

RESOLUCIÓN (Expte. MC 28/98, Egeda)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbó Juan, Presidente
Berenguer Fuster, Vicepresidente
Bermejo Zofío, Vocal
Alonso Soto, Vocal
Hernández Delgado, Vocal
Rubí Navarrete, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 15 de julio de 1998.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición arriba expresada y siendo Ponente el Vocal D. José Hernández Delgado, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente MC 28/98, de medidas cautelares propuestas por el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio), a instancia de la Federación Española de Hoteles (FEH), la Agrupación Hotelera de las Zonas Turísticas de España (ZONTUR), Sol Meliá S.A. (Sol Meliá), Ciga International Hotels Corporation S.A. (Ciga International), Cigahotels España S.A. (Cigahotels) y NH Hoteles S.A. (NH Hoteles), en el curso del expediente sancionador 1738/97 del Servicio que se instruye contra la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) por supuestas conductas prohibidas en los artículos 6.1 y 6.2 a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) y 86 a) del Tratado de la Unión Europea, consistentes en abusar de su posición de dominio mediante la fijación de tarifas excesivamente elevadas a los hoteles por concepto de la recepción de emisiones de televisión vía satélite en las habitaciones.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha de entrada en el Servicio el día 3 de diciembre de 1997, la FEH y ZONTUR presentaron denuncia conjunta contra EGEDA por abuso de posición dominante al fijar unilateralmente unos precios injustificadamente elevados a los hoteles y demás sujetos del mercado nacional. En dicho escrito se solicitaba del Servicio, entre otros extremos, que propusiese al Tribunal las siguientes medidas cautelares:

"a) Cesación de los precios (tarifas) que en la actualidad EGEDA

impone a los hoteles por cada emisión y/o transmisión retransmitida, día y habitación o apartamento ocupado. Así como del resto de los precios aplicados por EGEDA, al mercado español.

b) Se fije una fianza a EGEDA, no inferior a 100.000 ptas, de cualquier clase, excepto la personal, declarada bastante por el Tribunal para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieran causar."

2. Con fecha de entrada 27 de enero de 1998, Sol Meliá presentó también denuncia contra EGEDA que se acumuló al mismo expediente 1738/97 por versar sobre los mismos hechos. En ella, Sol Meliá hace suyas las alegaciones y peticiones formuladas por FEH y ZONTUR, por lo que el Servicio entiende que se adhiere igualmente a la petición de propuesta de medidas cautelares de esas Federaciones.
3. Con fecha de entrada de 23 de febrero de 1998, las sociedades Ciga International y Cigahotels presentaron a su vez denuncia conjunta contra EGEDA, que también fue acumulada al presente expediente 1738/97 por su conexión íntima con las anteriores y en la que, de manera idéntica a Sol Meliá, hacían suyas las alegaciones y peticiones de FEH y ZONTUR; no obstante lo cual, solicitaban de manera expresa la propuesta de las siguientes medidas cautelares:

"a) Cesación de las tarifas que EGEDA impone en la cantidad a los establecimientos hoteleros por cada emisión y/o transmisión retransmitida, día y habitación o apartamento ocupado, con un límite de 540 ptas día y habitación o apartamento ocupado, así como del resto de las tarifas aplicadas por EGEDA en el mercado español.

b) Cesación o suspensión de las acciones judiciales entabladas por EGEDA con la pretensión de retirar los aparatos de televisión de las habitaciones de los hoteles y exigiendo el pago de las supuestas "tarifas". Dicha suspensión puede justificarse en la competencia exclusiva que la LDC concede al Tribunal para analizar la existencia del abuso de posición dominante conforme a la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia de 30 de diciembre de 1993 antes referida.

c) Fijación a EGEDA de una fianza no inferior a 100.000.000 de ptas, de cualquier clase excepto la personal, declarada bastante por el Tribunal para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieran causar."

4. Con fecha 30 de marzo de 1998 tuvo entrada la denuncia de NH Hotels contra EGEDA, que fue también acumulada al presente expediente y que contenía la solicitud de propuesta de las siguientes medidas cautelares:

"a) Ordenar la suspensión de todas las tarifas impuestas por EGEDA, en lo que se refiere a las cantidades que los hoteles deben satisfacer por la comunicación pública de obras audiovisuales a través de cable.

b) Ordenar a EGEDA la cesación de cualquier actuación encaminada a imponer sus tarifas sin que se haya entablado previamente negociaciones de buena fe con los sectores interesados."

5. Analizadas las medidas cautelares propuestas por los denunciados, el Servicio acuerda con fecha 26 de mayo de 1998 proponer al Tribunal la siguiente medida cautelar:

"Ordenar a EGEDA que se abstenga de aplicar, por cualquier medio, las tarifas publicadas por esa Entidad en diciembre de 1997, contenidas en el epígrafe 1.A.3 del "Manual de tarifas por el derecho exclusivo de autorizar, así como por el derecho de remuneración correspondiente a los productores de obras y grabaciones audiovisuales, en relación con los actos de retransmisión (artículo 20.2.f) del TRLPI) y comunicación en lugares accesibles al público (artículo 20.2.g) del TRLPI)" así como que se abstenga igualmente de aplicar las tarifas publicadas antes de diciembre de 1997 relativas a la retransmisión de obras y grabaciones audiovisuales por hilo, cable, fibra óptica o procedimiento similar contenidas en emisiones y/o transmisiones de entidades de radiodifusión televisiva y efectuadas en establecimientos hoteleros o asimilados."

6. Recibida la propuesta en el Tribunal el día 3 de junio de 1998, por Providencia de 4 de los mismos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.3 LDC, se puso de manifiesto el expediente a los interesados para que presentaran alegaciones.
7. En el plazo concedido al efecto los interesados comparecieron y formularon las correspondientes alegaciones. Los denunciados manifiestan la pertinencia de la medida cautelar solicitada, mientras que EGEDA pide que se desestime.
8. Posteriormente a dichas alegaciones, con fecha 23 de junio se reciben en el Tribunal escritos de Ciga International, Cigahotels, Sol Meliá, FEH y ZONTUR manifestando que se ha publicado por EGEDA anuncio pagado en varios diarios de ámbito nacional, cuya fotocopia se acompaña, que contiene diversas declaraciones directamente relacionadas con el objeto de este expediente, por lo que muestran su repulsa, por considerar que intentan

presionar al Tribunal y que su contenido se aleja de la realidad e induce a confusión.

Asimismo, con fecha 3 de julio se recibe escrito de EGEDA aportando dos sentencias dictadas en relación con el tema objeto del expediente y de las que tuvo conocimiento con posterioridad a su escrito de alegaciones.

9. El Pleno del Tribunal ha deliberado sobre este expediente en sus sesiones de los días 30 de junio y 7 de julio de 1998, fallando en esta última sesión y encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.
10. Son interesados:
 - Federación Española de Hoteles (FEH),
 - Agrupación Hotelera de las Zonas Turísticas de España (ZONTUR),
 - Sol Meliá S.A. (Sol Meliá),
 - Ciga International Hotels Corporation S.A. (Ciga International),
 - Cigahotels España S.A. (Cigahotels),
 - NH Hoteles S.A. (NH Hoteles),
 - Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Este incidente cautelar se ventila en el ámbito del expediente 1738/97 del Servicio que tiene su origen en la denuncia presentada por la FEH y ZONTUR, a la que posteriormente se acumularon las de tres cadenas hoteleras, contra EGEDA por el intento de ésta de cobrar unas tarifas que ha fijado autónomamente a los hoteles por la recepción de emisiones de televisión en las habitaciones de éstos.
2. Para pronunciarse sobre la admisibilidad de la medida cautelar propuesta por el Servicio es necesario estudiar si se cumplen los requisitos que son necesarios para la concesión de dicha medida y que en multitud de ocasiones han sido establecidos por este Tribunal.

La exigencia de dichos requisitos, tanto subjetivos y formales como objetivos, se deriva del art. 45 de la LDC concretándose en: a) que se haya incoado por el Servicio el correspondiente expediente sancionador (principio de accesoriedad respecto del expediente principal); b) que exista una solicitud del Servicio, bien de oficio, bien a instancia de los interesados; c) que se dé audiencia a los interesados (principio contradictorio); d) que se adopten en un plazo muy breve y con simplificación de trámites (procedimiento sumario y de urgencia); e) que se aprecie *prima facie* en el expediente que las conductas

objeto del mismo son, en principio, anticompetitivas y están causando perjuicios al mercado y a los interesados que, si no se atajan de inmediato, pueden restar eficacia a la Resolución que en su día se dicte (principio de apariencia de buen derecho y peligro por la demora); f) que las medidas que se adopten no ocasionen perjuicios irreparables a los interesados ni impliquen la violación de derechos fundamentales y, además, que exista la posibilidad de exigir fianza a quien haya solicitado la medida cautelar (principio de equilibrio) y g) que el plazo para el que se concedan las medidas cautelares no exceda de seis meses.

3. En el presente caso se cumplen los requisitos formales exigibles. En efecto, se ha incoado el expediente sancionador, la medida cautelar ha sido propuesta por el Servicio y los interesados han tenido la oportunidad de formular alegaciones sobre la citada propuesta, habiéndose realizado un procedimiento sumario y de urgencia.
4. En relación con el resto de los requisitos para la adopción de medidas cautelares es preciso analizar fundamentalmente si, en este caso, concurren los de apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y el peligro en la demora (*periculum in mora*).

La apariencia de buen derecho se concibe como la convicción indiciaria, aunque suficientemente sólida, que debe tenerse al adoptar la decisión de que a los beneficiarios de una medida provisional les asiste *prima facie* un derecho de notable importancia, cuya vulneración se pretende evitar por su afectación al interés público, pues hay que tener en cuenta que, según señala la Exposición de Motivos de la LDC, el objetivo específico de la misma es el de "*garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público...*", que se concreta en sus artículos 1, 6 y 7 en los que proscriben las prácticas colusorias, abusivas y comportamientos desleales que limitan la competencia en el mercado.

En el caso concreto que nos ocupa los denunciados no reconocen a EGEDA el derecho a cobrar cantidad alguna por el hecho de canalizar los programas de televisión captados por las antenas de televisión de los hoteles a sus habitaciones, pues consideran que en tales circunstancias no se producen actos de "comunicación pública" (art. 20.2.g) y "retransmisión" (art. 20.2.f) de la obra radiodifundida contemplados en la Ley de la Propiedad Intelectual y, de hecho, han impugnado esta interpretación en numerosos procedimientos abiertos ante la jurisdicción ordinaria.

El propio Servicio señala que "*EGEDA reclama el pago de unos derechos por un concepto sobre el que existen dudas de que la Ley le habilite para ello*". Por tanto, nos encontramos ante una situación que para el propio Servicio es

legalmente confusa. Hay que tener en cuenta que si EGEDA quiere cobrar por un concepto por el que no tiene derecho y los hoteles se niegan a pagarle nos encontramos con una cuestión a resolver por los tribunales ordinarios, no por los órganos de defensa de la competencia pues no se puede abusar de un derecho que no se tiene. Si, por el contrario, EGEDA tiene habilitación legal para cobrar por ese concepto el derecho que pueden tener los hoteles para no pagar cantidad alguna es altamente cuestionable.

Por tanto, en este caso no queda acreditado *prima facie* la existencia de buen derecho que justifique la adopción de la medida cautelar.

5. El otro requisito fundamental y, de hecho, razón de ser de la medida cautelar, es el peligro en la demora pues, si no existe peligro de que la Resolución que en su momento se dicte sea ineficaz, no se debe asegurar o anticipar lo que es innecesario.

En el caso objeto de este expediente tampoco concurre el *periculum in mora*. Para el Servicio, dado que EGEDA ha entablado numerosos procedimientos judiciales para tratar de imponer sus tarifas a los hoteles, existe el riesgo de que la jurisdicción civil, ante la apariencia de legalidad de las tarifas de EGEDA, comunicadas en debida forma al Ministerio de Educación y Cultura, imponga mediante sentencia su cumplimiento, como de hecho ya ha ocurrido en varios de los procedimientos judiciales instados por EGEDA. Por ello, considera que, de continuar esta situación, el pronunciamiento del Tribunal en una eventual Resolución imponiendo a EGEDA negociar se vería desvirtuado, puesto que EGEDA podría alegar los contratos firmados con los hoteles que, ante la amenaza de enfrentarse a sentencias condenatorias, se habrían visto obligados a aceptar con las condiciones y tarifas de EGEDA en el período de tiempo que medie desde el momento actual hasta que se produjera la eventual Resolución.

Dicha afirmación no es aceptable al cuestionar la procedencia de acudir a los Tribunales de justicia cuando existe un desacuerdo entre dos partes respecto de un derecho y unas obligaciones impuestas por la Ley, así como la capacidad de enjuiciamiento y de decisión de la jurisdicción civil.

Por otra parte, el Servicio y los denunciante alegan la grave perturbación del mercado turístico y el peligro de quiebra de algún hotel por lo que la eventual Resolución del Tribunal ordenando la cesación en la aplicación de las tarifas no sería ya eficaz para restablecer completamente las condiciones de competencia, al haber desaparecido algunas de las empresas que actuaban en el mercado. En este sentido, se señala que una eventual sentencia condenatoria de los tribunales de la jurisdicción ordinaria podría terminar con el precinto o remoción de los televisores de un hotel o, en el mejor de los

casos, le obligaría a pagar unas tarifas abusivas, con grave quebranto para su economía y situación de competencia respecto de otros hoteles y, en algún caso extremo, la supervivencia del hotel quedaría en entredicho.

Sin embargo, no existe riesgo en la demora porque apenas existe distorsión de la competencia por este conflicto, ya que, en primer lugar, los hoteles se niegan a reconocer el derecho de EGEDA a cobrar y no están pagándole a menos que exista sentencia judicial; en segundo lugar, se trata de hoteles de cuatro y cinco estrellas, pertenecientes a cadenas de gran capacidad financiera y solvencia, que no han acreditado el no poder afrontar el pago de los derechos exigidos por EGEDA sin ir a la quiebra; y por último, dado el precio de las habitaciones de estos hoteles el que, por ejemplo, el Hotel Villamagna haya obtenido sentencia favorable, el Hotel Palace se haya visto condenado a pagar 60 ptas/día/habitación ocupada o que la condena al Hotel M^a Cristina sea de 360 ptas/día/habitación no crea una distorsión importante en el mercado.

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, se concluye que debe rechazarse la medida cautelar propuesta por el Servicio.

6. En relación con la medida cautelar solicitada por la representación de la FEH y ZONTUR en su escrito de alegaciones consistente en que se fije fianza a EGEDA no inferior a 100 millones de pesetas por los daños y perjuicios que se pudieran causar, no procede aplicarla no sólo por las razones anteriormente expuestas sino porque, además, el artículo 45 LDC establece taxativamente que ha de ser el Servicio quien debe proponer las medidas cautelares al Tribunal, no pudiendo hacerlo directamente los interesados.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia

RESUELVE

- Unico.-** Declarar que no procede la adopción de la medida cautelar propuesta por el Servicio de Defensa de la Competencia en el expediente sancionador 1738/97 que en el mismo se tramita.

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