

## **RESOLUCIÓN (Expte. 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual)**

### **Pleno:**

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente  
Huerta Trolèz, Vicepresidente  
Hernández Delgado, Vocal  
Castañeda Boniche, Vocal  
Pascual y Vicente, Vocal  
Comenge Puig, Vocal  
Martínez Arévalo, Vocal  
Franch Menèu, Vocal  
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 27 de julio de 2000.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal, TDC), con la composición reseñada y siendo Vocal ponente D. Julio PASCUAL Y VICENTE, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 465/99 (1738/97 del Servicio de Defensa de la Competencia: Servicio, SDC), iniciado por denuncia de la Federación Española de Hoteles (FEH) y la Agrupación Hotelera de las Zonas Turísticas de España (ZONTUR) contra la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), por conductas prohibidas en los arts. 1 y 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC) y en los arts. 85 y 86 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCE), que presuntamente implican acuerdos colusorios y conductas abusivas de posición de dominio contra la competencia.

### **ANTECEDENTES**

1. El 3 de diciembre de 1997 tuvo entrada en el Servicio un escrito de denuncia conjunta de FEH y ZONTUR contra EGEDA en el que se imputaba a ésta la vulneración de los arts. 1 y 6 LDC y 85 y 86 TCE, al haber reclamado unas tarifas presuntamente abusivas por el uso de aparatos de televisión en las habitaciones de los hoteles representados por las denunciantes. A esta denuncia se unieron posteriormente otras de tres empresas hoteleras: Sol Meliá SA (SOL MELIÁ), el 27 de enero de 1998; el grupo Ciga (CIGA), el 23 de febrero de 1998; y NH Hoteles SA (NH), el 30 de marzo de 1998. Las mencionadas denuncias fueron admitidas a trámite y acumuladas en un mismo

expediente, el n1 1738/97, por Providencias de 4 de febrero de 1998, 4 de marzo de 1998 y 7 de abril de 1998. Se apreciaban indicios de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia y del Tratado de la Comunidad Europea, por haber fijado EGEDA, desde una posición de dominio, un nivel aparentemente excesivo de las tarifas por el uso del derecho de comunicación pública de sus representados a través de los televisores instalados en las habitaciones ocupadas de los hoteles. El Servicio apreció indicios racionales de vulneración del art. 6 LDC y del art. 86 TCE, pero acordó archivar la denuncia en cuanto a la pretendida infracción de los arts. 1 LDC y 85 TCE, que no vislumbraba.

2. En los escritos de denuncia se solicitaban medidas cautelares, pero el Servicio, al incoar el expediente, acordó no proponerlas por el momento. Sin embargo, el 26 de mayo de 1998 tomó el acuerdo de proponer al Tribunal una medida cautelar consistente en ordenar a EGEDA abstenerse de aplicar sus tarifas a los establecimientos hoteleros. El Tribunal dictó Resolución el 15 de julio de 1998 (expte. MC 28/98), denegando esta medida cautelar. La Resolución está recurrida ante la Audiencia Nacional.
3. El 14 de enero de 1999 el Servicio, a propuesta de las denunciadas, FEH y ZONTUR, acordó mediante Providencia considerar imputadas en el expediente también a las entidades de gestión de derechos de la propiedad intelectual Actores Intérpretes, Sociedad de Gestión de España (AISGE) y Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE), por estimar que eran asimismo responsables de las conductas presuntamente abusivas realizadas por EGEDA y, todas ellas, posibles responsables de conductas colusorias contrarias al art. 1 LDC y al art. 85 TCE. y, eventualmente, de conductas desleales prohibidas por el art. 7 LDC.
4. El 11 de junio de 1999, mediante Providencia, el Instructor dicta Pliego de Concreción de Hechos. En el mismo se imputan a EGEDA, AISGE y AIE, conductas abusivas de posición dominante contrarias a los arts. 6 LDC y 86 TCE, así como conductas colusorias prohibidas por los arts. 1 LDC y 86 TCE. Notificado a las partes el Pliego de Concreción de Hechos y contestado por éstas, el 30 de julio de 1999 el Servicio dictó el correspondiente Informe previsto en el art. 37.3 LDC. En el mismo se propone:

*Primero.- Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una infracción al art. 1.1.a) LDC y al art. 81.1.a) del TCCE por parte de EGEDA y AISGE consistente en acordar la elaboración y presentación conjuntas y de manera indiferenciada de sus tarifas de enero de 1995.*

Segundo.- Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una infracción al art. 1.1.a) LDC y al art. 81.1.a) del TCCE por parte de EGEDA y AISGE por establecer sus tarifas de enero de 1995 en común.

Tercero.- Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una infracción al art. 1.1.a) LDC y al art. 81.1.a) del TCCE por parte de EGEDA, AIE y AISGE consistente en establecer en sus acuerdos de 28-1-98 pactos sobre el establecimiento, estructura y aplicación coordinada de sus tarifas en común.

Cuarto.- Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una infracción al art. 1.1.a) LDC y al art. 81.1.a) del TCCE por parte de EGEDA, AIE y AISGE consistente en la elaboración, determinación de su estructura y presentación coordinadas de sus respectivas tarifas de diciembre de 1997.

Quinto.- Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una infracción al art.6.2.a) LDC y al art. 82.a) del TCCE por parte de EGEDA consistente en la imposición de precios no equitativos respecto de la parte que le corresponde en sus tarifas conjuntas con AISGE de enero de 1995.

Sexto.- Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una infracción al art. 6.2.d) LDC y al art. 82.c) del TCCE por parte de EGEDA consistente en establecer condiciones desiguales para prestaciones equivalentes a dos grupos de usuarios, hoteles y cableoperadores, en sus tarifas conjuntas con AISGE de enero de 1995.

Séptimo.- Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una infracción al art. 6.2.a) LDC y al art. 82.a) del TCCE por parte de AISGE consistente en la imposición de precios no equitativos respecto de la parte que le corresponde en sus tarifas conjuntas con EGEDA de enero de 1995.

Octavo.- Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una infracción al art. 6.2.d) LDC y al art. 82.c) del TCCE por parte de AISGE consistente en establecer condiciones desiguales para prestaciones equivalentes a dos grupos de usuarios, hoteles y cableoperadores, en sus tarifas conjuntas con EGEDA de enero de 1995.

Noveno.- Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una infracción al art. 6.2.a) LDC y al art. 82.a) del TCCE por

*parte de EGEDA consistente en la imposición de precios no equitativos en sus tarifas generales de diciembre de 1997.*

Décimo.- *Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una infracción al art. 6.2.a) LDC y al art. 82.a) del TCCE por parte de EGEDA consistente en la imposición de precios no equitativos respecto de los incrementos bianuales en sus tarifas de diciembre de 1997.*

Décimo primero.- *Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una infracción al art. 6.2.d) LDC y al art. 82.c) del TCCE por parte de EGEDA consistente en establecer condiciones desiguales para prestaciones equivalentes a dos grupos de usuarios, hoteles y cableoperadores, en sus tarifas de diciembre de 1997.*

Décimo segundo.- *Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una infracción al art. 6.2.d) LDC y al art. 82.c) del TCCE por parte de EGEDA consistente en discriminar a los hoteles que incumplan las obligaciones impuestas por EGEDA, en sus tarifas de diciembre de 1997.*

Décimo tercero.- *Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una infracción al art. 6.1 LDC y al art. 82. del TCCE por parte de EGEDA consistente en imponer sus tarifas de forma coactiva de manera que no permite una verdadera negociación sobre las mismas.*

Décimo cuarto.- *Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una infracción al art. 6.1 LDC y al art. 82. del TCCE por parte de EGEDA consistente en redactar y presentar a los usuarios sus tarifas de manera tan ambigua que permiten a EGEDA un amplio margen de arbitrariedad en su interpretación.*

Décimo quinto.- *Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una infracción al art. 6.2.a) LDC y al art. 82.a) del TCCE por parte de AIE y AISGE consistente en la imposición de precios no equitativos respecto de los incrementos bianuales en sus tarifas de diciembre de 1997.*

Décimo sexto.- *Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una infracción al art. 6.2.d) LDC y al art. 82.c) del TCCE por parte de AIE y AISGE consistente en establecer condiciones desiguales para prestaciones equivalentes a dos grupos de usuarios, hoteles y cableoperadores, en sus tarifas de diciembre de 1997.*

Décimo séptimo.- *Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una infracción al art. 6.1 LDC y al art. 82. del TCCE por parte*

de AIE y AISGE consistente en discriminar a los hoteles que incumplan las obligaciones impuestas por AISGE y AIE, en sus tarifas de diciembre de 1997.

