

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2010
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Gestión colectiva. Tarifas discriminatorias. Posición de dominio.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Tribunal de Defensa de la Competencia

FECHA: 25-1-2002

JURISDICCIÓN: Administrativa

FUENTE: Texto del fallo en formato digital

OTROS DATOS: Expediente 511/01

SUMARIO:

“El 10 de marzo de 1999 se recibió en el Servicio ¹ escrito de denuncia de Vale Music Spain S.L. (VMS) contra la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, presuntamente incuridas en las prohibiciones de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en cobrar a los productores de fonogramas que no son miembros de la Asociación de Productores de Fonogramas y Videogramas de España (AFYVE) tarifas más elevadas que a los productores que sí pertenecen a dicha asociación por la utilización del mismo repertorio de obras protegidas en la distribución de fonogramas para su venta al público y uso privado.

[...]

“... el Tribunal considera que imponer el cobro a los productores fonográficos no integrados de un 37% más que a los pertenecientes a AFYVE por la utilización del mismo repertorio, sin justificar debidamente tan desigual trato ni haber hecho el menor esfuerzo en tratar de evitarlo, cuando no existía necesidad objetiva alguna para infligir tal discriminación, que supone una ventaja en provecho de la entidad de gestión por su posición monopolista (en la función que ejerce) y de las empresas asociadas al distorsionar las condiciones de competencia respecto de quienes se inician en el mercado relacionado de estos productos, constituye un abuso de la posición de dominio, prohibido por el art. 6 LDC”.

[...]

“... el Tribunal considera que el abuso de posición dominante constituye una de las modalidades más perjudiciales para el mantenimiento de la competencia en el mercado y que, además, la infracción comprobada en este expediente es particularmente grave al tratarse de un abuso de la única entidad que gestiona en España los derechos de autor por la producción y distribución de fonogramas, que es el mercado afectado, con el

¹ Servicio de Defensa de la Competencia, nota del compilador.

consiguiente encarecimiento de los ejemplares producidos por las entidades no asociadas que intentan iniciar la actividad ...”

DEL VOTO PARTICULAR:

“... si bien es cierto que el artículo 6 de la LDC considera como «abuso» por parte de la empresa que ostenta una posición de dominio en el mercado, "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", no lo es menos que, como se ve, tal infracción exige una situación de «equivalencia» entre los diversos operadores que contratan con quien ostenta la posición de dominio y, en el presente caso, si bien no se discute que la expedientada ostenta dicha posición de dominio, lejos de darse esa equivalencia, nos encontramos ante un operador individual, como es la denunciante, Vale Music Spain S.L., frente a unos usuarios integrados en una Asociación, a los que se dispensa el supuesto trato de favor ilícito, la Asociación de Productores de Fonogramas y Videogramas de España (AFYVE), por lo que no se puede hablar de «discriminación» o de igualdad de situaciones a las que se dispensa trato desigual ...”

TEXTO COMPLETO:

ANTECEDENTES DE HECHO

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Castañeda Boniche, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 511/01 (1962/99 del Servicio de Defensa de la Competencia, en lo sucesivo, el Servicio) iniciado por denuncia de Vale Music Spain S.L. (VMS) contra la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, presuntamente incursas en las prohibiciones de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en cobrar a los productores de fonogramas que no son miembros de la Asociación de Productores de Fonogramas y Videogramas de España (AFYVE) cantidades más elevadas que a los productores que sí pertenecen a dicha Asociación por la utilización del mismo repertorio de obras protegidas.

1. El 10 de marzo de 1999 se recibió en el Servicio escrito de denuncia de Vale Music Spain S.L. (VMS) contra la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) por supuestas

prácticas restrictivas de la competencia, presuntamente incursas en las prohibiciones de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en cobrar a los productores de fonogramas que no son miembros de la Asociación de Productores de Fonogramas y Videogramas de España (AFYVE) tarifas más elevadas que a los productores que sí pertenecen a dicha asociación por la utilización del mismo repertorio de obras protegidas en la distribución de fonogramas para su venta al público y uso privado.

2. Estimando que en la denuncia presentada por VMS existían indicios racionales de conductas prohibidas por la LDC, con fecha 28 de julio de 1999 se acordó la admisión a trámite y se incoó el oportuno expediente sancionador.

3. Con fecha 12 de diciembre de 2000 el Servicio formuló el Pliego de Concreción de Hechos en el que se llega a la siguiente conclusión:

"La SGAE podría haber incurrido en una infracción al art. 6.2.d) de la LDC consistente en la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros, al conceder a los miembros de AFYVE

ventajas económicas no aplicables a la denunciante sin acreditar debidamente los motivos económicos que justifiquen dicha discriminación".

4. Una vez llevada a cabo la tramitación correspondiente, dado que el Servicio considera que en un determinado período "la cantidad a pagar a la SGAE por no miembros de AFYVE supone un 43% más que la abonada por las productoras asociadas", que es indudable que la SGAE ostenta posición de dominio en el mercado de obras de repertorio y en el de su reproducción y, por último, que la SGAE ha manifestado no tener valoración o análisis económico respecto de los costes de gestión cuando se le solicitaron por el Servicio, en el Informe-Propuesta termina realizando la siguiente:

Primero" Que el TDC declare la existencia de una conducta prohibida imputable a la SGAE al infringir el artículo 6.2 d) de la LDC por la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que colocan a unos competidores en situación desventajosa frente a otros, al conceder a los miembros de AFYVE ventajas económicas no aplicables a la denunciante sin acreditar debidamente los motivos económicos que justifiquen dicha discriminación.

Segundo Que por el TDC se adopten los siguientes pronunciamientos de entre los que se prevén en el artículo 46 para el supuesto de existencia de conductas prohibidas:

a) la imposición de multa a la SGAE.

b) la publicación de la parte dispositiva de la Resolución que se dicte, en un diario de tirada nacional y en el BOE."

5. Recibido el expediente en el Tribunal el 26 de enero de 2001, el Pleno del mismo, mediante Providencia de 7 de febrero de 2001, acuerda su admisión a trámite y ponerlo de manifiesto a los interesados, por el plazo legalmente previsto, para que puedan solicitar la celebración de Vista y proponer las pruebas que estimasen necesarias, al mismo tiempo que se designa Ponente, todo lo cual se

comunica al Servicio y se notifica a los interesados, que comparecen en este trámite.

6. El 12 de noviembre de 2001 el Tribunal dicta Auto sobre Prueba y Vista, en el que se pronuncia sobre la proposición de prueba y acuerda que la participación de los interesados en el expediente concluya mediante el trámite de conclusiones escritas.

7. Comparecen en este trámite ambos interesados. VMS, además de solicitar que el Tribunal declare la existencia del abuso de posición de dominio denunciado, interesa que resuelva ordenar a la SGAE la cesación de dicha práctica y que remueva los efectos producidos por la misma, con eficacia ex tunc, respecto de los derechos que ha estado obligada a satisfacer, así como que imponga a la SGAE que extienda a los productores no asociados a AFYVE las mismas tarifas exigidas a los que sí lo están, con la consiguiente novación de los contratos.

Por su parte, la SGAE solicita que el Tribunal declare la inexistencia de infracción e insiste en que se llame al procedimiento a AFYVE.

8. El Tribunal deliberó y falló este expediente en su sesión plenaria de 22 de enero de 2002, encargando la redacción de la presente Resolución al Vocal Ponente.

9. Son interesados:

- Vale Music Spain S.L

- Sociedad General de Autores y Editores (SGAE)

HECHOS PROBADOS

1. Entre otros derechos, corresponde a los autores el de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, a través de su reproducción, con derecho a participar en una remuneración compensatoria por las copias de las mismas, pudiendo encomendar la gestión de los derechos de autor a las denominadas Entidades de Gestión.

Las obras sobre las que estas Entidades tienen encomendada su gestión constituyen su repertorio y sobre éste soportan determinadas obligaciones contenidas en la vigente Ley de Propiedad Intelectual.

Por su parte, los usuarios tienen derecho a la utilización del repertorio con la finalidad de explotarlo a través de su reproducción.

2. La SGAE es una Entidad de Gestión de Derechos de Propiedad Intelectual, autorizada por Orden del Ministerio de Cultura de 1 de junio de 1988, siendo continuadora de la actividad de la anterior Sociedad General de Autores de España.

3. De conformidad con lo establecido en el artículo 5 de sus Estatutos, "la SGAE gestiona los siguientes derechos de propiedad intelectual de los autores, editores y sus derechohabientes:

a) Los derechos exclusivos de reproducción, distribución y comunicación pública -en el sentido de la Ley- de las obras literarias (orales y escritas), musicales (con o sin letra), teatrales (comprendidas las dramáticas, dramático-musicales, coreográficas y pantomímicas), cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales, ya sean obras originales, ya derivadas de otras preexistentes (tales como las traducciones, arreglos, adaptaciones u otras transformaciones), y la obra multimedia.

b) En unión de algunos de los anteriores, el derecho exclusivo de transformación de tales obras con vistas a su utilización interactiva en producciones o en transmisiones de "multimedia" analógicas o digitales.

c) Los derechos de remuneración por la reproducción privada de las aludidas obras grabadas en fonogramas, videogramas y otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, y por la comunicación pública de obras audiovisuales, así como cualquier otro del mismo carácter reconocido en la Ley o que se reconozca en el futuro.

No obstante lo anterior, están exceptuados de la gestión de dicha Sociedad, el derecho de reproducción en forma de libro o folleto, de las mencionadas obras y el de comunicación pública de las obras literarias en explotaciones diferentes de las siguientes: comunicación en un teatro o lugar análogo o en un programa de radio o televisión, comunicación de alguna de las restantes obras en la que se haya incluido o para la que se haya adaptado la literaria, y comunicación efectuada a partir de grabaciones sonoras o audiovisuales de la obra literaria realizadas con destino a su publicación".

4. Una de las manifestaciones del derecho de explotación de la obra de los autores lo constituye la reproducción, siendo ésta, al mismo tiempo, la expresión práctica del derecho de los usuarios a la utilización de las obras.

El conjunto de obras explotadas constituye el repertorio de las entidades de gestión.

En el presente expediente el mercado de producto relevante está constituido por el derecho de reproducción de las obras del repertorio de las entidades de gestión en soportes fonográficos, actividad empresarial a la que se dedican tanto VMS como los miembros de AFYVE.

La SGAE gestiona un total de tres millones de obras que conforman su repertorio, entre musicales, teatrales, audiovisuales, coreográficas, pantomímicas, dramático musicales, ballets, películas cinematográficas, documentales y docudramas.

La SGAE, por la extensión de su repertorio, es la primera entidad de gestión de derechos de autor en España, no existiendo además entidades competidoras por la clase de derechos de propiedad intelectual que gestiona. En consecuencia, la SGAE ostenta posición de dominio en el mercado de la gestión de los derechos de reproducción del repertorio de obras.

5.

5.1. Entre el Bureau International des Sociétés Gerant les Droits d'Enregistrement et de Reproduction Mecanique (BIEM) y la International Federation of the Phonographic Industry (IFPI) se pactó en 1975 un modelo de contrato-tipo, el cual, tras ser objeto de sucesivas modificaciones y prórrogas, mantuvo su vigencia hasta el día 31 de diciembre de 1996.

5.2. Con fecha 30 de junio de 1998, se suscribió una nueva prórroga con vigencia desde el 1 de julio de 1997 al 30 de junio del 2000 (folios 615 a 620), a la que se dieron efectos retroactivos. En la primera hoja del documento BIEM/IFPI manifiestan que el contrato de 1975 había sido objeto de prórroga hasta el 30 de junio de 1997.

5.3. En desarrollo del contrato-tipo inicial entre BIEM e IFPI, la SGAE y AFYVE suscribieron en 1985 un "Contrato-tipo para la industria fonográfica", que ha sido modificado en sucesivas ocasiones en los años 1988, 1989, 1991 y 1992, y estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1996 (folios 566 a 608; 141).

5.4. A partir del 1 de enero de 1997 existe controversia entre SGAE y AFYVE en relación con la entrada en vigor en España de la prórroga suscrita con fecha 30 de junio de 1998 entre BIEM e IFPI.

5.5. A partir del 31 de diciembre de 1997 no existe contrato entre SGAE y AFYVE.

6. Las relaciones entre SGAE y los usuarios para la gestión de los derechos de autor se concretan en las siguientes modalidades de contratación:

a. "Contrato-Autorización para reproducción del repertorio y distribución de soportes" (folios 162 a 167);

b. "Contrato-tipo general para productores fonográficos" (folios 168 a 214);

c. "Contrato-tipo para la industria fonográfica" (folios 460 a 501 y 566 a 624).

Las tres modalidades tienen idéntico objeto, que es la utilización de obras del repertorio de la SGAE en la reproducción de soportes fonográficos (audio) para su venta al público para uso privado.

En la modalidad C de contratación se contemplan tipos de descuentos, deducciones, bonificaciones, etc., aplicables a los suscriptores del contrato SGAE/AFYVE que no se aplican a las dos restantes modalidades A y B.

La SGAE entiende "que estamos en presencia de condiciones nacionales de contratación, marcadas por las exigencias pactadas en el ámbito internacional entre BIEM e IFPI y están dentro de lo que es una relación contractual con una asociación de usuarios representativa del sector, en los términos del artículo 157 1.c) del TRLPI."

7. La SGAE aplica a sus socios un porcentaje de descuento en concepto de administración por la gestión de sus derechos de autor devengados distinto según sea el tipo de contrato de los productores discográficos.

DESCUENTO A LOS SOCIOS DE LA SGAE

EN CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN POR LA GESTIÓN DE SUS DERECHOS DE AUTOR

	1.7.97 a 31.12.98	1.1.99 a 36.6.00	desde 1.7.00
MODALIDAD A) Y B)	8,00%	7,57%	7,00%
MODALIDAD C)	7,21%	6,57%	6,00%

8. VMS es una empresa discográfica que no pertenecía a AFYVE en el momento de suscribir con la SGAE, en noviembre de 1997, al inicio de sus actividades, un contrato de contenido idéntico al modelo señalado.

8.1. Con la letra B (folios 143 y 144; 315 y 316; 322 a 324).

8.2. Dicha modalidad contractual era la única aplicable a la denunciante entre las que la SGAE tenía vigentes en ese momento.

8.3. VMS es miembro de AFYVE, en calidad de Socio Adherido, desde el día 27 de abril de 1999 por lo que, desde esa fecha, la SGAE le aplica las mismas condiciones contractuales que al resto de miembros de esa Asociación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Como cuestiones previas, hay que tratar, en primer lugar, la alegación que se hizo por la SGAE ante el Servicio de caducidad del expediente durante la fase de instrucción, siendo totalmente correcto para el Tribunal aplicar el artículo 100 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, que modificó la LDC en el artículo 56, al señalar que el plazo de instrucción era en ese momento de dieciocho meses, comenzando a computarse desde la incoación del expediente. En consecuencia, como el expediente fue incoado por Providencia de 28 de julio de 1999 y el Informe-Propuesta del Servicio tuvo entrada en el Tribunal el 26 de enero de 2001, procede rechazar esta alegación que, incluso, ha dejado de ser planteada por la imputada en la fase de tramitación ante el Tribunal.

Una segunda cuestión previa es la petición de SGAE de que se dé traslado del expediente a la AFYVE al objeto de que se persone en el mismo.

Tampoco esta solicitud puede aceptarse, como ya razonó el Tribunal en el Fundamento de Derecho 1 del Auto sobre Prueba y Vista, de 12 de noviembre de 2001, en el que ahora ha de ratificarse por considerar que AFYVE era libre de haber solicitado personarse como parte

en el expediente -cosa que no hizo- y que el Tribunal hubiera aceptado de haber acreditado dicha Asociación interés legítimo para ello.

En cuanto al fondo del expediente, corresponde determinar si resultan correctas las apreciaciones del Servicio según las cuales la SGAE ha infringido el artículo 6.2.d) LDC al no aplicar a la denunciante las ventajas económicas concedidas a los miembros de AFYVE, sin acreditar debidamente los motivos para ello, por la utilización del mismo repertorio de obras protegidas en la edición o producción de fonogramas para su venta al público y uso privado.

2. El artículo 114 del TRLPI define los conceptos de fonograma y de productor de fonogramas siguiendo la definición recogida en la Convención de Roma de 26 de octubre de 1961, ratificada por España el 2 de agosto de 1991:

1. "Se entiende por fonograma toda fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos.
2. Es productor de un fonograma la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa y responsabilidad se realiza por primera vez la mencionada fijación..."

Los hechos que se declaran probados figuran acreditados en el expediente al ser reconocidos por la SGAE, con las únicas excepciones, por un lado, de la alegada supuesta falta de concreción en la cuantificación económica, realizada por el Servicio en el Informe-Propuesta, de la diferencia que han de abonar las entidades no asociadas a AFYVE respecto de las que sí están y, por otro, por entender justificada tal desigualdad de trato al corresponder a una situación desigual, lo que realmente supone que la cuestión clave que se ha de dilucidar en este expediente no es fáctica, sino de valoración, en la función que tiene encomendada el Tribunal de resolver la existencia o inexistencia de una de las principales figuras del Derecho de la

competencia que es la conducta del abuso de posición dominante.

En cuanto a la concreción de la cuantificación económica de la discriminación en cuestión, hay que señalar que, desde el 1 de julio de 1997 el canon del 11% resulta reducido, por convenio IFPI/BIEM, hasta el 9,009% (11% menos 9%, en concepto de descuentos a clientes del productor, a lo que todavía hay que restar un 10% en concepto de fundas y envoltorios de los ejemplares). Para los no asociados, el canon es el 9,9% (11% menos 10%, al no contemplar la deducción de descuentos a clientes). El único concepto que realmente se discute es la cuestión de orden menor de cuándo se produjo la mencionada reducción, pues la SGAE considera corresponde al 1 de enero de 1998.

3. Pero, lo importante respecto de esta discriminación es que, tras descontar toda la serie de exenciones y bonificaciones a que tienen derecho los productores asociados - ejemplares exentos por promoción, retención por novedad, exención por campañas de anuncios en televisión y canon mínimo en pesetas por ejemplar- el mencionado escaso punto porcentual supone realmente un 37% de diferencia durante el segundo semestre de 1997 y todo el año 1998, cantidad que no ha sido negada por la denunciada, habiéndole supuesto en más a VMS 35.620.399 pts., por lo que solicita que el Tribunal ordene que se le devuelva dicho importe, así como que imponga la correspondiente novación de los contratos para todos los productores no asociados, cuestiones ambas que quedan fuera de sus competencias, dada su naturaleza de órgano de la Administración, por lo que están siendo objeto de otros procedimientos.

4. Debe examinarse ahora si esta actuación de la SGAE, llevada a cabo desde una posición dominante en el mercado, es constitutiva de una explotación abusiva de dicha posición, en el sentido del art. 6 LDC que establece en su párrafo primero:

"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 segundo 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"

Por otra parte, es doctrina consolidada en el Derecho de la competencia comunitario (caso 322/81, Michelin) y español (Resoluciones de 26 de febrero de 1999, Expte. 413/97, Airtel/Telefónica y de 8 de marzo de 2000, Expte. 456/99, Retevisión/Telefónica) que incumbe a la empresa con posición dominante una especial responsabilidad en el mantenimiento en el mercado de unas condiciones no distorsionadas de competencia. Y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha venido utilizando el criterio de que la conducta de la empresa dominante para ser legítima debe tener una "justificación objetiva".

Además, el art. 157.1.a) del TRLPI obliga a la entidad de gestión a contratar, con quien lo solicite en "condiciones razonables".

En consecuencia, en el presente expediente el Servicio considera que, si bien la SGAE tiene derecho a llegar a acuerdos con las asociaciones, lo que no cabe es, precisamente, eliminar toda posibilidad de negociación de forma unilateral, vulnerando desde una posición de dominio la LDC por no justificar las ventajas que otorga a los productores integrados en unos colectivos (AFYVE) y no a otros usuarios o con la razón de que la SGAE se limita a aplicar las exigencias pactadas internacionalmente entre BIEM e IFPI.

Además, sostiene el Servicio que no puede aceptarse la pretensión de salvar esta responsabilidad con el argumento de haber notificado al órgano competente los contratos generales celebrados con dichas asociaciones. Asimismo, la justificación que expone la SGAE para explicar la menor carga económica para los miembros de AFYVE por la supuesta diferencia existente en la tarea de control del uso de las obras protegidas y la liquidación de los pagos, no es atendible para el Servicio porque entiende que estas colaboraciones no difieren sustancialmente para las entidades pertenecientes o no a AFYVE, puesto que la participación de las productoras se impone de forma análoga (ver la Estipulación duodécima - folio 194- en relación con el Artículo XI -folio 584-).

El Tribunal entiende de lo actuado que tienen razón la denunciante y el Servicio pues el presente caso supone realmente una forzada adhesión a un contrato impuesto a la adherente, sin posibilidad alguna de modificación, para que ésta se establezca empresarialmente en notable desventaja frente a sus competidores -en cuanto a ejemplares exentos por devoluciones y por realizar promociones y publicidad- que son, precisamente, las empresas más fuertes. Por lo tanto, en opinión del Tribunal, la especial responsabilidad que incumbe a la empresa con posición dominante se deja de ejercer, precisamente, con el más débil, creándole un obstáculo al acceso a la actividad (o barrera de entrada), que podría suponer, incluso, el cierre del mercado, cuando no existía necesidad objetiva alguna de dar ese trato.

El mayor problema que se suele encontrar a la hora de decidir si se ha infringido o no el art. 6 LDC, por imponer condiciones no equitativas o desiguales que creen desventajas, una vez definido el mercado de referencia y determinada la existencia de una posición de dominio en el mismo, es la de saber cuáles deben ser esas condiciones (Resolución del Tribunal de 14 de diciembre de 1998, expediente 430/98, Onda Ramblas/AGEDI). La primera comprobación que se utiliza normalmente es la de considerar

las condiciones que existirían en situación de competencia, cuestión imposible en este caso porque se trata de un mercado en el que nunca ha existido tal situación.

A este respecto, la denunciante cita oportunamente la Resolución de este Tribunal de 27 de julio de 2000 que seguía en un caso similar la doctrina del Tribunal Supremo, expuesta en la Sentencia de 18 de diciembre de 1996, al entender que la Ley de la Propiedad Intelectual excluye la determinación de la remuneración de modo unilateral por parte de las entidades gestoras, imponiendo la negociación de las partes en condiciones razonables.

En el presente caso, el Tribunal se pregunta si resulta necesario hacer mayores comprobaciones, porque ¿fueron condiciones razonables, equitativas u objetivamente justificadas las impuestas por la SGAE? ¿Es que hizo ésta algo por tratar de entender, intentar negociar, aproximar posturas o situarse en la posición de la otra parte? La contestación es siempre la negativa más absoluta porque la SGAE rechazó, incluso, plantearse el problema.

Por lo tanto, el Tribunal considera que imponer el cobro a los productores fonográficos no integrados de un 37% más que a los pertenecientes a AFYVE por la utilización del mismo repertorio, sin justificar debidamente tan desigual trato ni haber hecho el menor esfuerzo en tratar de evitarlo, cuando no existía necesidad objetiva alguna para infligir tal discriminación, que supone una ventaja en provecho de la entidad de gestión por su posición monopolista (en la función que ejerce) y de las empresas asociadas al distorsionar las condiciones de competencia respecto de quienes se inician en el mercado relacionado de estos productos, constituye un abuso de la posición de dominio, prohibido por el art. 6 LDC.

Por todo ello, resulta acreditado que la SGAE ha utilizado su indudable posición de monopolio, como única entidad de gestión en España de los derechos de autor por la

producción y distribución de fonogramas (antes de iure y ahora de facto, pero siempre regulado, ver Resolución del Tribunal de 14 de febrero de 1991, donde se define ya en estos términos el mercado de referencia), que discrimina injustificadamente a los productores fonográficos no asociados -pero que querrían serlo y no pueden- respecto de las ventajas de que gozan los miembros de la AFYVE, no produciéndose negociación con los demás productores ni valoración económica alguna de contrario, que es la cuestión fundamental en este expediente, es decir, la posibilidad de que estuvieran justificadas diferentes condiciones en la labor de gestión de los derechos. No teniendo la SGAE competidor alguno, más bien parece que su actuación le ha permitido la explotación de un colectivo tan esencial para el funcionamiento del mercado como es el de los que inician la actividad.

5. La SGAE alega en su escrito de conclusiones, como explicación del distinto trato, la existencia de determinados ajustes aplicables a discográficas integradas en AFYVE con base en "descuentos sobre facturas que habitualmente aplica el Productor" y bonificaciones basadas no en meros caprichos sino en cumplimiento de determinados requisitos (inversiones y otros) que conducen a una cantidad que puede resultar diferente a los no miembros de AFYVE y que tienen como causa y/o consecuencia tanto el cumplimiento de dichos requisitos como tener su razón de ser en tratarse de un pacto suscrito con una asociación de usuarios, representativa de un determinado sector (el discográfico)...

Sin embargo, en la correspondencia cruzada entre las partes de este expediente, con anterioridad a la denuncia, existen distintas referencias a la explicación que da la SGAE de su razón para no negociar y que consta en la carta de ésta a la denunciante de 27 de julio de 1998 que a continuación se transcribe (folio 317 del expediente del Servicio):

Entrando en el fondo del asunto, les anunciamos que no procede aceptar la petición que nos realizan debido a la injusticia

comparativa que supondría para los otros productores fonográficos vinculados con SGAE por la firma del mismo contrato tipo general que ustedes.

Tan anticompetitiva intención no deja lugar a la menor duda sobre la plena conciencia de la SGAE del trato que estaba otorgando a quien tan sólo pedía, una vez tras otra, un poco de objetividad, que se le negaba en aras de una "justicia comparativa" que, precisamente, brilla por su ausencia en la discriminación que la SGAE practica entre miembros y no miembros de AFYVE.

6. La SGAE alega también, citando la Resolución de este Tribunal de 14 de diciembre de 1998, que el sistema de negociación colectiva previsto en el artículo 157.1.c) del TRLPI podría quedar desmantelado con la obligación de las entidades gestoras de contratar con quien lo solicite, según establece también el apartado a) del mismo artículo 157.1.

El Tribunal ha de rechazar la alegación por entender que, naturalmente, ambas vías de negociación -que la Ley sitúa en pie de igualdad- son perfectamente compatibles pues, permitir la negociación colectiva, no puede suponer que a un productor que demuestre merecer unas determinadas y razonables condiciones, no se le reconozcan por la entidad de gestión.

Finalmente, alega la SGAE que VMS presentó su solicitud de ingreso en AFYVE en marzo de 1999, coincidiendo con la fecha de la denuncia, como curiosa conducta de las "maldades" del sistema contractual SGAE/AFYVE.

El Tribunal, sin embargo, considera perfectamente consecuente la actuación de la denunciante de acceder a AFYVE cuando le fue posible y que, por otra parte, en cuanto a plantear la denuncia ante los órganos de Defensa de la Competencia, coincide con lo que, meses después, señalaría el Juzgado de 1ª Instancia nº 54 de Madrid, que estimó la demanda de la SGAE contra VMS.

7. En resumen, recordando los hechos y su valoración, hay que señalar que se ha acreditado que la SGAE ha cometido una infracción de abuso de posición dominante, incurso en el art. 6 LDC, por las siguientes razones: a) imponer el cobro, a quienes no son miembros de AFYVE, superior en un 37% al de los productores pertenecientes a la misma, por la utilización de igual repertorio; b) no justificar debidamente tan desigual trato al alegar que se debe a ajustes no caprichosos que son consecuencia de pactos realizados bien con una asociación representativa o bien internacionales entre BIEM e IFPI, cuando no se cuestionan las condiciones negociadas entre SGAE y AFYVE; c) no existir contrato entre SGAE y AFYVE desde el 31 de diciembre de 1997, del cual procede el llamado contrato-tipo, según se pactó en 1975 entre BIEM e IFPI; y d) no contratar, por tanto, con los productores discográficos no integrados "en condiciones razonables", como exige el art. 157.1.a) del TRLPI.

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

En lo referente a las multas sancionadoras, el art. 10 LDC, en relación con el art. 46.2 de la misma, faculta al Tribunal para imponer multa a los agentes económicos que deliberadamente o por negligencia infrinjan lo dispuesto, entre otros, en el art. 6 LDC. Asimismo, 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. Según dicho art. 10, la cuantía de la sanción se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta una serie de factores. En este último sentido, según reiterada jurisprudencia, la multa debe graduarse en función de las circunstancias de la violación y de la gravedad

de la infracción, que deberá efectuarse tomando en consideración, en particular, la naturaleza de las restricciones ocasionadas a la competencia.

Teniendo en cuenta dichos criterios, el Tribunal considera que el abuso de posición dominante constituye una de las modalidades más perjudiciales para el mantenimiento de la competencia en el mercado y que, además, la infracción comprobada en este expediente es particularmente grave al tratarse de un abuso de la única entidad que gestiona en España los derechos de autor por la producción y distribución de fonogramas, que es el mercado afectado, con el consiguiente encarecimiento de los ejemplares producidos por las entidades no asociadas que intentan iniciar la actividad, a lo que habría que añadir la larga duración de la infracción, aunque a la denunciante le afectó en las circunstancias de este expediente en el año y medio transcurrido desde que inició su actividad -en noviembre de 1997- hasta que fue admitida en AFYVE el 27 de abril de 1999. En cuanto a los efectos de la conducta, a mayor abundamiento, hay que añadir aquellos perjuicios directamente causados a VMS que, según consta en este expediente y se hace referencia en el Fundamento Jurídico 3 de esta Resolución, son los aproximadamente, treinta y cinco millones y medio de pesetas mencionados. Por último, no cabe apreciar reiteración en la realización de la conducta.

En consecuencia, el Tribunal ha estimado adecuado ordenar el cese de la conducta e imponer la multa de 125.000 euros a la SGAE, sanción que se sitúa muy por debajo de la máxima permitida.

9. El Tribunal considera que, por razones de ejemplaridad, hay que dar a la presente Resolución una amplia difusión. Así pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.5 de la LDC, el Tribunal debe ordenar la publicación, en el plazo de dos meses, de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en la sección de economía de dos diarios de información general, de máxima circulación nacional, a costa de la SGAE e imponiendo una multa

coercitiva de trescientos euros por cada día de retraso en la publicación.

VISTOS los preceptos citados y los demás de general aplicación, este Tribunal, por mayoría,

HA RESUELTO

Primero. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la realización de una conducta prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, por imponer el cobro a los productores fonográficos no integrados en AFYVE de cantidades notablemente más elevadas que a los pertenecientes a dicha Asociación, en la utilización del mismo repertorio para la producción de fonogramas destinados a la venta al público y uso privado, lo que deja a unos competidores en situación desventajosa respecto de los otros, sin justificar debidamente los motivos económicos para realizar dicha discriminación.

Se considera autora de dicha conducta, como abuso de la posición dominante que ocupa en el mercado de la gestión de los derechos de autor, a la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE).

Segundo. Intimar a la citada SGAE para que cese en la realización de la conducta declarada prohibida y para que en lo sucesivo se abstenga de repetirla.

Tercero. Imponer a la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) una multa de ciento veinticinco mil euros.

Cuarto. Ordenar la publicación, en el plazo de dos meses, de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en la sección de economía de dos diarios de información general, de máxima circulación nacional, a costa de la Sociedad General de Autores y Editores e imponiendo, en caso de incumplimiento, una multa coercitiva de trescientos euros por cada día de retraso en la publicación.

Quinto. La justificación del cumplimiento de lo ordenado en los apartados anteriores deberá hacerse ante el Servicio de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber a éstos que contra la misma 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.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA VOCAL Dña. Ma. JESÚS MURIEL ALONSO Y AL QUE SE ADHIERE EL VOCAL D. JOSÉ JUAN FRANCH MENÉU

Frente a la opinión mayoritaria de los miembros de este Tribunal estimo que la solución dada en esta Resolución no es correcta en la aplicación de la LDC, habida cuenta de que, a mi juicio, carece de base suficiente la sanción impuesta a la Sociedad General de Autores y Editores por las siguientes razones:

En primer término, es preciso poner de manifiesto que, si bien es cierto que el artículo 6 de la LDC considera como "abuso" por parte de la empresa que ostenta una posición de dominio en el mercado, "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", no lo es menos que, como se ve, tal infracción exige una situación de "equivalencia" entre los diversos operadores que contratan con quien ostenta la posición de dominio y, en el presente caso, si bien no se discute que la expedientada ostenta dicha posición de dominio, lejos de darse esa equivalencia, nos encontramos ante un operador individual, como es la denunciante, Vale Music Spain S.L., frente a unos usuarios integrados en una Asociación, a los que se dispensa el supuesto trato de favor ilícito, la Asociación de Productores de Fonogramas y Videogramas de

España (AFYVE), por lo que no se puede hablar de "discriminación" o de igualdad de situaciones a las que se dispensa trato desigual, como exigiría la comisión de la infracción aplicada en esta Resolución, y ello siguiendo la línea que el Tribunal Constitucional, en aplicación del artículo 14 de la C.E, ha establecido, declarando, (entre otras, SSTC 22/1981, 2 de julio, 34/1981, 10 de noviembre, 7/1982, de 26 de febrero) que "la mera diferencia de trato no es en sí misma discriminatoria, debiéndose probar que la desigualdad de trato carece de fundamento alguno tanto legal como racional". Criterios que han sido reiterados por el Tribunal Supremo (STS 18 de julio de 1994), señalando que "sólo puede aducirse que el principio de igualdad ha sido violado, cuando, dándose los requisitos previos de una igualdad de situaciones entre sujetos afectados por la norma, se produce un tratamiento diferenciado de los mismos en razón a una conducta arbitraria o injustificada".

En segundo término, es preciso recordar la doctrina de nuestro más alto Tribunal, (STS 18 de diciembre de 1996), que alude tan sólo, en supuestos semejantes, a la necesidad de una negociación razonable para el establecimiento de los precios por parte de quien ostenta la posición de dominio en el mercado, lo que aquí, al parecer se ha producido, no sólo porque su ausencia no ha sido ni siquiera alegada por la denunciante, sino, incluso, porque es de todo punto razonable el que a una Asociación, constituida por una pluralidad de usuarios (en el caso presente, representativa del 80% del sector), se le conceda un trato diferente y más razonable que a uno sólo de los usuarios aislado y con el lógico menor volumen de negocio.

Pero, es que, además, la propia Ley 22/1987, de Propiedad Intelectual, tras la modificación sufrida por el RD 1/1996, por el que se aprueba su texto refundido, en su artículo 157 permite expresamente a las entidades de gestión el establecimiento de ventajas sobre las tarifas establecidas para cuando se trate de una Asociación de usuarios, pues no cabe otra interpretación a la vista de la

propia redacción y clasificación del precepto cuando prevé tres supuestos: 1) la contratación con quien individualmente lo solicite, 2) las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa y, 3) las asociaciones de usuarios que sean representativas del sector correspondiente, concediendo, por tanto, la Ley, una especial protección a la negociación colectiva, siendo significativo que, como consta en el expediente, el propio M[?] de Educación y Cultura, mediante certificación de 16 de septiembre de 1999, en interpretación de dicho precepto, señala la posibilidad de descuentos y bonificaciones cuando se trata de asociaciones que sean representativas del sector.

Finalmente, es conveniente precisar que la propia denunciante, VMS, pudo alegar la infracción a que ahora apela en el momento de contratar con la SGAE, lo que no sólo no hizo, sino que suscribió voluntariamente el correspondiente contrato, el 10 de noviembre de 1997, para, posteriormente, incumplir las obligaciones que de él se derivaban y sólo entonces acudir a la formulación de la denuncia que ha dado origen a este expediente, después de que la hoy expedientada tuviese que acudir a la vía jurisdiccional donde, según consta en las actuaciones, se rechazaron las pretensiones de la hoy denunciante no admitiéndose que se estuviera ante un contrato de adhesión (Sentencia del Juzgado de 1[?] Instancia n[?] 54 de los de Madrid, de 9 de diciembre de 1999), no dejando de ser significativo que, en la actualidad, la propia denunciante forma parte de la Asociación de usuarios de referencia y que, por consiguiente, es beneficiaria de las especialidades que los miembros de ésta disfrutan.

Por todas las consideraciones expuestas, considero, a diferencia de lo sustentado por la mayoría, que no se dan los elementos que describe el precepto que se dice infringido, existiendo una justificación objetiva y razonable que explica la actuación de la hoy expedientada, sin que se pueda afirmar que su conducta sea arbitraria y abusiva.

Consecuentemente, en mi opinión, procedería declarar que no ha resultado acreditada en este expediente la existencia de

prácticas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia.