerdos de AISGE con T5 y A3 no eran para restringir la competencia, ya que trataban de poner fin a los distintos procedimientos judiciales.
- El que las compensaciones pactadas en el acuerdo entre ASIMELEC y diversas entidades fueran inferiores a las establecidas en el artículo 25 TRLPI revela el acuerdo como más favorable a los intereses de los consumidores que el propio TRLPI. Esto es de especial

relevancia, ya que las pretensiones de AIE se fundamentan en el mayor poder de presión que tendrían AISGE y AIE si actuarán conjuntamente frente a los usuarios al negociar el pago de los derechos.

Finalmente, AISGE estima acertado el criterio del SDC, al considerar que los contratos suscritos por una única entidad con un único usuario, difícilmente puede restringir la competencia respecto a otra entidad de gestión, ya que los derechos por ésta administrados se excluyen expresamente en los contratos.

Por todo lo cual, solicita que se desestime el recurso y se confirme el Acuerdo de archivo (acompaña 23 documentos y deja designados los archivos y registros aludidos, entre otros, los Autos del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid (Auto 12/04) y del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid (Auto 465/05).

9. El 31 de mayo de 2006 se recibe escrito de alegaciones de AIE en el que, en síntesis, se expone lo siguiente:

1. Critica la técnica del SDC de desgranar frases o párrafos de las alegaciones del recurso para ir rebatiéndolos. Considera que es como si se pretendiera justificar la interpretación de la legalidad que realiza en la precipitada decisión de archivo, olvidando que no necesita defenderse de nada. Considera que el acuerdo de archivo vulnera los límites en que esta potestad viene definida en el artículo 36.3 LDC.

2. El SDC se equivoca en tanto que no se trata de que haya de iniciarse un procedimiento sólo para estudiar si los acuerdos incluyen cláusulas prohibidas por la legislación de defensa de la competencia, sino también si la firma de los convenios por AISGE con T5 y A3 con exclusión de AIE supone o no, una conducta prohibida por el artículo 1.1 LDC.

AIE sostiene que la negociación y firma de los convenios con exclusión de AIE, implica una conducta tendente a fijar las condiciones de efectividad del derecho de remuneración única regulado en el artículo 108.3.2º TRLPI individualmente por AISGE, sin tener en consideración el colectivo gestionado por AIE, lo que causa perjuicio a ésta al imponerle unas condiciones en cuya determinación no ha intervenido. Ello partiendo de la base de que se está ante las condiciones de efectividad de un derecho de gestión colectiva obligatoria. Esto no supone que se traslade a las autoridades de la competencia la consideración de si los acuerdos infringen o no el TRLPI, lo que corresponde a la jurisdicción civil, pero estima que el SDC no puede

negar que para el cumplimiento de la función que le atribuye el artículo 31 LDC ha de partir de la legislación vigente sobre la materia y realizar una interpretación del TRLPI, al menos para examinar si la premisa de la que parte AIE (remuneración única y gestión conjunta) es o no compartida por el Servicio.

Un repaso de diferentes Resoluciones del TDC lleva a la conclusión contraria al SDC: las autoridades de la competencia pueden (y deben) interpretar el TRLPI y valorar si los acuerdos firmados entre AISGE y las televisiones son contrarios al artículo 1.1 LDC.

3. Incurre en un error el SDC al definir el mercado relevante al objeto de deducir que AISGE y AIE no compiten en ningún mercado al gestionar cada una de ellas una parte del colectivo de artistas intérpretes o ejecutantes (esencialmente, AISGE a los actores y bailarines y AIE a los artistas musicales) cuyos derechos considera diferentes e inintercambiables, lo que excluye que haya presiones competitivas entre una y otra. Estima que, en el fondo, se eleva a dogma el principio de sustituibilidad, de forma que, si estas entidades no concurren respecto un mismo derecho y conjunto de titulares de derecho no existe competencia, lo que implica que, para el derecho de la competencia, las únicas conductas relevantes son las posibles actuaciones abusivas frente a los usuarios ex artículo 6 LDC y no las colusorias del artículo 1.1 LDC en que pudiera incurrir una entidad frente a la otra.

Se considera que el SDC no ha entendido el contenido de la denuncia: se trata de unos contratos que fijan condiciones y precios para AIE, que no participa en los mismos, respecto de un derecho “único” que tienen conjuntamente AIE y AISGE, al menos en las tarifas comunicadas al Ministerio de Cultura (el parámetro tarifario es del 80,21% para AISGE y del 19,79% para AIE). AISGE tiene así una posición preeminente, que utiliza para imponer condiciones a la efectividad del derecho que gestiona AIE, a través de los pactos con T5 y A3 y con el objetivo de fijar las condiciones comerciales de AIE respecto a los usuarios.

Luego no se sostiene que lo pactado entre AISGE y las televisiones no puede imponerse a AIE porque goza de libertad para pactar lo que quiera. Considera obvio que la cantidad que el usuario tiene pensada como remuneración “equitativa y única” para los artistas es una sola, por lo que cuanto menos se pague a AIE más percibirá AISGE y a la inversa.

4. Considera improcedente que el SDC afirme que la libertad de pactos de AIE viene asegurada por la “necesaria consignación “de las tarifas generales de AIE antes de hacer uso de los derechos.

a) No se han comprendido bien las diferencias entre los derechos exclusivos (o “fuertes”) de propiedad intelectual que, efectivamente facultan al titular para autorizar/prohibir una determinada explotación, la cual se entiende concedida contra la consignación de las tarifas generales exigidas por la utilización del repertorio de la entidad de gestión, y los derechos de simple remuneración (“débiles”) que no facultan para autorizar/prohibir nada, sino exclusivamente a cobrar “una remuneración equitativa” por el uso de la prestación a través de la correspondiente entidad de gestión.

b) Tampoco se ha entendido que la efectividad de los derechos débiles no viene determinada por la consignación de las tarifas generales al hilo del artículo 157.2 TRLPI, sino por el artículo 157.4 que obliga a las entidades de gestión a hacerlos efectivos, y, en el caso del derecho del artículo 108.3.2º por el artículo 108.4 que establece en qué consiste esta efectividad. En estos derechos “débiles” no hay derecho diferente de su precio final, pues el precio (remuneración) es el derecho.

c) Aparte de lo anterior, el SDC no ha valorado las resoluciones habidas en los procedimientos instados conjuntamente por AISGE y AIE contra T5 y A3, de las que se deduce que estas televisiones no consignaron ni satisficieron cantidad alguna desde el 1 de junio de 1995, siendo que a la fecha actual T5 sigue sin haber pagado nada por el artículo 108.3.2º TRLPI, mientras que lo satisfecho por A3 no deriva de la consignación ex artículo 157.2, sino de la ejecución provisional de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Alcobendas.

d) Es erróneo, por tanto, el contexto legal donde el SDC sitúa la controversia y que las televisiones serían proclives a rebajar sus aspiraciones en posteriores reuniones. Además es innecesario recordar que AIE tiene la posibilidad de acudir a los Tribunales de Justicia, e inocua la referencia a la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual (en el procedimiento judicial en tramitación las televisiones niegan la existencia del derecho como la legitimación de AIE para hacerlo efectivo), sin perjuicio de las discutible competencia de esta Comisión para resolver conflictos derivados de la aplicación del artículo 108.3.2º TRLPI, ex artículo 158.2 TRLPI..

5. El Acuerdo de archivo y el Informe del Servicio de 6 de abril de 2006 contradicen las propias tesis expuestas por el SDC y el criterio del

Tribunal en el expediente A 343/03, Derechos de la Propiedad Intelectual (acuerdo AGEDI-AIE), de 22 de abril de 2004, al hilo de la interpretación del artículo 108 TRLPI en relación con el acuerdo AGEDI-AIE para la gestión/recaudación conjunta del derecho de remuneración “equitativa y única” del artículo 108.2 TRLPI, ya que:

a) En el Informe de 15 de diciembre de 2003 evacuado por el SDC se define el mercado de producto (aun tratándose de dos derechos distintos y gestionados por entidades diferentes) como “el de los derechos de comunicación pública de los derechos de propiedad intelectual de productores e intérpretes de fonogramas que se usan para la comunicación pública de fonogramas” en el que AGEDI gestiona los derechos de los productores y AIE los de los intérpretes. En el Acuerdo recurrido e Informe evacuado, el SDC tiende a definir dos mercados (en relación a cada subcolectivo protegido) para deducir la “independencia plena de comportamiento de AISGE y AIE”.

b) En dicho informe de 15 de diciembre de 2003, el SDC afirma, con base en la Resolución de 27 de julio de 2000 del TDC (exp. 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual), que el acuerdo entre AGEDI y AIE para gestionar/recaudar el derecho de remuneración “equitativa y única” del artículo 108.2 TRLPI estaría incurso en el primer párrafo del artículo 2.1 LDC, pues el Acuerdo notificado resulta de la aplicación de la Ley de la Propiedad Intelectual. Pero en el Informe evacuado en el presente expediente deniega la interpretación realizada con anterioridad, señalando que la interpretación del TRLPI corresponde a la jurisdicción civil, al objeto de evitar pronunciarse sobre si el acuerdo de AISGE con las televisiones (con exclusión de AIE) supone una conducta prohibida por el artículo 1.1 LDC.

c) La Resolución del TDC de 22 de abril de 2004 mantiene que la “remuneración equitativa y única” del artículo 108.2 TRLPI, refleja la voluntad de que productores de fonogramas y artistas de fonogramas alcancen un acuerdo, pues están obligados a entenderse. Ahora, el SDC considera irrelevante a efectos de la LDC que una sola entidad de gestión, con exclusión de la otra, pueda alcanzar los acuerdos que estime oportunos con las televisiones en el ámbito del derecho de “remuneración equitativa y única” del artículo 108.3 TRLPI del cual se desprende con mayor razón que los integrantes del colectivo de artistas están obligados a entenderse por imperativo legal.

6. Aunque el SDC se empeñe en otra cosa, el Acuerdo de archivo y el Informe sobre el mismo corrigen los criterios sobre la materia del

TDC consignados en su Resolución de 27 de julio de 2000, Propiedad Intelectual Audiovisual:

a) Mientras el SDC defiende la “libertad de comportamiento” de AISGE y AIE, el TDC, en el Fundamento de Derecho (F.D.) Octavo de la Resolución de 27 de julio de 2000, sostiene que “la actuación de alguna de estas entidades que presentase individualmente al usuario la reclamación por la retribución de su sólo derecho sería cuanto menos arbitraria”.

b) El SDC se decanta por la libertad de pactos de AIE con las televisiones, pero el TDC sostiene que esa libertad no existe, pues en el F.D. Octavo sostiene que “la Ley lo que estipula es que las entidades afectadas se pongan primero de acuerdo en los criterios que deban presidir el tenor de esa retribución equitativa y única y, seguidamente, se abra paso a la negociación con los usuarios”.

c) El SDC afirma que, a falta de acuerdo entre AIE y las televisiones, AIE puede acudir a los tribunales ordinarios para efectuar “nuevas reclamaciones de las tarifas generales”. El TDC en el referido F.D. Octavo tacha esa posibilidad de arbitraria y afirma que “la Ley no establece que cada entidad de gestión fije su propia remuneración y la reclame, ni siquiera que, fijadas individualmente las tres, se sumen y juntas se presenten las entidades ante el usuario para exigir la remuneración que resulte de la adición”.

Por todo lo anterior, solicita que se revoque el Acuerdo de archivo y se ordene la incoación de expediente sancionador.

10. El 5 de junio de 2006 se recibe escrito de T5 en el que, en síntesis, suscribe plenamente los argumentos del SDC y efectúa las siguientes alegaciones:

- No hay obligación de actuación conjunta AIE/AISGE derivada del artículo 108.3.2º TRLPI, de manera que estas entidades pueden realizar cuantas actuaciones sean necesarias para garantizar la efectividad de los derechos que tienen encomendados de forma independiente.

- No hay sustituibilidad entre AIE y AISGE ni del lado de la demanda ni del de la oferta, pues cada una es monopolística respecto del repertorio que representa, y no pueden sustituirse las autorizaciones ni los derechos de remuneración de unas y otras, por lo que no existe un mercado relevante en el que operen ambas.

- Que AISGE y AIE son independientes cada una en la gestión del repertorio que administran, por lo que no existe competencia entre ambas.

- Que el contrato suscrito el 19 de diciembre de 2002 entre T5 y AISGE difícilmente puede condicionar las actuaciones de AIE, cuando queda expresamente excluida del objeto de dicho contrato la remuneración correspondiente a los artistas representados por AIE.

Solicita que se desestime el recurso.

11. El Tribunal deliberó y falló este expediente en su sesión plenaria de 20 de septiembre de 2006, encargando al Vocal ponente la redacción de la presente Resolución.

12. Son interesados:

- Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE).

- Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión de España (AISGE).

- Gestevisión Telecinco, S.A. (T5).

- Antena 3 de Televisión, S.A. (A3).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Los recursos contra el archivo de las actuaciones realizadas al amparo del artículo 36.2 LDC deben limitarse a resolver si se ajusta a derecho la decisión del SDC de no abrir expediente y proceder al archivo de las actuaciones porque los datos de que disponía eran suficientes para afirmar que no había indicios racionales de conductas que vulnerasen alguna de las prohibiciones de la normativa de defensa de la competencia.

2. AIE y AISGE son entidades de gestión de los derechos de la propiedad intelectual audiovisual que administran, respectivamente, los derechos de los intérpretes y ejecutantes musicales, y los derechos de los actores, dobladores, bailarines y directores de escena.

AIE y AISGE establecieron cada una las tarifas generales correspondientes a los derechos de los colectivos que administran y, con fechas 17 de abril de 1995 y 19 de abril de 1995, respectivamente, las notificaron al Ministerio de Cultura. Sin embargo, en mayo de 1998

ambas entidades decidieron comunicar conjuntamente sus tarifas por el derecho de remuneración del colectivo de artistas intérpretes o ejecutantes. Según estas tarifas corresponderían a AISGE y AIE, respectivamente, el 1,50% y 0,37% (equivalentes al 80,21% y 19,79%) de los ingresos de explotación de las televisiones (si bien las tarifas se fijarían inicialmente para AISGE y AIE, respectivamente, en el 0,50% y 0,074% de los ingresos, para luego ir incrementándose gradualmente hasta alcanzar los porcentajes señalados).

Después de una serie de negociaciones con las televisiones, al no alcanzar un acuerdo sobre las tarifas y cantidades debidas, ambas entidades demandaron judicialmente a A3 y T5, dando lugar a Sentencias estimadas parcialmente en Primera Instancia y luego por la Audiencia Provincial. Las Sentencias se recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo por A3 y T5, si bien en la actualidad sólo se mantiene el recurso frente a AIE, ya que AISGE llegó a sendos acuerdos extrajudiciales con las televisiones por los cuales básicamente, se condonaba a las televisiones parte de la deuda pasada, calculada como exigían las sentencias judiciales, y se pactaban unas tarifas para el futuro consistentes en el 1,5% del 60% de los ingresos de explotación, aparte de descuentos. Contra el desistimiento parcial de las televisiones en la parte que correspondía a AISGE, presentó recurso AIE, que fue desestimado.

Los acuerdos de AISGE con las televisiones se concretaron en los contratos que son el origen de la denuncia. El contrato de AISGE con T5, de 19 de diciembre de 2002, en su cláusula duodécima establece que *“por lo que a AIE respecta, AISGE se compromete a colaborar y prestar todo su apoyo a T5 en orden a concluir el procedimiento judicial referido en iguales o similares condiciones a las que el presente contrato constata, guardando la proporcionalidad entre los sistemas tarifarios de cada una de las entidades de gestión, salvo cuando resultase más beneficioso para T5. Correlativamente T5 se compromete a no otorgar, en su caso, a AIE unas condiciones más beneficiosas que las que en conjunto plasma el presente contrato”*.

Por otra parte, el contrato de 15 de julio de 2004 entre AISGE y A3 establece en su cláusula undécima (“Cláusula de parte más favorecida”) que *“...A3 se compromete a otorgar a favor de AISGE, de modo inmediato, cualesquiera condiciones más beneficiosas que se fijen en los convenios o contratos que de la misma naturaleza, características y origen del presente suscriba A3 con AIE, o con cualquier otra entidad de artistas intérpretes o ejecutantes que pudiera ser autorizada en el futuro, en relación con el derecho objeto de este*

convenio y respecto al repertorio artístico diferente al administrado por AISGE. Especialmente, se considerará condición más beneficiosa aquella por la que se valore el repertorio del colectivo artístico distinto del administrado por AISGE, al tiempo de la fijación de las respectivas tarifas generales, en un porcentaje superior al 20% en relación al colectivo de artistas intérpretes o ejecutantes”. Se establece igualmente que, como “...consecuencia de este compromiso, si durante el plazo de ejecución del presente contrato, ...A3 se obligara por convenio a hacer efectivo el derecho del artículo 108.3, párrafo segundo, del TRLPI por la utilización de un repertorio de artistas intérpretes o ejecutantes distinto del administrado por AISGE, y la cuantía a satisfacer a la entidad de gestión que administrase dicho repertorio resultase superior al 20% del total que en el mismo periodo de tiempo hubiese de abonar A3 a AISGE en aplicación de este contrato, A3 quedará obligada a incrementar la cantidad a abonar a AISGE en idéntico porcentaje en que ese acuerdo supere el 20% y en relación al mismo periodo al que alcance el acuerdo con la entidad o entidades de gestión que administrasen repertorios de artistas intérpretes o ejecutantes distintos de AISGE”.

3. *El artículo 1 de la LDC prohíbe “todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsar la competencia en todo o parte del mercado nacional...” Por su parte el artículo 81 TCCE establece que serán “incompatibles con el mercado común y quedaran prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común...”.*
4. *Especialmente relevantes para el presente expediente, resultan los artículos del TRLPI siguientes:*

Artículo 20. Comunicación pública

.....

2. Especialmente, son actos de comunicación pública

....

f) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores y por entidad distinta de la de origen, de la obra radiodifundida.

.....

g) La emisión o transmisión, en lugar accesible al público, mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra radiodifundida.

Artículo 108. Comunicación pública

....

3. Los usuarios de las grabaciones audiovisuales que se utilicen para los actos de comunicación pública previstos en los párrafos f) y g) del apartado 2 del artículo 20 de esta Ley tienen obligación de pagar una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de grabaciones audiovisuales, entre los cuales se efectuará el reparto de la misma. A falta de acuerdo entre ellos sobre dicho reparto, éste se realizará por partes iguales.

.....

4. El derecho a las remuneraciones equitativas y únicas a que se refieren los apartados 2 y 3 del presente artículo se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. La efectividad de los derechos a través de las respectivas entidades de gestión comprenderá la negociación con los usuarios, la determinación, recaudación y distribución de la remuneración correspondiente, así como cualquier otra actuación necesaria para asegurar la efectividad de aquéllos.

Artículo 122. Comunicación pública (básicamente dispone que la remuneración equitativa y única que se hará efectiva a través de las entidades de gestión).

.....

Artículo 157.1. Las entidades de gestión están obligadas... a establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de sus repertorios ...a celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio siempre que aquellas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente.

Artículo 157.2. En tanto las partes no lleguen a un acuerdo, la autorización correspondiente se entenderá concedida si el solicitante hace efectiva bajo reserva o consigna judicialmente la cantidad exigida por la entidad de gestión de acuerdo con sus tarifas generales.

Artículo 158. Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual. 2.2: La Comisión Mediadora en su función de arbitraje a) dando solución, previo sometimiento de las partes a los conflictos que puedan producirse entre las entidades de gestión y las asociaciones de usuarios de su repertorio.

Artículo 159. Las entidades de gestión están obligadas a notificar al Ministerio de Cultura...las tarifas generales y sus modificaciones....

5. La entidad recurrente considera que la decisión de archivo vulnera los límites con que esta potestad se define en el artículo 36.3 LDC y estima que el SDC ha incurrido en contradicciones, ya que en el Acuerdo de archivo, por una parte, declara que no ha observado indicios racionales de conductas prohibidas y, por otra, que no se ha acreditado la comisión de conductas prohibidas. Además, en su opinión, la denuncia de una entidad por otra con la que ha actuado conjuntamente es motivo suficiente para la iniciación de un procedimiento sancionador y, dado que existe una denuncia ante el SDC de T5 contra AIE, considera que procedería la acumulación de ésta con la archivada.

El TDC no está de acuerdo con lo afirmado por la entidad recurrente en relación a la vulneración de los límites del artículo 36.3 LDC por haberse adoptado la decisión de archivo sin haber realizado una información reservada, ya que la LDC no dispone la obligatoriedad de iniciar un periodo de información reservada con carácter previo al archivo de la denuncia en tanto utiliza la palabra “podrá”, lo que significa que puede o no hacerse. Si el SDC considera que no hay indicios de infracción de la LDC, como sucede en este caso, lo lógico es que, sin más, acuerde el archivo de las actuaciones.

El Tribunal no estima tampoco que la contradicción que encuentra la entidad recurrente en el Acuerdo de archivo desvirtúe la procedencia del mismo, en tanto el Servicio declara explícitamente que no existen indicios racionales de conductas anticompetitivas, por lo que se cumple el requisito exigido por el artículo 36.3 LDC.

Por otra parte, el Tribunal coincide con el SDC en que no es suficiente que AIE denuncie a AISGE, con la que ha actuado conjuntamente entre 1998 y 2002, para iniciar un procedimiento sancionador. Además, la existencia de una denuncia de T5 contra AIE por imponer tarifas no equitativas y discriminatorias, no es motivo para la acumulación de ambas, pues son independientes y es una potestad del SDC tomar la decisión al respecto.

6. Para AIE, la valoración que realiza el Servicio sobre la plena independencia en el mercado de las entidades de gestión de derechos de la propiedad intelectual audiovisual y la imposibilidad de que una pueda ejercer presión competitiva sobre la otra, se basa en una incorrecta determinación del mercado que no tiene en cuenta el marco normativo relevante y que es contraria a los criterios del propio TDC en su Resolución de 27 de julio de 2000, expediente 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual. Estima AIE que el SDC contempla el mercado

relevante desde la perspectiva de la oferta cuando el TDC consideró en la citada Resolución que debe definirse únicamente desde el punto de vista de los usuarios, y que ello ha permitido afirmar que existe plena independencia en el mercado de ambas entidades de gestión, así como que es imposible que una ejerza presión competitiva sobre la otra.

Señala AIE que el colectivo de artistas intérpretes o ejecutantes amparados por el artículo 108.3.2º se ha repartido entre ella y AISGE y que sólo en ese sentido estas entidades tienen carácter monopolístico, pero que ello no impide que las dos operen en un único mercado y gestionen un único derecho, cada una desde su posición, lo cual permite que compitan y que una pueda competir y ejercer presión competitiva sobre la otra. Dado que desde el punto de vista del usuario es indiferente el repertorio y colectivo que administra cada entidad, considera que se pueden agrupar los derechos gestionados por ambas entidades. En su opinión, el SDC contradice el criterio del TDC de definir los mercados, en el expediente A 343/03, de 22 de abril de 2004, Derechos de la Propiedad Intelectual, en relación con el acuerdo AGEDI-AIE, que define un solo mercado. Estima que si cada una tuviera plena independencia y libertad de actuación, los acuerdos de AISGE con las televisiones no hubieran contemplado posibles compensaciones en caso de que AIE alcanzara ciertos acuerdos económicos con éstas.

El Tribunal no está de acuerdo con la alegación de AIE, ya que en su referida Resolución de 27 de julio de 2000 se recogía el criterio del Tribunal de Justicia Europeo que viene señalando reiteradamente que el mercado relevante hay que definirlo principalmente desde la percepción de los consumidores o usuarios, lo que no excluye contemplarlo desde la perspectiva de la oferta.

El Tribunal, en dicha Resolución declaraba que las entidades de gestión de los derechos de la propiedad intelectual audiovisual ostentan, cada una, una posición de monopolio individual que les proporciona independencia de comportamiento y, definiendo el mercado desde el punto de vista del usuario, una posición de dominio colectiva. El caso que allí se consideraba -el gremio de hoteleros- es diferente del que ahora se valora, en el que la definición del mercado es la misma desde la perspectiva de la oferta o desde la de los usuarios. Dado que AIE y AISGE gestionan derechos de colectivos y repertorios diferentes y no intercambiables o sustitutivos, tienen plena independencia y no puede haber presiones competitivas entre ambas, ya que no compiten entre sí.

Tampoco comparte el Tribunal que el SDC se aparte de su criterio en el expediente A 343/03, ya que en esa autorización singular se contemplaba un acuerdo para la gestión de un derecho de propiedad intelectual muy concreto, en relación a los fonogramas, que no necesitaba autorización por estar amparado por el artículo 2 LDC.

7. AIE considera que el artículo 108 TRLPI, al establecer la obligación que tienen los usuarios de grabaciones audiovisuales de pagar una remuneración única y equitativa a los artistas intérpretes o ejecutantes, que debe hacerse efectiva a través de las entidades de gestión de los derechos de la propiedad intelectual, implica necesariamente que haya una actuación conjunta.

Con independencia de que las interpretaciones del TRLPI no son materia de la defensa de la competencia, el Tribunal considera que AIE y AISGE tienen obligación de establecer sus tarifas generales conforme a lo dispuesto en el artículo 157.1 TRLPI, en el que no se exige que dichas tarifas sean conjuntas. Lo que se constata en el expediente es una comunicación conjunta de tarifas al Ministerio de Cultura en 1998 (lo que no impide que puedan exigirse al usuario en un mismo acto), cuando anteriormente se habían comunicado esas tarifas de forma independiente. Si el legislador hubiese querido que la actuación fuese conjunta lo hubiese fijado legalmente y no lo ha hecho.

De acuerdo con el TRLPI son los artistas intérpretes o ejecutantes los que tienen el derecho a recibir esa remuneración única y equitativa, lo que implica que los usuarios tienen que realizar un único pago, para su reparto entre los titulares del derecho, y en cuanto a que la remuneración sea equitativa, quiere decir que ha de ser en función de los repertorios y de su grado de utilización.

8. Para AIE, los contratos de AISGE con las emisoras de televisión son una conducta prohibida por la LDC porque algunas de sus cláusulas afectan a la libre competencia al fijar unas condiciones aplicables a AIE por A3 y T5, pese a no formar parte esta entidad de los acuerdos. En concreto el convenio de AISGE con T5 establece la obligación para la cadena de no otorgar a AIE unas condiciones más beneficiosas que las otorgadas a AISGE, y el contrato de AISGE con A3 establece una cláusula de parte más favorecida a favor de AISGE y fija la penalización que tendría A3 en caso de incumplir la norma.

Los acuerdos de AISGE con A3 y T5 pusieron fin a los procedimientos judiciales que existían entre la entidad de gestión y las televisiones y no cabe interpretarlos como una actuación concertada en contra de AIE,

máxime cuando en la cláusula segunda de los contratos se excluían expresamente los derechos administrados por AIE, por lo que el TDC estima que no implican ninguna restricción de la competencia.

Cabe considerar que los acuerdos de AISGE con las televisiones trataban del mantenimiento de las proporciones del 80% para AISGE y 20% para AIE de los ingresos por las tarifas aplicadas a los ingresos de explotación de las emisoras, lo que responde al acuerdo entre ambas entidades en la comunicación de tarifas efectuada en 1998 al Ministerio de Cultura. Por ello, resulta lógico que si los usuarios alcanzaran un acuerdo con AIE que no mantuviera esa proporción, AISGE tratara de obtener una compensación. Ello no supone que AIE no tenga libertad para negociar lo que crea conveniente.

El carácter monopolista con el que actúan las entidades de gestión de los derechos de la propiedad intelectual audiovisual tiene como resultado el que lo que haga una de ellas no puede afectar a la libertad de comportamiento e independencia de la otra. Las negociaciones de AIE con las televisiones no están condicionadas por los contratos de AISGE, en tanto ésta entidad no podría proporcionar el repertorio de la otra en caso de desacuerdo.

9. La entidad recurrente interpreta que el SDC considera que las únicas conductas relevantes en el ámbito de la normativa de la competencia, de las entidades de gestión de derechos de la propiedad intelectual audiovisual son las abusivas y no las colusorias.

El Tribunal no comparte la alegación de AIE de que el SDC no estime relevantes las conductas colusorias; lo que sucede es que no se aprecian en este caso, ya que la LDC no prohíbe los acuerdos entre entidades de manera general, sino que sólo considera anticompetitivos aquéllos que pueden producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del territorio nacional. Dado que ni AIE ni AISGE compiten entre sí, pues cada una tiene el monopolio de gestión del colectivo que administra, el TDC no estima que se produzca infracción del artículo 1 LDC y 81 del TCCE, en tanto los acuerdos no tienen efectos reales o potenciales para afectar a la competencia.

Por otra parte, el Tribunal no aprecia que se produzcan perjuicios para AIE por los acuerdos de AISGE, salvo que se considere que una actuación conjunta de ambas entidades les proporcionaría mayor poder de negociación frente a los usuarios, pero estos posibles perjuicios están al margen de la competencia. En todo caso, en los contenciosos habidos con las televisiones, aunque se produjo el desistimiento de

AISGE por llegar a un acuerdo con éstas, para AIE ha habido un reconocimiento y ejecución de deudas.

Respecto al resto de las alegaciones del recurrente relativas a que el SDC haya realizado afirmaciones sin haber hecho la correspondiente indagación, como la de que existe margen para un acuerdo de AIE con las televisiones, el TDC estima que carecen de significación a efectos del presente expediente, así como tampoco que sea necesario pronunciarse sobre la interpretación que hace AIE de los artículos 157.2 y 158 del TRLPI.

La entidad recurrente considera que el SDC se aparta en el Acuerdo de archivo del criterio sustentado por el TDC en el Fundamento de Derecho Octavo de su Resolución de 27 de julio de 2000 relativa a la Propiedad Intelectual Audiovisual y así como del artículo 122.2 y 3 del TRLPI, señalando que en el mismo se establece que la reclamación por una entidad de gestión, individualmente de su solo derecho sería arbitraria y que la Ley excluye la determinación de la remuneración de modo unilateral por parte de las entidades gestoras. El TDC no comparte que el SDC se haya desviado de su criterio ya que no tendría sentido que, en caso de desacuerdo entre las entidades de gestión, no se pudiera ejercer el derecho de cada una, al igual que sucedería en caso de inacción de una de ellas. Por otra parte, nada impide que la determinación de la remuneración se efectúe a través de la negociación individual de las entidades de gestión con los usuarios.

Vistos los preceptos citados y demás de aplicación, el Tribunal

RESUELVE

Único.- Desestimar el recurso interpuesto por Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España contra el Acuerdo de archivo de la Dirección General de Defensa de la Competencia, de 10 de marzo de 2006, Acuerdo que se confirma en su totalidad.

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