Décimo octavo. Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una infracción al art. 6.1 LDC y al art. 82 del TCCE por parte de AIE y AISGE consistente en contribuir, por omisión, a imponer sus tarifas de forma coactiva sin permitir una verdadera negociación sobre las mismas.

Décimo noveno.- Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la nulidad de los acuerdos 28-1-98 en aquello que haya dado lugar a las prácticas prohibidas, así como aquellas disposiciones de las tarifas de diciembre de 1997 de EGEDA y las tarifas de diciembre de 1997 de AIE y AISGE que se estiman constitutivas de abuso.

Vigésimo.- Que el Tribunal de Defensa de la Competencia intime a EGEDA, AIE y AISGE para que en lo sucesivo se abstengan de realizar estas prácticas.

Vigésimo primero.- Que el Tribunal de Defensa de la Competencia imponga a EGEDA, AIE y AISGE las multas apropiadas por cada una de las imputaciones, cuya cuantía fije en aplicación del artículo 10.2 de la LDC, teniendo en cuenta:

- 1) Que la protección legal con la que actúan las entidades de gestión en España agrava su responsabilidad en estas infracciones.
- 2) Que el sector hotelero afectado por las prácticas es la base del sector turístico de nuestra economía, el cual representa una sustancial aportación al PIB de nuestro país.
- 3) Que las tarifas examinadas contemplan la posibilidad de hacer extensible el cobro por el concepto de acto de comunicación pública por retransmisión a otros colectivos (hospitales, residencias, comunidades de propietarios, cuarteles, etc.).
- 4) Que las prácticas han tenido una dilatada duración en el tiempo, puesto que las primeras surgen de los acuerdos que llevaron a las tarifas de enero de 1995.
- 5) Que, aun siendo conocedoras de la resistencia de los hoteles a admitir estas prácticas y de la iniciación del presente procedimiento sancionador, las entidades han continuado evitando la negociación con los hoteles, e

*intentando la aplicación coactiva de sus tarifas, por lo que su actuación se realiza de forma plenamente consciente.*

5. Durante la instrucción, las partes presentaron alegaciones y propusieron pruebas, y varios Juzgados y Tribunales solicitaron y recibieron informes sobre el expediente: Juzgados de 10 Instancia núms. 36 y 41 de Barcelona, núm. 1 de San Sebastián, núms 5 y 8 de Santander, y núm. 5 de Santiago de Compostela, así como la Sección 30 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca. El Servicio, durante la instrucción, recabó información, a su vez, de diversas entidades nacionales y extranjeras. Asimismo, el Servicio, a iniciativa del Instructor, informó a la DG IV de la Comisión Europea de que en el expediente se investigaba la posible aplicación del art. 86 del TCE.
6. El 3 de agosto de 1999 tiene entrada en el Tribunal, procedente del Servicio, el expediente instruido acompañado del Informe-Propuesta, siéndole asignado el 2 de septiembre, por turno, al Vocal Sr. Pascual y Vicente que, en el inmediato Pleno ordinario de 7 de septiembre, propone su admisión a trámite, la cual es acordada mediante Providencia, en la que se confirma el nombramiento del Vocal ponente y se concede a los interesados el plazo de 15 días que establece el art. 40.1 LDC para que puedan solicitar la celebración de vista y proponer las pruebas que estimen necesarias. Esta Providencia se notifica a los interesados y se comunica al Servicio.
7. Comparecen en este trámite todos los interesados menos NH Hoteles SA y el 24 de noviembre de 1999 el Pleno del Tribunal acuerda un Auto el que se estiman procedentes varios de los medios de prueba propuestos, desestimándose otros, y se resuelve celebrar vista.
8. El 25 de enero del 2000, una vez practicada la prueba, el Vocal ponente dicta una Providencia, decidiendo poner de manifiesto a los interesados el resultado de las diligencias de prueba para que, en el plazo de diez días, aleguen lo que estimen pertinente sobre su alcance e importancia. Este plazo es ampliado a petición de varios interesados. Comparecen Sol Meliá SA, FEH, EGEDA, AISGE y AIE.
9. El 26 de junio del 2000 se celebra vista en la sede del Tribunal, en la que comparece el Servicio que se ratifica en el contenido de su Informe-Propuesta, así como los representantes legales de FEH, ZONTUR, SOL MELIÁ, EGEDA, AISGE Y AIE.
10. El Pleno del Tribunal deliberó y falló el 4 de julio de 2000.
11. Son interesados:

- Federación Española de Hoteles (FEH).
- Agrupación Hotelera de las Zonas Turísticas de España (ZONTUR).
- Sol Meliá SA. (SOL MELIÁ).
- Ciga International Hotels Corporation SA.
- Ciga Hotels España SA.
- NH Hoteles SA.
- Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA).
- Actores Intérpretes, Sociedad de Gestión de España (AISGE).
- Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE).

## **HECHOS PROBADOS**

Este Tribunal considera probados los siguientes hechos:

1. Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) es una entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual de los productores de grabaciones audiovisuales, la única de su especie en España, autorizada por Orden del Ministerio de Cultura de 29 de octubre de 1990.

Actores Intérpretes, Sociedad de Gestión de España (AISGE) es una entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual de los actores intérpretes, la única en España que gestiona ese tipo de derechos, autorizada por Orden del Ministerio de Cultura de 30 de noviembre de 1990.

Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE) es una entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual de los artistas ejecutantes musicales, la única entidad española que gestiona esos derechos, autorizada por Orden del Ministerio de Cultura de 29 de julio de 1989.

La vigente Ley de Propiedad Intelectual (LPI), texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que sustituyó a la Ley 22/

1987, de 11 de noviembre, regula estas entidades de gestión, que pueden constituirse, previa autorización por el Ministerio de Cultura. por los titulares de los diversos derechos de propiedad intelectual reconocidos.

Su Libro 21 reconoce, entre otros derechos de propiedad intelectual, los de comunicación pública de los productores de grabaciones audiovisuales, así como los de los artistas y los intérpretes o ejecutantes que hayan fijado sus actuaciones o interpretaciones musicales, respectivamente, en esas grabaciones. De entre estos derechos, se reconoce el de comunicación pública mediante retransmisión por cable, que se supone utilizado cuando las habitaciones ocupadas de los hoteles disponen de televisores, y cuyas remuneraciones constituyen el objeto de este expediente.

El art. 122 LPI establece que el derecho de autorizar la comunicación pública de las obras audiovisuales corresponde al productor, si bien los usuarios deberán pagar una "remuneración equitativa y única" a los productores, artistas y ejecutantes, que se repartirán entre éstos de común acuerdo o, a falta de acuerdo, por partes iguales. Esta "remuneración equitativa y única" se hará efectiva a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. Su "efectividad" a través de las respectivas entidades de gestión comprenderá, según este art. 122 de la LPI "la determinación, recaudación y distribución de la remuneración correspondiente, así como cualquier otra actuación necesaria para asegurar la efectividad de aquél".

2. En mayo de 1994 EGEDA hace públicas sus tarifas generales (pp. 73-109) y en junio de 1994 un anexo de tarifas máximas (p. 110). EGEDA elaboró estas tarifas de modo unilateral y sin dar a conocer cómo llegó a ellas.

De acuerdo con las tarifas de mayo de 1994, un hotel de 50 habitaciones con televisor para ver cuatro canales, cuyo índice de ocupación fuera del 70 por ciento, debería pagar al mes cantidades, según el idioma de emisión, entre 4.200 ptas. (tarifa mínima diaria de 30 ptas.) y 14.560 ptas. (tarifa máxima diaria de 104 ptas.), siendo la media entre ambas 9.380 ptas. Aplicando el anexo de máximas, la cantidad resultante para el hotel del ejemplo sería de 9.625 ptas./mes, con la tarifa de 104 ptas.

3. Mediante Circular de 6 de septiembre de 1994, EGEDA se dirige a gran número de establecimientos hoteleros para que rellenen y remitan en 10 días un cuestionario, anunciándoles que se les enviará un contrato de autorización y las tarifas a abonar por la concesión de ésta. En la circular se advierte que el cuestionario debe ser cumplimentado en el antedicho plazo si se quieren evitar las acciones legales correspondientes "que pueden llevar aparejado el precinto judicial del sistema de recepción y distribución de señales de



televisión" (p. 660).

Haciéndose eco de esta campaña, ZONTUR se dirige a EGEDA, mediante carta de 14 de septiembre de 1994, rechazando el procedimiento y recabando de EGEDA determinados datos identificativos, anunciando que, entretanto, va a informar a sus asociados sobre la conveniencia de abstenerse de remitir la información solicitada (pp. 653).

En parecidas fechas, el 13 de septiembre de 1994, EGEDA envió a las comunidades de propietarios una circular semejante a la dirigida a los hoteles que provocó el rechazo del Colegio de Administradores de Fincas (p. 612, expte. TDC). Esta acción frente a las comunidades de propietarios no ha seguido adelante por parte de EGEDA, según manifestó su representante legal, contestando en la Vista a una pregunta del Tribunal.

4. En enero de 1995 EGEDA y AISGE confeccionan y publican conjuntamente un manual de tarifas generales (pp. 61-72), en las que el sistema tarifario modifica el establecido el año anterior por EGEDA. En efecto, en el manual correspondiente, se simplifican las tarifas y se fija en 60 ptas./día la cantidad a abonar por emisión /transmisión retransmitida y por habitación ocupada, estableciéndose asimismo un límite máximo de 360 ptas./día por habitación ocupada. En el manual se aclara que estas nuevas tarifas suponen la remuneración por el uso de los derechos de productores, actores e intérpretes. Aunque no se concreta el reparto de la tarifa entre las dos entidades de gestión en el documento que las hace públicas, de los contratos incorporados al expediente como ejemplo y de las propias alegaciones de EGEDA, se deduce que la proporción de la tarifa que se asigna a cada entidad de gestión es del 75 por ciento para EGEDA (productores) y el 25 por ciento restante para actores e intérpretes.

Aplicando las nuevas tarifas al hotel del ejemplo anterior, es decir, de 50 camas con televisor de cuatro canales en las habitaciones y un 70 por ciento de ocupación, el pago sería ahora de 6.300 ptas./día, lo que equivaldría a una cantidad mensual de 189.000 ptas. (Si el número de canales ofrecidos fuera mayor, esta cantidad ascendería, por ejemplo, para seis canales, a 283.500 ptas. /mes).

De la comparación de las tarifas de enero de 1995 con las de 1994, se deduce que las nuevas han multiplicado por 20 veces las anteriores, sin que haya mediado, ni entonces ni durante la tramitación del expediente, explicación alguna que lo justifique. El hecho de que en enero de 1995 se especifique que con esta tarifa se retribuye a productores, actores e intérpretes musicales, supone escasa explicación, porque el principio de la

*remuneración equitativa y única* para los tres, a repartir posteriormente mediante acuerdo o aplicando la regla de los 3/3, lo establece la LPI, como consta *ut supra*.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que, si estas tarifas conjuntas de EGEDA y AISGE de enero de 1995 suponen el incremento descrito (20 veces) respecto a las de EGEDA de 1994, la parte de aquéllas que corresponde a AISGE supone también un notable incremento respecto de las tarifas propias que AISGE mantenía vigentes. Así, éstas, que habían sido comunicadas al Ministerio de Cultura el 20 de octubre de 1992, obligaban a pagar a un hotel de tres estrellas 1.149 ptas./mes, si no sobrepasaba las 50 habitaciones, mientras que, según las tarifas conjuntas de EGEDA y AISGE de enero de 1995 y considerando que el 25 % de las mismas correspondían a AISGE, del hotel del ejemplo reiterado (3 estrellas, 70 % de ocupación y televisores en sus 50 habitaciones que emiten 4 canales) obtendría ahora AISGE 63.000 ptas./mes. Tampoco AISGE ha explicado los motivos que justifiquen este importante incremento de tarifas, que multiplica las anteriores en más de 60 veces.

5. El 18 de noviembre de 1997 las asociaciones hoteleras FEH y ZONTUR impugnaron las tarifas generales exigidas por EGEDA ante la Comisión de Mediación y Arbitraje de la Propiedad Intelectual del Ministerio de Cultura y solicitaron de ésta que fijara una cantidad sustitutoria de la tarifa general, proponiendo varias opciones, nunca superiores a las tarifas que cobra la SGAE por similares derechos (pp. 609-615). EGEDA se negó al arbitraje de la Comisión, haciendo asimismo fracasar la función mediadora de ésta al manifestar por escrito, el 30 de enero de 1998, que sólo aceptaría la función mediadora de la Comisión "siempre y cuando dichas Asociaciones (FEH y ZONTUR) hagan previamente un planteamiento de la cuestión en otros términos, ajustados a las tarifas y condiciones notificadas al Ministerio (por EGEDA)" (pp. 635-642).

El 7 de mayo de 1998 FEH y ZONTUR mantuvieron una nueva reunión con EGEDA ante la Comisión de Mediación y Arbitraje de la Propiedad Intelectual, en la que las primeras ofrecieron someterse a un arbitraje de la Comisión para dirimir: a) Si los hoteles practican la actividad de retransmisión por cable. b) Si fuera así, si los establecimientos hoteleros están obligados a pagar. c) Si están obligados a pagar, cuál sería una tarifa justa. EGEDA volvió a rechazar el sometimiento a un arbitraje (p. 233, expte. TDC).

6. El 15 de diciembre de 1997 la Junta General de EGEDA aprueba unas nuevas tarifas (pp. 421-445) que, según se informó al Ministerio de Cultura el 2 de enero de 1998, anulan y sustituyen a las anteriores. Y, al contrario que se

había hecho en 1995, ahora se señala que las tarifas cubren únicamente los derechos de los productores.

Estas nuevas tarifas -que ya no cubren, según EGEDA, los derechos de actores e intérpretes musicales, que sí cubrían las de enero de 1995- suponen incrementos de un 50 % respecto de éstas últimas, pasando de 60 ptas. por emisión, día y habitación ocupada, con un máximo de 360 ptas. diarias, a 90 ptas. por emisión, día y habitación ocupada, con un máximo de 540 ptas diarias (pp. 358-381). Ciertamente, por primera vez se implanta un sistema de aplicación gradual de las tarifas, de modo que sólo se aplicará el 50 por ciento (45 ptas.) entre los años 1998 a 2005 y el 100 por cien a partir del 2006, todo ello con un tope de seis señales transmitidas, aún cuando el establecimiento reciba más.

A pesar de que en el manual de estas tarifas se indica que las mismas sólo cubren los derechos de productores, el 30 de enero de 1998 EGEDA declararía por escrito, a la Comisión de Mediación y Arbitraje de la Propiedad Intelectual, que tiene suscrito un acuerdo con AISGE y AIE para la gestión de la remuneración "equitativa y única" prevista en el art. 122.2 LPI. (p. 635). En la documentación remitida por el Ministerio de Educación y Cultura al Servicio durante la instrucción de este expediente, figura copia de escrito en el mismo sentido, remitido el 10 de febrero de 1998 por EGEDA, AISGE y AIE, en el que comunicaban el acuerdo entre ellas para que EGEDA gestionara conjuntamente los derechos de las tres entidades.

En efecto, el 28 de enero de 1998 las tres entidades de gestión habían firmado tres acuerdos sobre emisión y transmisión, comunicación pública en lugares abiertos al público y retransmisión, respectivamente. A estos acuerdos se les asignaba una vigencia por el período comprendido entre el 1 de enero de 1995 y el 31 de diciembre de 2001. Por estos acuerdos, AISGE y AIE confieren a EGEDA el mandato de gestionar en su nombre la recaudación de los importes respectivos que les corresponde percibir por el uso de los respectivos derechos de comunicación pública que les confiere el art. 20.2 LPI (cláusula 20). Además de este mandato expreso, las tres entidades "convienen en establecer un marco de gestión de forma voluntaria, conjunta y temporal para la recaudación de la remuneración equitativa y única devengada por los usuarios de las citadas grabaciones, exclusivamente por la ejecución del acto de comunicación pública descrito en la letra f) del número 2 del artículo 20 de la Ley de Propiedad Intelectual" (cláusula 10 del contrato sobre retransmisión).

7. Hay dos asuntos más que figuran en el manual de tarifas de diciembre de 1997 de las que conviene dejar constancia aquí. Uno, se refiere a lo que

llamaremos "tarifa penalizadora" y el otro, al "descuento a asociaciones".

En cuanto al primero, nos referimos a un párrafo del epígrafe 1.A.3 del reiterado manual, en el que, en la aplicación de las tarifas de diciembre del 97, se exceptúa de la reducción del 50 por ciento y del esquema de aplicación temporal a "aquellos casos de incumplimiento por parte del usuario de las obligaciones derivadas de la legislación vigente en materia de Propiedad Intelectual", de manera que para los "incumplidores" la tarifa será la íntegra, es decir, un 50 por ciento superior.

Por lo que se refiere al "descuento a asociaciones", el manual comentado prevé la posibilidad de descuentos de hasta el 16,6 por ciento a las asociaciones de usuarios. Y, en alegaciones de EGEDA de 25 de febrero de 1998 (p. 462), ésta explica que "su aplicación para asociaciones es razonable cuando exista una colaboración que lo justifique". Tal como este asunto queda planteado, la discrecionalidad de EGEDA para cualificar la colaboración y decidir a quién le aplica la bonificación resulta acreditada.

8. En cuanto a la comparación de las tarifas que son objeto de este expediente con tarifas relativas a otros derechos de propiedad intelectual abonadas por los hoteles, los resultados acreditados son los que se describen a continuación.

Según información que obra en el expediente, los hoteles de tres estrellas pagan a SGAE (autores y editores) 1.662 ptas./mes, si tienen hasta 50 habitaciones, y 653 ptas./mes más por cada 25 habitaciones adicionales o fracción (p. 7). Por su parte, AGEDI (productores fonográficos) cobra a los hoteles de tres estrellas con 50 habitaciones, 162 ptas./mes, y 64 ptas. más por cada 25 habitaciones adicionales o fracción. Este mismo hotel, con 50 habitaciones, habría de abonar a EGEDA, según sus tarifas vigentes, la cantidad de 4.200 ptas./mes, si retransmitiera cuatro emisiones, que podría considerarse normal en un hotel de tres estrellas. Es decir, habría de pagar a EGEDA 2 veces y media de lo que devengaría SGAE y 26 veces de lo que abonaría a la asociación de productores fonográficos AGEDI.

9. Seguidamente se comparan las tarifas controvertidas con tarifas análogas de otros países, sobre la base de la información de que ha dispuesto el Servicio y que obra en el expediente. Se refiere a Suiza, Alemania, Finlandia, Suecia y Noruega. La dificultad para disponer de información de más países hay que asociarla a dos hechos. Uno, que no todos han respondido al requerimiento. Dos, que en varios países no está admitido el derecho de las entidades de gestión de los productores audiovisuales a obtener remuneración por el uso de su repertorio en los televisores de las habitaciones hoteleras.

De la información acreditada, la comparación de tarifas que se obtiene es la siguiente. Según el ejemplo de un hotel de tres estrellas, de 50 habitaciones, con un índice de ocupación del 70 por ciento y que recibe 4 emisiones, con las tarifas de EGEDA de diciembre de 1997, tomando la que utiliza el decalaje temporal y considerando la tarifa globalmente y no por emisión, dicho hotel habría de pagar a EGEDA en 1998 la cantidad mensual de 26.250 ptas., mientras que en los otros países habría de pagar por conceptos análogos: Suiza: 2.473 ptas./mes; Finlandia: 2.550 ptas./mes; Suecia: 1.200 ptas/mes (777 ptas./mes, aplicada la tarifa según ocupación media); Noruega: 495 ptas./mes.

10. Comparando las tarifas controvertidas en este expediente, las que EGEDA ha pretendido cobrar a los hoteles, con las que la misma entidad gestora demanda a las empresas operadoras de cable, se acredita lo siguiente.

Por lo que respecta a las tarifas de EGEDA de mayo de 1994 para los hoteles, son iguales que las que asigna a los operadores de cable (estructura tarifaria idéntica e idénticos importes en pesetas dentro de cada caso). El límite máximo del Anexo de septiembre de 1994 se aplica también de manera idéntica.

En las tarifas de EGEDA-AISGE de enero de 1995 la situación relativa cambia de modo notorio, sin embargo. Así, se cobra por la retransmisión efectuada por las empresas de cabledistribución la misma cantidad que por la efectuada a través los televisores de las habitaciones de los hoteles pero, en el primer caso, por mes y en el segundo, por día. Es decir que, según las tarifas EGEDA-AISGE de enero de 1995, lo que deben pagar los hoteles es 30 veces lo que se les aplica a las empresas cableoperadoras. Esta situación se mantiene en las tarifas de diciembre de 1997.

A los anteriores hechos resultan de aplicación los siguientes:

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. El asunto que se ventila en este expediente es si determinadas entidades que gestionan derechos de propiedad intelectual de diversos titulares según el estatuto que les confiere la vigente Ley de Propiedad Intelectual, en concreto EGEDA (productores), AISGE (actores) y AIE (intérpretes musicales), han transgredido, desde 1994 a 1998, la legislación española y europea de libre competencia al haber exigido a los hoteles determinadas tarifas por el uso de

los respectivos derechos de comunicación pública que gestionan, en las cantidades y el modo en que lo hicieron. El Servicio las ha imputado conductas abusivas de posición de dominio y conductas colusorias, que transgreden en medida diversa, reflejada en los ANTECEDENTES, los arts.6 LDC y 86 TCE, así como los arts. 1 y 85 TCE.

2. En este expediente se trasluce una pugna entre las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual creadas por la Ley de la Propiedad Intelectual de 1987 y las empresas hoteleras, pugna en la que las primeras pretenden obtener una remuneración de las segundas por el uso de los derechos de comunicación pública que implica disponer de televisores en las habitaciones, y en la que los hoteles y sus asociaciones representativas se resisten ante la variedad e importancia de las citadas remuneraciones.

De hecho, ZONTUR, en una circular remitida en febrero de 1995 a sus miembros, en la que les da cuenta de un informe jurídico sobre derechos de autor que ha encargado, aconseja a los hoteles resistirse a las pretensiones de las entidades de gestión, aunque utilice el eufemismo de pretender sólo dar argumentos y orientaciones a "aquellos empresarios que libremente decidan oponerse". La mencionada circular, después de advertir que "sin querer negar que, hasta la fecha, y como es de todos conocido, la Jurisprudencia se está decantando mayoritariamente en favor de los autores y de las Sociedades de Gestión", finaliza señalando: "Sin embargo, consideramos que la única manera de lograr cambiar la regulación sobre este tema es la de llevar a cabo una confrontación generalizada en dos frentes, el individual, que acabamos de resumir, y el colectivo a través de las Asociaciones de hostelería cuyas líneas de actuación, por lo que respecta a ZONTUR, fueron aprobadas por la Asamblea de 3 de febrero de 1995, y sobre el desarrollo de las cuales facilitaremos detalles a las Asociaciones miembro"(pp. 264-266, expte. TDC).

3. La evolución del marco normativo había tenido, ciertamente, importantes consecuencias. En efecto, bajo el régimen de la Ley de 24 de junio de 1941 y hasta la entrada en vigor de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual (LPI), existía una única Entidad de Gestión, la histórica Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), que podía gestionar todos los derechos de propiedad intelectual reconocidos (escasos, por cierto) y con una remuneración única por el uso de todos ellos. La nueva LPI de 1987, sin embargo, acabó con esta situación y permitió el nacimiento de nuevas entidades de gestión para una multiplicidad de nuevos derechos, otorgando a cada una de las entidades que fueran autorizándose la facultad de obtener una remuneración por el uso de los respectivos derechos gestionados. De ahí que, además de la SGAE, aparecieran bastantes más entidades de gestión aunque la meritoria aspiración del legislador de hacer posible la competencia en esta

materia se haya visto frustrada por una realidad en la que la pléyade de nuevas entidades de gestión autorizadas está constituida por numerosas instituciones, pero en la que cada una sólo gestiona derechos de un único sector, con lo que la competencia en la gestión de los diversos derechos de la propiedad intelectual sigue brillando por su ausencia, aunque con un coste para el usuario ahora notoriamente acrecido porque se han multiplicado los derechos reconocidos y también los monopolios gestores de los mismos, que convergen aspirando cada uno a su exacción, recayendo todas éstas en unos operadores económicos que no tienen ninguna seguridad de que alguna nueva entidad de gestión les demande un nuevo pago. En el caso que nos ocupa, aparecen en escena únicamente las entidades que gestionan los derechos de propiedad intelectual de los *productores* de grabaciones audiovisuales (EGEDA), así como de los *actores* (AISGE) y de los *intérpretes musicales* (AIE) incluidos en esas grabaciones, y marginalmente aparecerán también la SGAE (autores dramáticos, musicales y audiovisuales, así como editores musicales) y AGEDI (productores fonográficos), aunque únicamente como referencia y sin ser parte en el expediente.

4. Pero es en el marco de la nueva legalidad de la propiedad intelectual en el que se desenvuelven las partes y en el que corresponde enjuiciar las conductas de las entidades de gestión imputadas. La primera conducta de que se acusa a éstas es de abuso de posición de dominio. Para examinar si ha habido tal comportamiento antijurídico, se impone antes de nada esclarecer si EGEDA, AISGE y AIE gozan de una posición de dominio en el mercado.

Este Tribunal ha venido reiteradamente señalando que la posición de dominio de un operador económico en un mercado determinado expresa su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto. El que un operador tenga esa aptitud dependerá de que se beneficie de una serie de circunstancias que cabe resumir en *poder e independencia* en el mercado, en grado suficiente como para poder adoptar sus comportamientos sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los usuarios y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otras características del bien o servicio. El Tribunal de Justicia Europeo (TJE), en la conocida Sentencia *United Brands*, de 14 de febrero de 1978, ya había dicho que la posición de dominio hace referencia a una situación de potencia económica que da a quien la ostenta la *posibilidad de comportamientos independientes en una medida apreciable respecto de sus competidores, de sus clientes y, finalmente, de los consumidores*. Esta doctrina del TJE, mantenida luego en la Sentencia *Hoffman-La Roche*, de 13 de febrero de 1979, fue más tarde incorporada por la Comisión Europea en su Comunicación de 9 de diciembre de 1997 (97/C 372/03), en cuyo punto 10

define la posición dominante como aquella que permite al que la disfruta *comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, de sus consumidores.*

5. EGEDA, AISGE y AIE son, como ya se ha dicho, tres entidades que gestionan los derechos de propiedad intelectual y, entre ellos, el de comunicación pública, respectivamente, de los productores de grabaciones audiovisuales, de los actores y de los intérpretes musicales incluidos en ellas, siendo las tres las únicas de su especie en España, lo que hace de cada una de ellas un monopolio de hecho. Es decir, hoy por hoy, EGEDA ostenta el monopolio de la gestión de los derechos de comunicación pública de los productores de grabaciones de audiovisuales, AISGE el monopolio de la gestión de los derechos de comunicación pública de los actores de grabaciones audiovisuales y AIE el monopolio de la gestión de los derechos de comunicación pública de los intérpretes musicales de dichas grabaciones. Y EGEDA, además, ostenta el monopolio de las autorizaciones para que la citada comunicación pública pueda tener lugar.

En estas condiciones, es evidente que las tres entidades monopolísticas imputadas disfrutaban de una posición de dominio, ya que su poder e independencia de comportamiento son muy grandes respecto de los usuarios de los derechos de los que son titulares, particularmente respecto de los hoteles que no pueden prescindir de los televisores en las habitaciones, por razones comerciales y por imposición de la normativa turística en los de categoría elevada. Y este poder y esa independencia de comportamiento son las que otorgan a estas entidades una notable capacidad para modificar en provecho propio las tarifas, capacidad que resulta plena si, en lugar de negociarlas como les impone la Ley, las imponen unilateralmente. Pero esta es otra cuestión que se analizará después.

6. La descrita es una realidad reveladora de la posición de dominio de que individualizadamente gozan, en el disfrute de cada derecho de que son gestoras monopolísticas, las tres entidades, EGEDA, AISGE y AIE; es decir, el derecho de comunicación pública de los productores, el derecho de comunicación pública de los actores y el derecho de comunicación pública de los intérpretes. Además, EGEDA goza de posición de dominio en el otorgamiento de autorizaciones para usar el conjunto de estos tres derechos, y esta misma circunstancia refuerza su posición de dominio en el ámbito antes descrito, como ya se ha señalado.

No deja de ser, sin embargo, en buena medida artificiosa una definición del mercado relevante para cada una de las entidades denunciadas, que lo constriña, en cada caso, al ámbito del disfrute del respectivo derecho



gestionado. Este enfoque, además de simplista, se plantea únicamente desde el lado de la oferta, cuando el Tribunal de Justicia Europeo viene señalando reiteradamente que el mercado relevante hay que definirlo principalmente desde la percepción de los consumidores o usuarios. Es, además, una cuestión de sentido común: ¿es realista suponer que el hotelero percibe como tres derechos distintos de comunicación pública, aunque la LPI los identifique separadamente, los de productores, actores e intérpretes de grabaciones audiovisuales, que se supone son usados por el hotelero que instala televisores en las habitaciones, particularmente cuando es una entidad, EGEDA, la única que dispone de capacidad para autorizarle tal uso? Sería, por tanto, más correcta, en el caso que nos ocupa, una definición del mercado hecha desde el punto de vista del usuario, según la cual el mercado relevante es el de "los derechos de comunicación pública de la propiedad intelectual audiovisual de productores, actores e intérpretes, que se usan desde los televisores dispuestos en las habitaciones de los hoteles".

7. Pues bien, en el mercado relevante así definido, EGEDA, AISGE y AIE tienen una posición de dominio colectiva, reforzada en el caso de EGEDA. En efecto, el Tribunal de Justicia Europeo, en consolidada jurisprudencia, considera que una posición dominante colectiva consiste en que varios operadores económicos tengan conjuntamente, debido especialmente a *factores de correlación* existentes entre ellos, la facultad de adoptar una misma línea de acción en el mercado y de actuar en gran medida con independencia de los demás competidores, de su clientela y, por último, de los consumidores (ver por todas la Sentencia del TJE de 31 de marzo de 1998, Francia y otros/Comisión, asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95, Rec. p. I-1375, apartado 221). Y esto es precisamente lo que ocurre en la situación que es objeto del presente expediente. Constatar aquí la existencia de *factores de correlación* entre los operadores, como exige el TJE para reputar la existencia de una posición de dominio colectiva, no exige, además, en nuestro caso, investigación alguna, aunque los hechos probados en el expediente muestran su existencia y su aplicación. Esto es así porque esos *factores de correlación* entre EGEDA, AISGE y AIE existen por imperativo legal: están constituidos por el acuerdo para el reparto de la *remuneración equitativa y única* previsto en el art. 122 LPI o, en su caso, la obligación de repartirse esa remuneración a tercios entre ellas si no llegan a un acuerdo. Conviene recordar aquí lo estipulado expresamente en el apartado 3 del citado art. 122 LPI:

*El derecho a la remuneración equitativa y única a que se refiere el apartado anterior se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. La efectividad de este derecho 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 aquél.*

Es decir y resumiendo: en el mercado relevante -definido como el de los derechos de comunicación pública de la propiedad intelectual audiovisual, de productores, actores e intérpretes, que se usan desde los televisores dispuestos en las habitaciones de los hoteles-, la fijación de las tarifas y su exigencia en 1994 tuvo la autoría de EGEDA que lo actuó desde una posición de dominio individual en el mercado; EGEDA y AISGE hicieron lo propio, respecto de las tarifas de enero de 1995, desde una posición de dominio conjunta; y, en diciembre de 1997, la determinación de tarifas de las que fueron autores EGEDA, AISGE y AIE se hizo desde una posición de dominio colectiva de las tres.

8. Esclarecido que las entidades imputadas adoptaron las controvertidas tarifas desde una posición de dominio, individual por EGEDA en 1994, colectiva por EGEDA y AISGE en 1995 y colectiva por EGEDA, AISGE y AIE en 1997, corresponde ahora determinar si cada una de esas tarifas fueron o no constitutivas de explotación abusiva de la posición de dominio de sus causantes, tanto por su importe como por el modo en que fueron exigidas. Consideremos primero el modo de su exigencia.

Analizaremos previamente qué calificación merece una entidad de gestión de las investigadas en el expediente que presenta al cobro individualmente su pretendida tarifa. En el caso de EGEDA, AISGE y AIE, la prescripción legal es que los usuarios de las grabaciones audiovisuales que se utilicen para actos de comunicación pública tienen la obligación de pagar una *remuneración equitativa y única* a los *productores* de grabaciones audiovisuales y a los *actores y ejecutantes*, "entre los cuales se efectuará el reparto de la misma", según establece el art. 122.2 LPI (RDL 1/1996, de 12 de abril). La Ley no establece que cada entidad gestora fije su propia remuneración y la reclame, ni siquiera que, fijadas individualmente las tres, se sumen después y juntas se presenten las entidades ante el usuario para exigir la remuneración que resulte de la adición. Lo que prescribe es que se establezca con templanza una única remuneración y luego se reparta dando a cada una lo que merece. La Ley tampoco admite que sea una entidad la que unilateralmente establezca la remuneración que luego haya de repartirse con las demás. 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. Por tanto, la actuación de alguna de estas entidades que presentase individualmente al usuario la reclamación por la retribución de su solo derecho sería cuanto menos arbitraria. Pues bien, EGEDA cometió esta arbitrariedad presentando

sus tarifas sólo en 1994 y EGEDA y AISGE también lo hicieron cuando presentaron conjuntamente las de 1995 sin tener en cuenta a AIE.

9. Muy relevante a efectos del presente expediente es el papel que la Ley atribuye a la negociación con los usuarios para establecer las tarifas. El art. 122.3 LPI establece que: "El derecho a la remuneración equitativa y única a que se refiere el apartado anterior se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. La efectividad de este derecho a través de las respectivas entidades de gestión comprenderá la negociación con los usuarios (el subrayado es nuestro), la determinación, recaudación y distribución de la remuneración correspondiente, así como cualquier otra actuación necesaria para asegurar la efectividad de aquél". Es decir, la Ley excluye la determinación de la remuneración de modo unilateral por parte de las entidades gestoras, imponiendo que esta determinación se haga mediante negociación de las entidades con los usuarios, bien de modo individual, o de modo colectivo cuando así lo reclamen asociaciones de usuarios que sean representativas del sector correspondiente, según establece el art. 152.1.c) LPI.
  
10. Ciertamente la Ley de Propiedad Intelectual vigente crea en la práctica un vacío frustrante cuando las partes no logran ponerse de acuerdo en la determinación de la prescrita *remuneración equitativa y única* porque, seguramente imaginando que la competencia iba a germinar y extenderse en el campo de la gestión de derechos de propiedad intelectual, contrariamente a lo sucedido, que es la proliferación de monopolios que individualmente gestionan cada uno de los múltiples derechos reconocidos, la Ley consideró bastante establecer una Comisión con facultades de mediación y arbitraje voluntario. Con competencia entre las entidades, esto hubiera sido seguramente suficiente. Pero ¿qué ocurre, como es nuestro caso, si a los hoteles les parece excesiva la remuneración y la entidad o entidades de gestión, que son monopolios, rechazan el arbitraje? ¿Quién determina la *retribución equitativa y única* entonces? Es verdad que el art. 142.2 LPI establece que *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 las tarifas generales*, pero no es menos cierto que, cuando las unilateralmente establecidas tarifas generales son de cierta importancia, la consigna o equivalente de las mismas implica una importante operación financiera que puede tener gran trascendencia económica. De hecho, seguramente la multiplicidad de pleitos civiles que están teniendo lugar en esta materia ponen en evidencia una patología quizás resultado de una Ley que no acertó a prever ciertas consecuencias de su aplicación.

11. Pero, en todo caso, en el presente expediente ha resultado acreditado sobradamente que el mandato legal de la *remuneración equitativa y única* no se ha cumplido, ni tampoco que las entidades de gestión hayan intentado una verdadera *negociación*.

Recordemos los hechos: en 1994 EGEDA comienza su actividad de gestionar, frente a los establecimientos hoteleros, los derechos de propiedad intelectual encomendados (p. 600, expte. TDC). En esta actividad se inscribe la circular de EGEDA a los hoteles de 6 de septiembre de 1994 y la carta de 8 de noviembre de 1994 que EGEDA dirige a FEH acompañando Nota informativa con sus tarifas y solicitando una reunión negociadora, a lo que FEH responde dos días después expresando su desacuerdo con la Nota y estimando prematura la reunión hasta haber acumulado la información y documentación solicitada a diversas entidades afectadas (p. 645). El 20 de enero de 1995 EGEDA remite una carta notarial conminatoria a FEH que ésta responde el 25 del mismo mes rechazando la presión y señalando que si no habían vuelto a comunicarse con EGEDA era porque los Ministerios de Turismo y de Cultura aún no habían respondido a sus consultas (pp. 646-647, 650-651).

Ciertamente, las actuaciones de EGEDA contenidas en el expediente no reflejan que esta entidad haya tenido realmente una voluntad negociadora. Ni el tenor de la circular de EGEDA, enviada a los hoteles en septiembre de 1994, ni las cartas, una notarial, que la misma dirige a las Asociaciones de hoteles, expresan tal voluntad, aunque literalmente alguna recoja el anhelo de negociar las tarifas. Pero donde queda palpablemente en evidencia que no hay verdadero propósito de llevar a cabo una auténtica negociación, para establecer concertadamente con los usuarios las tarifas, es en la manera como expresa EGEDA su rechazo a que medie la Comisión del Ministerio de Cultura, cuyo arbitraje ella misma ya había rechazado. En efecto, EGEDA impone, para aceptar la mediación, que "las Asociaciones (de hoteles) hagan previamente un planteamiento de la cuestión en otros términos, ajustados a las tarifas y condiciones notificadas al Ministerio de Educación y Cultura por parte de EGEDA" (p. 642. El subrayado es del TDC). )Puede decirse que alguien desea una negociación cuando exige que los planteamientos de los demás en la misma se ajusten a lo previamente determinado por uno? Esa exigencia se parece más a un trágala que a una propuesta de negociación.

Y es de advertir, en este sentido, que -con independencia de que EGEDA presentase las tarifas de 1995 conjuntamente con AISGE y, en 1997, con AISGE y EGEDA- la primacía de la responsabilidad por adoptar la descrita actitud no negociadora es de EGEDA, que la practicó en 1994 cuando iba sola y que la ha seguido practicando después cuando fue acompañada, probablemente prevaliéndose de su posición privilegiada, dado que a EGEDA

corresponde, en exclusiva, el derecho de autorización de la comunicación pública representada por las tres entidades, ella misma, AISGE y AIE.

12. Consideremos ahora si las tarifas fueron equitativas en su importe y si fueron o no discriminatorias. Del análisis de los hechos probados, resulta evidente que, al menos, las establecidas de 1995 en adelante no fueron equitativas y fueron discriminatorias.

En efecto, las de enero de 1995, establecidas entre EGEDA y AISGE: a) Suponen multiplicar por 20 las de 1994, sin explicación satisfactoria alguna. b) Son desproporcionadas respecto a las que cobran a los hoteles otras entidades españolas de gestión de derechos análogos. c) Son desproporcionadas a las que cobran entidades similares de otros países europeos. d) Son, además, discriminatorias para los hoteles, respecto de otros usuarios como los operadores de cablevisión, lo cual, además de ser contrario a la Ley, carece de lógica económica porque la comunicación pública es para estas empresas operadoras la esencia de su negocio, mientras que disponer de televisión en las habitaciones para un hotel es una exigencia legal en los de elevada categoría y un mero extra en los demás.

En cuanto a las de diciembre de 1997, establecidas entre EGEDA, AISGE y AIE: a) Suponen sustituir una arbitrariedad por otra, con un incremento inexplicado respecto a las tarifas anteriores que, aunque de menor proporción al que se produjo en 1995, carece de justificación o, al menos, ésta no ha sido acreditada. b) También son desproporcionadas respecto de las que cobran otras entidades españolas de gestión de derechos de propiedad intelectual. c) No resisten, por desproporcionadas, la comparación internacional. d) Discriminan arbitrariamente a los hoteles llamados "incumplidores", a las asociaciones hoteleras "que no colaboran" y, también como las de 1995, discriminan a los hoteles respecto de las empresas cableoperadoras.

Por lo que se refiere a la "tarifa penalizadora" mencionada en los HECHOS PROBADOS, el Servicio interpreta que ese trato desfavorable puede dispensarse a aquellos establecimientos hoteleros que se nieguen a pagar las remuneraciones solicitadas por EGEDA o que discutan el título que EGEDA ostenta para exigir dicho pago a cambio de las autorizaciones que esa entidad debe conceder, ya que, al seguir retransmitiendo las emisiones en las habitaciones sin celebrar el contrato con EGEDA que les autorizaría a ello, puede considerarse por EGEDA que incumplirían dichas leyes". Las entidades de gestión denunciadas alegan, sin embargo, que sólo en caso de sentencia condenatoria se aplicaría la penalización por incumplimiento. El tenor de general imprecisión que caracteriza al manual de tarifas comentado no permite concluir que esta última fuera necesariamente la interpretación que, en su

caso, las entidades de gestión denunciadas harían. Puede afirmarse de modo concluyente que el manual mantiene una ambigüedad tal que permite una interpretación flexible y, por ende, insegura.

13. En conclusión, ha quedado suficientemente acreditado por sus actuaciones el inalterado propósito de EGEDA, compartido por AISGE y AIE a partir de determinados momentos, de imponer unilateralmente unas tarifas que son discriminatorias e inequitativas, tanto por su cuantía, que no resiste el análisis comparativo, como por su arbitrario aumento. Estas inequitativas y discriminatorias tarifas, además, han sido requeridas de los hoteles de un modo intimidatorio que dificulta la negociación querida por la Ley, como refleja la circular septembrina del 94 y las actitudes mantenidas por EGEDA ante la Comisión de Mediación y Arbitraje del Ministerio de Cultura.
14. Corresponde ahora dilucidar si estas actuaciones de EGEDA, AISGE y AIE, llevadas a cabo desde una posición de dominio en el mercado, son constitutivas de explotación abusiva de esa posición dominante, en el sentido que al término le dan los arts. 6 LDC y 86 TCE.

El abuso de posición dominante constituye una práctica prohibida por el art. 6 LDC y por el art. 86 TCE, consistente en utilizar una posición dominante en el mercado para obtener ventajas que serían inasequibles en unas condiciones de mayor competencia (Cfr. *Memorandum de la Comisión Europea sobre las Concentraciones*).

El art. 6 LDC dice en su párrafo 11: "Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional", dando al concepto empresa el sentido de *operador económico*. En el párrafo 2 del mismo artículo se enuncian diversos ejemplos en que se puede concretar una explotación abusiva de posición dominante en el mercado, al detallar que el abuso podrá consistir, en particular, en: a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos, o d) La aplicación en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

El art. 86 TCE, por su parte, dispone que: "Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo". En el mismo artículo se detallan después, a título de ejemplo, diversos supuestos de explotación abusiva cuando existe posición de

dominio en el mercado, que son los mismos de la Ley española que los tomó del Tratado.

15. Ha resultado acreditado en este expediente que, en el mercado relevante *ut supra* definido, EGEDA, AISGE y AIE han utilizado su posición de dominio "para obtener ventajas que serían inasequibles en unas condiciones de mayor competencia", al haber establecido y exigido, por el uso de los derechos que gestionan, unas tarifas desproporcionadas e inequitativas a los hoteles, aprovechando la posición monopolista que, de hecho, ostentaban en el mercado. Con respecto al importe y modo de exigir las tarifas de enero de 1995, se trató de un abuso de posición dominante conjunta llevado a cabo entre EGEDA y AISGE, y, por lo que respecta a las tarifas de diciembre de 1997 (también importe y exigencia), fue un abuso de posición dominante colectiva o conjunta perpetrado entre EGEDA, AISGE y AIE. La conducta de EGEDA en solitario, que desarrolló frente a los hoteles en 1994 para imponer intimidatoriamente sus tarifas sin negociación, hay que reputarla de un abuso de posición de dominio, llevado a cabo de modo individual, en el mismo mercado de referencia.
16. Estos abusos de posición de dominio constituyen una transgresión del art. 6 LDC, desde luego, pero también atentan contra el art. 86 TCE porque, como ha señalado el Tribunal de Justicia Europeo, una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual impone condiciones inequitativas, en el sentido del art. 86 TCE, cuando las tarifas exigidas son "notablemente más elevadas que las que se aplican en los restantes Estados miembros, siempre que la comparación entre las cuantías de las mismas se haya llevado a cabo con arreglo a una base homogénea" (STJCE de 13 de julio de 1989, asunto 395/87, *Tournier*, Rec. 1989, p. 2565, núm. 4 del fallo; STJCE de 13 de junio de 1989, asuntos acumulados 110/88, 241/88 y 242/88, *Lecazeau*, Rec. 1989, p. 2823, núm. 2 del fallo).
17. La clave de este asunto es, en todo caso, desde el punto de vista del enjuiciamiento de las conductas imputadas, que los importes de las controvertidas tarifas no fueron el resultado de una negociación, sino que fueron exigidas desde una posición de dominio, intimidatoriamente y de modo inflexible. Otra cosa hubiera sido si la negociación hubiese existido. Entonces, aunque las tarifas hubieran sido desproporcionadas, serían discutibles las imputaciones. Porque, como estableció el Tribunal Supremo, en Sentencia de 18 de diciembre de 1996, no puede declararse que se ha abusado de posición de dominio por exigir una tarifa que ha sido establecida en un acuerdo entre las partes, fruto de una negociación entre ellas, ya que en caso contrario se estaría infringiendo el principio de la presunción de inocencia. No ha sido éste el caso, sin embargo. Aquí no ha habido negociación alguna.

18. Finalmente, esclareceremos si ha resultado acreditado que las imputadas hayan incurrido en alguna conducta colusoria de las tipificadas en los arts. 1 LDC y 85 TCE.

Las imputaciones que, en sentido afirmativo, hace el Servicio a EGEDA, AISGE y AIE le parecen inapropiadas al Tribunal, porque la propia LPI impone un cierto tipo de acuerdo como los concertados entre las entidades gestoras para la determinación, la negociación y el cobro de las tarifas, acuerdo que constituye precisamente el *factor de correlación* entre EGEDA, AISGE y AIE que da base para sostener que las tres ostentan una posición de dominio colectiva en el mercado de los derechos de comunicación pública de la propiedad intelectual audiovisual de productores, actores e intérpretes, que se usan desde los televisores dispuestos en las habitaciones de los hoteles. Y lo mismo cabe decir del mandato de gestión otorgado a EGEDA por las otras entidades de gestión, que la LPI también ampara. Como acertadamente alegó la representación de AISGE y AIE, la conducta que se les imputa como colusoria estaría incluida entre las tipificadas por el art. 2.1 LDC como *Conductas autorizadas por Ley*.

De ahí que el Tribunal considere que no procede confirmar las imputaciones que el Servicio hace a EGEDA, AISGE y AIE, de haber transgredido los arts. 1 LDC y 85 TCE, por haber llevado a cabo esos acuerdos.

19. Todas las circunstancias que la legislación comunitaria y española imponen a este Tribunal para resolver el presente expediente, concurren en el presente caso, por lo que, una vez que la instrucción del expediente en esta sede ha dado como resultado que EGEDA, AISGE y AIE han incurrido en las conductas prohibidas descritas, procede ahora que este Tribunal se pronuncie sobre las sanciones a las que estas entidades se han hecho merecedoras.

Las sanciones que puede imponer el Tribunal de Defensa de la Competencia se regulan en la sección segunda del Capítulo I del Título I de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, que distingue, a los efectos que ahora interesa, entre intimaciones y multas sancionadoras. En cuanto a las intimaciones, el art. 9 LDC establece que quienes realicen conductas prohibidas podrán ser requeridos por el Tribunal de Defensa de la Competencia para que cesen en los mismos y, en su caso, obligados a la remoción de sus efectos.

Por lo que se refiere a las multas sancionadoras, el art. 10 LDC determina que el Tribunal podrá imponer multas de hasta 150 millones de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por ciento del volumen de ventas



correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la Resolución del Tribunal. La cuantía de las sanciones se fijará, según dicho art. 10, atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta: a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia. b) La dimensión del mercado afectado. c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente. d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios. e) La duración de la restricción de la competencia. f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

En el presente caso, habrá de tenerse en cuenta comparativamente, además: a) la posición de liderazgo de EGEDA en relación con las otras dos entidades de gestión imputadas, derivada su monopolio en las autorizaciones; b) las diferentes responsabilidades y duración de las conductas prohibidas, en que incurren las tres entidades de gestión imputadas; c) las proporciones en que proponían repartirse entre las tres el importe de las tarifas.

Teniendo en cuenta todas estas consideraciones, el Tribunal considera que debe intimar y multar a las imputadas y estima que las multas sancionadoras deben ser las siguientes: a) EGEDA, 45 millones de pesetas; AISGE, 10 millones de pesetas; y AIE, 5 millones de pesetas.

20. La representación de AISGE y AIE ha hecho una alegación, por escrito y en la vista oral, invocando el principio de protección de la confianza legítima en relación con las tarifas notificadas al Ministerio de Cultura, según la cual la notificación equivale a un certificado de legalidad. Este Tribunal debe rechazar categóricamente esta alegación porque la comunicación al Ministerio de Cultura de las tarifas se hace meramente a efectos de que queden registradas en esa sede administrativa, pero la Ley no establece, bajo ningún concepto, que equivalga al reconocimiento administrativo de su *equidad*. Ni que, tras su recepción por esa unidad administrativa, ésta deba analizarlas para, consecuentemente, sancionarlas positiva o negativamente. No confiere el ordenamiento jurídico, por otra parte, al Ministerio de Cultura facultades para determinar si una o varias entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual abusan de su posición de dominio en el mercado al establecer las tarifas. En definitiva, el Ministerio de Cultura no aprueba las tarifas, sólo acusa recibo de las mismas cuando le son comunicadas.

Pero es que, además, el principio de protección de la confianza legítima ha de ser aplicado, no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente

concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad, como establece reiteradamente nuestro Tribunal Supremo (Cfr. Sentencia de la Sala 30 de 23 de febrero de 2000). En el presente caso ni ha existido la *convicción psicológica* ni tampoco los signos *suficientemente concluyentes* de la Administración, como lo evidencian las actuaciones de las propias entidades imputadas, p. ej., EGEDA ante la Comisión de Mediación y Arbitraje.

21. La representación de AISGE y AIE ha alegado también que el Servicio no ha sido objetivo e imparcial en sus actuaciones, conculcando el derecho de sus representadas a la tutela judicial efectiva. Mas el Tribunal que, como corresponde, ha examinado detalladamente el expediente, considera que el Servicio ha actuado en todo momento con la ecuanimidad que le es exigible y considera, asimismo, que las imputadas han tenido, a lo largo de la instrucción ante el Servicio y en la fase de resolución ante este Tribunal, todas las oportunidades que la legislación les confiere para alegar y probar cuanto han considerado conveniente. Todo lo cual hace que a este Tribunal le parezcan carentes de justificación estas alegaciones.
22. Hay en el expediente una alegación de EGEDA que el Tribunal no debe pasar por alto. Considera EGEDA que lo constitutivo de un abuso de posición dominante es la actitud de las asociaciones hoteleras denunciando negándose a negociar las tarifas e induciendo a los hoteles a no pagarlas. Ante esta manifestación de EGEDA, este Tribunal debe advertir a su autora que, si esa era su apreciación de los hechos, debería haber presentado la oportuna denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia. Es paradójico, por otra parte, que se haga semejante afirmación cuando su autora impuso, como condición para aceptar la mediación de la Comisión del Ministerio de Cultura, que "las Asociaciones hagan previamente un planteamiento de la cuestión en otros términos, ajustados a las tarifas y condiciones notificadas al Ministerio de Educación y Cultura" (por parte de EGEDA, p. 642. El subrayado es del TDC).

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, este Tribunal

## **HA RESUELTO**

1. Declarar que EGEDA, AISGE y AIE han explotado abusivamente su posición de dominio en la gestión de los derechos de propiedad intelectual cuya gestión tienen encomendados, con vulneración del art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia y del art. 86 del Tratado de la Comunidad Europea: a) la primera, individualmente, al tratar de imponer sin negociación sus tarifas a los hoteles en 1994; b) EGEDA y AISGE, conjuntamente, al pretender imponer a los establecimientos hoteleros unas inequitativas tarifas en 1995,

unilateralmente establecidas; c) EGEDA, AISGE y AIE, colectivamente, al pretender en 1997 aplicar unas tarifas no equitativas sin negociación.

2. Intimar a EGEDA, AISGE y AIE para que cesen inmediatamente en este tipo de conductas prohibidas.
3. Imponer las siguientes multas:
  - a) A EGEDA, 45 millones de pesetas.
  - b) A AISGE, 10 millones de pesetas.
  - c) A AIE, 5 millones de pesetas.
4. Ordenar a EGEDA, AISGE y AIE la publicación a su costa de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en dos diarios de circulación nacional, respondiendo solidariamente del cumplimiento de esta obligación que deberán comunicar, en el plazo de un mes, al Servicio de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia, infórmese de la misma mediante su remisión a la Dirección General IV de Competencia de la Comisión Europea y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la citada Resolución agota la vía administrativa y, por tanto, sólo es susceptible de recurso contencioso-administrativo, el cual podrá interponerse, en su caso, ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución.