

Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia

(Expte. A 282/00 Distribución selectiva de Perfumes Loewe)

■ En Madrid, a 18 de julio de 2000

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Excelentísimo Señor Don Luis Martínez Arévalo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente A 282/00 (2157/00 del Servicio de Defensa de la Competencia), de solicitud de una autorización singular, presentada por Perfumes Loewe para un contrato-tipo de distribución selectiva para los productos de la marca Loewe en el mercado español.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El día 11 de mayo de 2000 tuvo entrada en la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia escrito firmado por Don Ramón Solé Capdevila, en representación de Perfumes Loewe, formulando solicitud de autorización singular para un contrato-tipo de distribución selectiva de los perfumes de la marca en el mercado español.

2. Mediante Providencia del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de fecha 12 de mayo de 2000, se acordó la admisión a trámite de la solicitud y la incoación de expediente de autorización.

Asimismo, a los efectos del trámite de información pública a que se refiere el artículo 38.3 de la LDC y el artículo 5 del Real Decreto 157/1992, se publicó un aviso en el BOE, número 123, de 23 de mayo de 2000, sin que como consecuencia de ese trámite se produjeran comparecencias o alegaciones por parte de terceros.

Con fecha 17 de mayo de 2000, se solicitó al Instituto Nacional de Consumo el informe del Consejo de Consumidores y Usuarios previsto en el artículo 38.4 de la LDC.

3. El 9 de junio de 2000 el Servicio emitió un informe en el que consideraba que el contrato-tipo objeto de solicitud singular era susceptible de autorización al amparo del artículo 3.1 de la LDC, por un plazo no superior a cinco años.

4. Recibido el expediente en el Tribunal, el 12 de junio de 2000 se dictó Providencia admitiéndolo a trámite y designando Ponente al Vocal Señor Martínez Arévalo.

5. El Pleno del Tribunal, en su sesión del día 11 de julio de 2000, deliberó y falló este expediente, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.

6. Se considera interesado a Perfumes Loewe.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente procedimiento tiene por objeto resolver sobre una solicitud de autorización singular para un modelo de contrato de distribución selectiva. Como es sabido, este sistema de distribución restringe tanto el número de distribuidores autorizados como las posibilidades de reventa y debe su denominación a que los distribuidores son seleccionados sobre la base de ciertos criterios, como es su capacidad para promocionar una cierta imagen de marca. Los contratos de distribución selectiva normalmente se basan en un compromiso recíproco de las partes: por una parte, el fabricante se compromete a abastecer únicamente a

revendedores que reúnan una serie de requisitos profesionales o técnicos y los distribuidores autorizados, por otra, se comprometen a no vender o adquirir los productos a mayoristas o minoristas no integrados en la red.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal (mantenida, entre otras, en la Resolución de 13 de mayo de 1998 en relación con los relojes de las marcas Rado y Tissot), un sistema de distribución selectiva no supone una práctica incurra en el artículo 1 LDC si cumple tres condiciones o principios en cuanto a la selección de revendedores, no existiendo restricciones adicionales. Dichos principios son:

1. Principio de necesidad: los criterios objetivos aplicados han de ser de carácter únicamente cualitativo y responder a la naturaleza de los productos de que se trate para conseguir una adecuada distribución.

2. Principio de proporcionalidad: no se pueden imponer exigencias desproporcionadas en relación al objetivo perseguido, que no es otro que el de lograr un comercio especializado eficiente y que garantice la venta de los productos en condiciones óptimas.

3. Principio de no discriminación: los criterios de selección han de aplicarse sin discriminaciones y de igual modo para todos los revendedores.

Ahora bien, si un sistema de distribución selectiva obliga a los revendedores, además de a cumplir los criterios de selección basados en los principios señalados, a someterse a otro tipo de restricciones a la competencia, queda sometido a la prohibición del artículo 1 LDC, siendo necesario analizar, caso a caso, si es merecedor de una autorización singular al amparo del artículo 4 LDC, en los supuestos y con los requisitos previstos en el artículo 3 LDC.

Esta doctrina del Tribunal, que se encuentra en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Sentencias Vichy, de 27 de febrero de 1992, as. T-19/91; Yves Saint Laurent Parfums, de 12 de diciembre de 1996, as. T-19/92) y que ha dado lugar a la publicación del Reglamento de la Comisión relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, debe ser seguida en la presente Resolución para el contrato de distribución cuya autorización se solicita.

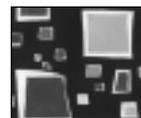
Segundo. En cuanto a la aplicación de estos principios al caso que se analiza, respecto, ha de indicarse que el Servicio manifiesta:

«6. En el Contrato de Distribuidor Autorizado, remitido por PERFUMES LOEWE, S.A. (folios 18-27) y en las Condiciones Generales de Venta (folios 29-38) se cumplen los tres principios aludidos anteriormente en cuanto a la selección de revendedores.

- Los distribuidores autorizados son seleccionados en base a criterios de carácter objetivo relativos a la cualificación profesional de su personal y de sus instalaciones (Condiciones Generales. Capítulo I).

- Dichos criterios son fijados de manera uniforme frente a todos los revendedores potenciales, siendo adecuados para el objetivo perseguido y sin que exista discriminación.

7. No obstante, en el presente contrato, se establecen restricciones adicionales diferentes de los "principios" anteriormente



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

reseñados que, en su día el TDC en su Resolución de 14 de octubre del 1997 consideró que por su carácter restrictivo, podían entrar en las prohibiciones del artículo 1 LDC y requerían, por tanto, su autorización. En concreto, el contrato-tipo contienen obligaciones para los distribuidores autorizados que se refieren fundamentalmente a:

- Realizar un volumen mínimo de compras anuales en el punto de venta (Capítulo II.11).
- Tener en todo momento un stock mínimo por punto de venta (Capítulo II.6).
- Garantizar una rotación anual del stock (Capítulo II.6).
- Cooperación publicitaria y promocional (Capítulo II.10).

En relación con estas condiciones adicionales, ese Tribunal, en el expediente 380/96 (Perfumería), manifestó acerca de cláusulas similares que: **permite ... concentrar la distribución en los puntos de venta más competitivos, con lo que se consigue racionalizar los costes de distribución y los apoyos a los detallistas autorizados. Así, éstos contribuirán activamente a revalorizar la marca mediante un mayor servicio al consumidor, por lo que contribuye a aumentar la eficiencia en la distribución. Por otra parte, dicho volumen mínimo de compras tiene un límite superior que puede considerarse razonable, por lo que no restringe excesivamente la libertad del detallista autorizados de vender o promocionar marcas de la competencia ... b) El mantenimiento de un stock mínimo por punto de ventas supone que los consumidores siempre pueden encontrar en cada uno de ellos una amplia gama de los productos comercializados ... con lo que se facilita su compra. C) El garantizar una rotación anual del stock (con la aplicación de un coeficiente de rotación mínima de dos), además de ser en ciertos casos necesarios para disponer de aquellos productos que se cambian con relativa rapidez para seguir las tendencias de la moda, facilita el que los productos se vendan en perfecto estado de conservación. D) Las obligaciones en materia de cooperación publicitaria y promocional, suponen compromisos genéricos con las marcas comercializadas ..., y posibilitan el coordinar los gastos promocionales del licenciario y de los detallistas autorizados, en beneficio de ambos, además de permitir una mejor planificación de las campañas publicitarias.»**

Tercero. El Tribunal considera correctas las conclusiones del Servicio. En efecto, los criterios relativos a las características del personal y de las instalaciones afectos a las tareas de comercialización del producto, que se especifican en el capítulo I de las condiciones generales, pueden ser considerados objetivos, no discriminatorios y adecuados a los fines de valorización del producto que se pretende lograr. En cuanto a las obligaciones adicionales relativas al volumen mínimo de operaciones por punto de venta, el mantenimiento de un nivel mínimo de existencias, la garantía de una rotación anual de éstas y la colaboración en la promoción del producto, constituyen elementos ya habituales en la distribución de perfumería de lujo que el Tribunal ha considerado aceptables en el pasado (en particular en las Resoluciones a los Expedientes A 255/98, de 11 de mayo de 1999, Contrato tipo Clarins, y Expediente A 341/93, de 29 de julio de 1999, Distribución Cosmeparf).

En consecuencia, el Tribunal considera que el contrato-tipo de distribución selectiva de los Perfumes Loewe reúne todos los requisitos exigidos en el artículo 3.1 LDC y puede beneficiarse de una autorización individual, habida cuenta de que contribuye a mejorar su comercialización, permite a los consumidores participar de las ventajas del sistema, no impone restricciones innecesarias y no consiente la eliminación sustancial de la competencia en el mercado.

Por todo ello, vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal, de acuerdo con el Servicio

RESUELVE

Primero. Conceder una autorización singular para el contrato-tipo de distribución selectiva de los productos de perfumería de la marca Loewe en el mercado español solicitada por Perfumes Loewe España, contrato que figura junto con el escrito presentado en el Servicio el 11 de mayo de 2000.

Dicha autorización se concede por cinco años desde la fecha de esta Resolución, quedando sujeta la misma al régimen general del artículo 4 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

Segundo. Dar traslado al Servicio de Defensa de la Competencia para su inscripción en el Registro de Defensa de la Competencia de copia del contrato-tipo que se autoriza, interesando que vigile el cumplimiento de lo dispuesto en esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese al interesado haciéndole saber que contra aquélla no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución. ■

(Expte. 467/99 Arquitectos Madrid 3)

■ En Madrid, a 18 de julio de 2000

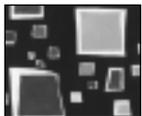
El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición arriba expresada y siendo Ponente el Vocal Don Luis Martínez Arévalo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 467/99 (1913/98 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante el Servicio), iniciada como consecuencia de la denuncia de la Asociación de Promotores Inmobiliarios de Madrid (en adelante, ASPRIMA) contra el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid (en adelante, COAM), por supuesta conducta prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), consistentes en el acuerdo en virtud del cual se decide el estampillado de un texto de advertencia en ciertos proyectos que son sometidos a visado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. ASPRIMA denunció ante el Servicio que el Colegio de Arquitectos de Madrid había difundido entre sus colegiados un documento en el que se reflejan los «Costes de referencia de la edificación en Municipios de la Comunidad de Madrid para visados en el COAM de trabajos profesionales que incluyan presupuestos de Obra» y había acordado que aquellos proyectos de obra, cuyo presupuesto fuese inferior al resultante de aplicar los costes de referencia, se les estamparía un sello, junto al visado colegial, en el que se haría constar que tal presupuesto no es congruente con las obras a que se refiere el citado proyecto.

2. En el Pliego de Concreción de Hechos, de 16 de abril de 1999, el Servicio considera acreditados los siguientes hechos:

«1) La Dirección General de Arquitectura y Vivienda de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comunidad de Madrid ha elaborado, a efectos estadísticos, un «Método de determinación de costes de referencia de edificación», cuyo Anexo I comprende una relación exhaustiva del coste de ejecución material por m² construido según los distintos tipos de edificaciones y el Anexo II un plano de la comunidad de Madrid dividido en tres áreas en función del nivel socioeconómico».



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

co de las mismas. Estos costes de referencia son unos intervalos de valores medios del precio de ejecución material y tienen carácter orientativo.

2) Tomando como base este documento, la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid ha adoptado un Acuerdo que se transcribe a continuación:

Primero.

Aplicar en la tramitación del visado a trabajos profesionales de los colegiados que incluyan presupuestos de obras los "costes de referencia de la edificación en Municipios de la Comunidad de Madrid", realizado por la Dirección General de Arquitectura y Vivienda de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte de la citada Comunidad.

Segundo.

El visado colegial será concedido a los expresados trabajos profesionales con independencia de que cuando el presupuesto de obra sea notoriamente inferior al resultante de la aplicación, en cada caso, de los precitados "costes de referencia", se estampará, asimismo, un sello con el siguiente tenor literal:

"Se hace constar que el presupuesto no es congruente con las obras a que se refiere el presente trabajo profesional, por aplicación de los 'costes de referencia de la edificación en Municipios de la Comunidad de Madrid' de la Dirección General de Arquitectura y Vivienda de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comunidad de Madrid".

Además en los apartados tercero y cuarto, se señala que la concesión del visado lo será sin perjuicio del posible ejercicio por la Junta de Gobierno de las acciones pertinentes contra los autores de los trabajos profesionales de referencia, por actos de competencia desleal.

3) Los expresados costes de referencia se aplicarán a efectos de visado desde el 1 de Junio de 1998 y constituyen un precio mínimo de referencia para el cálculo del Presupuesto de Ejecución Material, siendo este Presupuesto el que sirve de base para calcular los honorarios de los Arquitectos mediante la aplicación de los coeficientes correspondientes».

3. Concluida la investigación, el Servicio, en el Informe Propuesta de 27 de agosto de 1999, propuso:

«Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una práctica prohibida por el artículo 1.1 a) de la LDC consistente en estampar, junto al visado, un sello que señala que el presupuesto presentado no es congruente con la obra a realizar, en aquellos proyectos cuyo presupuesto sea inferior al que resultaría de aplicar la tabla de "costes de referencia" elaborada por la Comunidad de Madrid, imputable al COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS DE MADRID».

4. Recibido el expediente en el Tribunal, el 1 de septiembre de 1999, se acordó, por Providencia de 7 de septiembre de 1999, de acuerdo con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 16/1989, admitir a trámite el expediente y ponerlo de manifiesto a los interesados para que pudieran solicitar la celebración de vista y proponer las pruebas que estimaran necesarias.

5. Mediante Auto de fecha 2 de marzo de 2000, el Tribunal resolvió sobre las pruebas propuestas, acordando la práctica de las que se estimaron procedentes y no considerando necesaria la celebración de vista, por lo que fue sustituida por el trámite de conclusiones.

6. Practicadas las pruebas correspondientes y puestas de manifiesto a los interesados para que efectuasen las alegaciones y conclusiones, los interesados formularon las siguientes alegaciones:

ASPRIMA alega:

— que la actuación del COAM constituye una práctica contraria al artículo 1 LDC.

— que dicha práctica resulta «particularmente reprochable cuando la Ley 7/1997, de 14 de abril, la cual modifica en su artículo quinto la Ley 2/1974, de 13 de febrero, reguladora de los Colegios Profesionales, ha venido a liberalizar el régimen de honorarios de estos profesionales, disponiendo que el visado no comprenderá los honorarios ni las demás condiciones contractuales cuya determinación se deja al libre acuerdo de las partes».

— que dicha práctica «genera una desconfianza del consumidor o profesional que contrata los servicios del arquitecto respecto al producto que éste le ofrece, por lo que los arquitectos, con el fin de evitar que sus proyectos presentados para visado sean reprochados por incongruentes, intentarán adecuar sus proyectos a los costes de referencia que aplica el COAM desde el día 1 de junio de 1998».

El COAM alega:

— que el cuadro de costes de referencia fue aprobado por la Comunidad de Madrid sin que el COAM interviniera en ningún momento en su elaboración.

— que el estampillado nunca conlleva la denegación del visado.

— que «la función pública de visado del proyecto de obra, atribuida a los Colegios de Arquitectos, incluye la comprobación de la veracidad y congruencia del presupuesto».

— que «el COAM necesita disponer de un cuadro de costes de referencia para poder ejercer correctamente la función pública de control de la veracidad y congruencia de los presupuestos de obra».

— que «el cuadro de costes de referencia no influye en la determinación de la cuantía del presupuesto de obra, ni impide el visado del mismo, por lo que no restringe la competencia».

7. El Tribunal deliberó y falló en su sesión plenaria de 27 de junio de 2000, encargando la redacción de la presente Resolución al Vocal Ponente.

8. Son interesados:

- Asociación de Promotores Inmobiliarios de Madrid
- Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid.

HECHOS PROBADOS

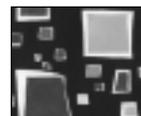
El Tribunal considera probados los siguientes hechos:

1. Que el COAM decidió estampillar los proyectos sometidos a visado cuando el presupuesto fuera notoriamente inferior a los mencionados «costes de referencia» con el texto que aparece mencionado en el AH 2.2. segundo.

2. Que, al menos, 152 proyectos han sido afectados por dicha estampilla.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Se ha de dilucidar si el acuerdo por el que se decide estampillar los proyectos que se someten al COAM para su visado, con el texto que aparece en el AH 2, constituye una práctica contraria al artículo 1 de la LDC.



**SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA**

La realidad del estampillado, así como el hecho de que no conlleva la denegación del visado, constituyen aspectos que no han sido objeto de controversia en el expediente. El problema que debe analizarse es, pues, el de establecer la existencia o no de una relación causa-efecto del tipo de las señaladas en el artículo 1 de la LDC; en concreto, se trata de determinar si el estampillado *produce o puede producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional*, con independencia del hecho de que el visado al que se incorpora no sea denegado.

2. El COAM, en su escrito *Informe sobre el efecto de los «costes de referencia» aprobados por la Consejería de Obras Públicas de la Comunidad Autónoma de Madrid en la determinación de los presupuestos de obra presentados por los arquitectos al COAM para su visado*, aportado como prueba al expediente, aduce un primer argumento consistente en señalar que, dado que el COAM se encuentra obligado por Ley a contrastar la adecuación del presupuesto a la realidad de la obra, necesita un instrumento objetivo para realizar dicha función y que, dado que en su día el Tribunal prohibió el uso de baremos elaborados por el propio COAM, debe utilizar unos datos elaborados por terceros por lo que ha decidido utilizar el cuadro de costes recopilado por la Comunidad Autónoma de Madrid. En otro momento el COAM arguye que se encuentra obligado por Ley a controlar la adecuación del Presupuesto de obra a la realidad del mercado, que el cuadro de costes de referencia es necesario para realizar correctamente la función de visado y que la alerta emitida al público mediante la advertencia estampillada *es lo mínimo que el COAM entiende que debe hacer para poder desempeñar correctamente la función de control o comprobación que la Ley exige que realice*.

La argumentación del párrafo anterior contiene varios elementos que el Tribunal considera que no son enteramente correctos. En primer lugar, las disposiciones legales citadas por el COAM, tras la nueva redacción del artículo 5.b. de la Ley de Colegios Profesionales (LCP), establecida por la Ley 7/1997, de 14 de abril, no obligan al Colegio a controlar la adecuación del Presupuesto de obra a la realidad del mercado, sino que establecen taxativamente que los honorarios y las demás condiciones contractuales entre el arquitecto y quien le encarga el proyecto quedan *sometidas al libre acuerdo de las partes* (artículo 5 Ley 7/1997). En segundo lugar, si la misión-obligación del COAM fuera la de controlar la adecuación del Presupuesto de obra a la realidad del mercado, que no lo es, no se comprendería la función de una advertencia puramente indicativa, y no una negativa pura y simple a visar el proyecto. El hecho de que el COAM no opte por esa negativa muestra que, hoy por hoy, tras la publicación de la citada Ley 7/1997 y las Resoluciones de este Tribunal de 5 de junio de 1997 (Expediente 372/96, Arquitectos de Madrid), es un hecho reconocido que tal misión no es la propia del Colegio.

En otro momento, el COAM alude a la obligación de ordenar el ejercicio de la profesión que se deduce del artículo 1.2 de la Ley de Colegios Profesionales, ordenación que este Tribunal entiende que, tras la mencionada reforma de 1997, no incluye los honorarios que puedan cargar los arquitectos a sus clientes. El COAM aduce también diversas normas de carácter fiscal, y en particular la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, como elementos que justifican una supuesta obligación de velar por la veracidad de las bases imponibles declaradas en distintas figuras impositivas. Tal pretensión debe rechazarse de plano ya que la simple lectura de los textos citados pone de relieve su tenue relación con el caso que se analiza.

Desmontada así la premisa principal de que el COAM tiene algún tipo de obligación de velar por una supuesta congruencia de los presupuestos con las condiciones de mercado, no se sostiene el argumento de que la advertencia inherente al estampillado sea una consecuencia ineludible de las obligaciones impuestas por la Ley a dicho colectivo.

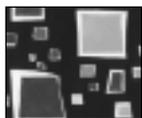
3. Otro de los argumentos esgrimidos por el COAM es el de que el cuadro de costes de referencia no pretende, ni puede pretender, fijar los honorarios de los arquitectos, ni la cuota colegial por la tramitación de visados. Frente a este argumento debe señalarse, en primer lugar, que, aunque la intencionalidad constituye un elemento esencial de algunas de las conductas prohibidas por el artículo 1 LDC, no lo es de todas ellas. El tenor literal del texto y su interpretación generalizada por los órganos de defensa de la competencia llevan a entender que, mediante el empleo de las palabras *produzcan o puedan producir*, la Ley hace referencia a nexos de carácter objetivo que puedan establecerse, con independencia de la voluntad de los sujetos, entre la acción y sus consecuencias. Esos nexos pueden haberse observado en la práctica, en cuyo caso es aplicable la primera de las expresiones en cursiva, o postularse de forma hipotética, con un grado razonable de probabilidad, en cuyo caso es de aplicación la segunda de las expresiones. Por tanto el argumento del COAM respecto a la falta de intencionalidad del Colegio de que el cuadro de *costes de referencia* sea utilizado para fijar los honorarios de los arquitectos es irrelevante.

Tampoco son estrictamente relevantes al caso los argumentos relativos a los efectos que puedan derivarse de la existencia del cuadro de «costes de referencia». En la mencionada Resolución de 5 de junio de 1997, el Tribunal ha formulado objeciones a algunos de los cuadros que utilizaba el COAM; no obstante, y con independencia de que tales objeciones siguen siendo válidas, lo que se analiza en el presente caso no son los efectos de la existencia de dicho cuadro, sino los del estampillado de la advertencia.

4. Rechazados los argumentos básicos de que el COAM actúa dentro de sus atribuciones legales al estampillar la advertencia objeto del expediente y de que no pretende afectar a la fijación de los honorarios profesionales, falta por analizar si esa acción es susceptible de impedir, restringir o falsear la competencia en los términos que establece el artículo 1 LDC. Puesto que el estampillado produce una mera advertencia, que no entraña ulterior actuación por parte del Colegio, el análisis debe centrarse en si esa advertencia es susceptible de causar algún efecto en el ánimo de quienes tienen conocimiento de ella y, en consecuencia, en el funcionamiento del mercado.

5. Para juzgar esos extremos es necesario remontarse a las condiciones en que históricamente se han desarrollado las actividades profesionales relacionadas con la arquitectura. Tradicionalmente, los honorarios de los servicios prestados por los arquitectos han estado sometidos a un fuerte grado de regulación. En concreto, el Decreto 2512/1977, de 17 de junio, sobre Tarifas de Honorarios de los Arquitectos realizaba una cuidadosa clasificación de los diferentes tipos de actuación profesional y establecía las tarifas aplicables, o la fórmula aplicable para calcularlas, en cada uno de esos casos. Dicho Decreto estuvo vigente hasta la Ley 7/1997, de 14 de abril, de Medidas Liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales, que lo derogaba explícitamente, excepto en lo relacionado con sus aspectos no económicos. La Ley 7/1997 tenía como características fundamentales, expresadas en su Exposición de Motivos, el «Reconocer la sujeción del ejercicio de las profesiones colegiadas al régimen de libre competencia y el eliminar la potestad de los Colegios profesionales para fijar honorarios mínimos».

Con el trasfondo histórico de una regulación restrictiva todavía cercana en el tiempo, el Tribunal entiende que el texto de la advertencia es susceptible de crear dudas en el ánimo de quienes lo leen respecto a la posibilidad de que exista alguna anomalía en el proyecto en que se estampilla y que, en este sentido, es correcta la alegación de ASPRIMA de que *genera desconfianza para el consumidor*. El texto advierte en el propio documento sometido a visado de que existe una falta de congruencia, expresión que tiene un marcado sentido peyorativo, entre los aspectos financieros (*el presupuesto*) y el resto de los elementos del proyecto (*las obras a que se refiere el presente trabajo profesional*), advertencia que, al



emanar de un organismo que se titula Colegio Oficial de Arquitectos, y al que, como bien señala el propio COAM en el Informe sobre los Efectos o Repercusión de los Costes de Referencia, se encomienda la importante función de verificar que el Proyecto de Obras se ajusta a la normativa vigente, no puede menos de suscitar cierta inquietud en el ánimo de quien lo lee. Esa inquietud puede llevar a que quien encarga el proyecto desista de los servicios del arquitecto que lo elabora, por lo que la advertencia del COAM puede actuar como un freno al descenso de los presupuestos y, por tanto, de los precios de los servicios profesionales incorporados a ellos. De esta forma, la advertencia analizada puede restringir y falsear la competencia por la vía de los precios entre los profesionales de la arquitectura y constituye una práctica que puede tener el efecto restrictivo de la competencia al que se refiere el artículo 1 LDC.

6. Por todo ello, el Tribunal estima que el COAM ha infringido la prohibición del artículo 1 LDC al llegar a un acuerdo que puede producir el efecto de restringir la competencia y que, de acuerdo con el artículo 10.1 LDC, procede la imposición de una sanción. El acuerdo que se considera contrario al artículo 1 LDC consiste en la decisión, llevada después a la práctica, de estampillar ciertos proyectos con el texto mencionado en el AH 2.

7. Al fijar la cuantía de la multa, que según el artículo 10.1 LDC puede elevarse a 150 millones de pesetas, el artículo 10.2 LDC estipula que el Tribunal deberá atender, entre otros criterios, a:

a) *La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia.*

b) *La dimensión del mercado afectado.*

...

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.*

...

f) *La reiteración en la realización de las conductas prohibidas».*

En dos expedientes recientes el Tribunal ha sancionado al COAM por prácticas contrarias a la LDC. En la Resolución de 19 de noviembre de 1999, al Expediente 446/98, el Tribunal declaró acreditada la realización de una práctica restrictiva «consistente en la negativa del visado a un encargo profesional en tanto no se afianzara el pago de los honorarios discutidos con un profesional anterior y se ajustara el valor por m² del proyecto de obra al resultante de aplicar los módulos colegiales, condicionando el visado a la aceptación del criterio impuesto por el propio Colegio» e impuso al COAM una multa de 9 millones de pesetas. En la Resolución de 5 de junio de 1997, al Expediente 372/96, el Tribunal declaró acreditada «la realización de una práctica restrictiva de la competencia, prohibida por el apartado 1.1.a) de la Ley 16/1989, consistente en fijar de forma directa el importe del presupuesto de una obra proyectada por un colegiado, dictando incluso el precio por metro cuadrado, y condicionando el visado del proyecto a la aceptación del criterio impuesto por el propio Colegio» e impuso al COAM una multa de 12 millones de pesetas.

En relación con esos expedientes debe señalarse que el mercado afectado es el mismo: la actividad de construcción en la Comunidad de Madrid (donde dicha actividad tiene un peso económico de primera importancia). En cuanto a la gravedad de la infracción, y atendiendo al apartado d) del citado artículo 10.2 LDC, debe mencionarse que, aunque el nexo causal entre la acción sanciona-

da y el efecto restrictivo de la competencia resulta menos directo en el presente expediente, la modalidad de la restricción de la competencia que se sanciona en el caso presente es más amplia, ya que se trata de una restricción de carácter general, frente a las actuaciones concretas a las que hacían referencia los dos expedientes mencionados. Finalmente, atendiendo al apartado f) del artículo 10.2 LDC, el Tribunal ha tenido en consideración el hecho de que el COAM ha incurrido en prácticas contrarias a la competencia en dos ocasiones en un período breve de tiempo.

Por todo ello, el Tribunal

RESUELVE

1. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la realización de una práctica restrictiva de la competencia, prohibida por el apartado 1.1.a) de la Ley 16/1989, consistente en la adopción de un acuerdo, y su ulterior puesta en práctica, por el que se decidía estampillar los proyectos sometidos al visado del Colegio cuyo presupuesto de obra fuera notoriamente inferior al resultante de la aplicación, en cada caso, de los «Costes de referencia de la edificación en Municipios de la Comunidad de Madrid». La estampilla contenía el siguiente texto: «Se hace constar que el presupuesto no es congruente con las obras a que se refiere el presente trabajo profesional, por aplicación de los "costes de referencia de la edificación en Municipios de la Comunidad de Madrid" de la Dirección General de Arquitectura y Vivienda de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comunidad de Madrid».

Se considera autor de dicha práctica restrictiva de la competencia al Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid.

2. Intimar al autor para que cese inmediatamente en la realización de la práctica, y para que en lo sucesivo se abstenga de adoptar decisiones semejantes a la anterior.

3. Imponer al Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid una multa de 25 millones de pesetas.

4. Ordenar la publicación, en el plazo de un mes, de la parte dispositiva de esta Resolución en el *Boletín Oficial del Estado* y en la sección de economía de dos de los diarios de ámbito nacional que se publican en Madrid, a costa del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid.

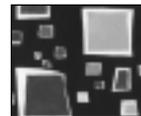
5. Comunicar el contenido de esta Resolución a todos sus afiliados.

6. El cumplimiento de lo ordenado en los apartados tercero y cuarto de esta Resolución deberá justificarse 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 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 la notificación de esta Resolución. ■

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA VOCAL Doña M.ª JESUS MURIEL ALONSO Y AL QUE SE ADHIERE EL VOCAL DON JAVIER HUERTA TROLEZ A LA RESOLUCION RECAIDA EN EL EXPEDIENTE 467/99

Desde el profundo respeto que me merece el criterio mayoritario de los restantes Vocales, recogido en el texto del Acuerdo al que este Voto Particular se une, he de manifestar mi discrepancia que se centra fundamentalmente en lo establecido en los Fundamentos Jurídicos 3, 4 y 5 de la Resolución de la mayoría de este Tribunal, con base en los siguientes argumentos:



**SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA**

PRIMERO. Coincido con el Acuerdo en lo referente a la indiscutibilidad de los Hechos Probados, que le sirven de fundamento, y que, efectivamente, no son objeto de discusión, por admitidos, en este Expediente.

No obstante, a mi juicio, la conclusión adecuada, tras su examen y a la vista de las normas aplicables al caso, no puede ser otra que la del Archivo de las actuaciones, sin que haya lugar ni, al menos, sea procedente sanción alguna contra el COAM. Y ello por lo siguiente:

a) no debe olvidarse, en primer lugar y con carácter general, que nos hallamos en el ámbito del Derecho sancionador y que, por tanto, resultan de obligado y estricto cumplimiento todos los principios rectores de semejante actuación administrativa, entre los que ocupan lugar destacado algunos axiomas tales como el del respeto a la legalidad, necesaria tipicidad de la infracción, imposibilidad de aplicación de interpretaciones analógicas o extensivas, presencia de culpabilidad en la conducta del infractor, etcétera. En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia pudiéndose citar, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de febrero de 2000, que resolviendo sobre un asunto de competencia expresamente señala *«para que una determinada acción u omisión pueda ser objeto de sanción es necesario que sea típica, antijurídica y culpable...»*.

b) el precepto aplicado es el artículo 1.1 de la L. 16/1989, cuando prohíbe, con significativa amplitud el acuerdo, decisión, etcétera «... que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia...». Por consiguiente, nuestra tarea no es otra que la de examinar y determinar, primeramente, si la conducta del COAM, estampillando como incongruente con los «costes de referencia de la edificación» fijados por la CAM, el presupuesto de los proyectos profesionales que incurren en esa circunstancia, es constitutiva de la infracción ya descrita. Y no, como parece ser punto de partida del Acuerdo mayoritario, invertir el examen lógico, propio de una Resolución sancionadora, comenzando por preguntarse si el COAM está concretamente habilitado, o no, por una norma legal, para llevar a cabo el referido estampillado. Este planteamiento inicial traslada, a mi juicio inadecuadamente, al análisis de la comisión o no de la conducta prohibida a un momento posterior, adelantando el de la concurrencia de la justificación, por expresa autorización legal, de alguna de tales conductas, a que se refiere el artículo 2.1 de la meritada Ley. Valoremos, primero, si existe comportamiento prohibido, y por tanto infracción, y, sólo después de ello y para el caso de una conclusión afirmativa, comprobemos si concurre autorización para ello. Ya que, de otro modo, parece que partimos, apriorísticamente, de aquella y que, el hecho de no considerar existente la segunda, encauza ya, desde un inicio, el camino hacia la sanción.

c) pues bien, como antes se ha expresado, es capital en actuaciones como la presente, el respeto al principio de legalidad, que deriva en la exigencia de comprobación respecto de la concurrencia de todos los elementos de la descripción típica de la infracción, con interdicción expresa de interpretaciones analógicas o extensivas, máxime en un caso como el que tantas veces nos ocupa, el de la previsión del artículo 1.1 de la Ley, ya de por sí tan discutiblemente genérico.

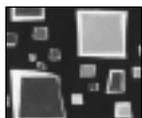
d) y a la luz de lo anterior, la cuestión a dilucidar, en este momento, no puede ser otra que la de si el tal «estampillado» produce o puede producir impedimento, restricción o falseamiento de la competencia. El propio Acuerdo de la mayoría es plenamente explícito a este respecto y, en mi criterio, acertado en sus consideraciones, de las que, no obstante, habría que derivar conclusiones muy distintas a las de la decisión mayoritaria. En efecto, por mis compañeros de Tribunal se afirma que «...el texto de referencia es susceptible de crear dudas en el ánimo de quienes lo leen respecto de que exista alguna anomalía en el proyecto en que

se estampilla...» Y esto, que en el fondo es la base argumental que se acepta como premisa para asentar la afirmación de que nos hallamos ante una actividad prohibida, a mi juicio carece de la substantividad necesaria para integrar la descripción típica de la infracción, pues si ya semejante descripción, como venimos diciendo, es extraordinariamente amplia, al hacer referencia, junto a la causación de un resultado concreto la de la mera «posibilidad» incluso de causarlo, se ve impropia extendido en su interpretación, cuando hablamos además de la «posibilidad» de suscitar una posible duda que, eventualmente, genere desconfianza para el consumidor. El resultado habrá de ser siempre real, efectivo o posible, pero en ningún caso dependiente de apreciaciones subjetivas de terceros, ya que con ello se generaría una inseguridad impropia de los estrictos términos de la normativa sancionadora.

e) máxime cuando tal duda tampoco, en realidad, se suscita. Antes al contrario, con el estampillado, el consumidor es informado, con certeza, de que ese presupuesto no se ajusta, objetiva y cuantitativamente, a unos precios «de referencia» establecidos por un organismo público y que, sin duda, habrán de tener relevancia a efectos de posteriores consecuencias fiscales, de evidente interés para ese mismo consumidor. Por lo que, lejos de producir a éste un perjuicio, le orienta rectamente en el conocimiento de las circunstancias del proyecto, redundando, por ello, en la mejor defensa de sus intereses. Porque, contra lo que la mayoría sostiene, entiendo que sí ha de considerarse trascendente el hecho de que estemos ante una simple actividad informativa, sin trascendencia directa de ningún otro orden, de modo que la cuestión se centraría en valorar si la puesta en conocimiento de ese dato, sin más, afecta a la libertad de competencia «como principio rector de toda economía de mercado», según la literalidad de la Exposición de Motivos de la Ley rectora en esta materia. En mi opinión, por tanto, esto no es así, pues, de serlo, llegaríamos al absurdo resultado de considerar como contraria al mercado la propia determinación, por la CAM, de los precios de referencia, cuya simple traslación al proyecto concreto lleva a cabo el estampillado que se examina y que por otro lado, en el caso de suprimirse tal advertencia impresa, puede ser conocida por el interesado, a través de otros cauces.

f) pero es que, además y aún cuando diéramos por válida la argumentación del Acuerdo del Tribunal y sentásemos la existencia objetiva de los elementos de la actividad prohibida, tampoco la misma podría ser objeto de sanción, por carencia de acreditación bastanta del elemento subjetivo culpabilístico de la misma. No se trata ya de que, a mi modesto juicio, el texto aprobado por la mayoría incurra, en el párrafo primero de su Fundamento 3.º, en el error de confundir la relación de causalidad entre la conducta y su resultado y la peculiaridad legal de que éste pueda consistir tanto en un perjuicio efectivo como, incluso, meramente potencial, con la presencia de una supuesta descripción de verdadera «responsabilidad objetiva», sino del hecho de que tal clase de «responsabilidad» se encuentra absolutamente proscrita en todo nuestro ordenamiento sancionador. En efecto, la Resolución de la que discrepo no distingue, a mi juicio, la «culpabilidad», cuya existencia, bien a título de dolo o de culpa, resulta imprescindible para poder sancionar, con la «potencialidad de la conducta» para causar o poder causar el perjuicio, cosas evidentemente distintas, pues si no hay intencionalidad (dolo o culpa), nunca podrá ser sancionada la conducta, pudiendo tan sólo ser objeto de intimidación, como se desprende. No cabe, por tanto, rechazar el argumento de «falta de intencionalidad» alegado por el COAM con el erróneo razonamiento de que, «puesto que hay potencialidad» de causación del perjuicio, tiene que haber automáticamente «intención de causarlo».

g) finalmente, el introducirse en un verdadero «proceso de intenciones», como el que lleva a cabo el Fundamento 5.º del Acuerdo, remitiéndose a anteriores comportamientos del COAM



que, efectivamente, pudieran tener su repercusión en los precios del mercado, en el enjuiciamiento de una conducta que, como hemos visto, ofrece caracteres del todo distintos a aquéllos, ya que su finalidad objetiva es meramente informativa, no parece el método más apropiado para motivar la imposición de una sanción, en un caso concreto y por una actividad posterior y distinta. De la aceptación de tal planteamiento se derivaría el retorno a la felizmente superada doctrina del «Derecho Penal (Sancionador) de autor», cuyo objeto no era el castigo de una conducta infractora sino del comportamiento genérico, incluso histórico, de su agente. Si se acepta tal razonamiento, la presunción de inocencia consagrada en nuestro texto Constitucional pasaría a ser un «flatus vocis». Del mismo modo que igual mecánica podría aplicarse al examen de las verdaderas intenciones de la denunciante y la finalidad que persigue oponiéndose a que el COAM informe a los consumidores de que los precios no se ajustan a las previsiones de la Autoridad Fiscal.

SEGUNDO. En definitiva, del examen del expediente no se sigue que estemos en presencia de una actividad prohibida de las descritas «in genere» en el artículo 1.1 de la Ley. Pero, incluso, caso de estarlo, no podemos concluir que la misma constituya infracción, merecedora de sanción, por ausencia de acreditación y motivación suficiente respecto del elemento culpabilístico de la misma, por lo que habría que acudir, tan sólo, al mecanismo previsto, en defensa del mercado, en el artículo 9 de la LDC.

Consecuentemente, en mi opinión, procedería:

1. Declarar que no ha resultado acreditada en este expediente la existencia de prácticas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia.

2. En su defecto, la aplicación tan sólo de la medida de intimación al COAM, que prevé el artículo 9 de la LDC, sin imposición de sanción alguna.

(Expte. A 280/00, Morosos Hostelería)

■ En Madrid, a 20 de julio de 2000

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal), con la composición detallada y siendo Ponente el Vocal Señor PASCUAL Y VICENTE, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente A 280/00, Morosos Hostelería (2152/00 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio), de solicitud de autorización singular para un registro de morosos de la Federación Española de Hostelería (FEH).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 19 de abril de 2000 tiene entrada en el Servicio un escrito de la FEH, formulando solicitud de autorización singular para el establecimiento de un Registro de morosos de las empresas del sector, que el 8 de mayo de 2000, a requerimiento del Servicio, fue complementada con otros documentos, por lo que es esta última fecha, a todos los efectos, la que se considera de presentación de la solicitud.

2. El Servicio, mediante Providencia del Director, acordó el 9 de mayo de 2000 la admisión a trámite de la solicitud, la incoación de expediente y el nombramiento de Instructora.

En el trámite de información pública no se ha producido comparecencia alguna ni tampoco se ha recibido informe del Consejo de Consumidores y Usuarios que fue solicitado por el Servicio en tiempo y forma.

3. El 8 de junio de 2000 tiene entrada en el Tribunal el Informe correspondiente del Servicio, fechado el día 6 del mismo mes, en el que hace constar que, a su juicio, las normas del Registro aportadas por la solicitante recogen los requisitos considerados necesarios para la autorización por el Tribunal, salvo en lo relativo a la identificación de quien aporta la información que en las citadas normas se establece, en contra del general criterio del Tribunal según el cual esta información no debe transmitirse a los usuarios del Registro. Consecuente con su calificación, el Servicio estima que, si se salva el mencionado inconveniente, el Registro podría ser autorizado por plazo no superior a cinco años.

4. El 13 de junio de 2000 el Pleno del Tribunal acordó, en aplicación del artículo 11 del Real Decreto 157/1992, la convocatoria de una audiencia preliminar. Esta audiencia se celebró el 20 de junio de 2000 y, en la misma, le fueron hechas al solicitante algunas observaciones en relación con el Reglamento de funcionamiento del registro que había sido adjuntado a la solicitud. El solicitante se mostró conforme con las observaciones y se comprometió a enviar, incorporándolas, una nueva versión al Tribunal y al Servicio, lo que hizo en el mismo día.

5. El día 21 de junio de 2000 el Servicio remite al Tribunal un escrito en el que, vista la nueva versión del Reglamento enviada por la Federación Española de Hostelería, considera que los términos acordados en la audiencia preliminar celebrada en el Tribunal la víspera se han cumplido, por lo que comunica que el Servicio no pone ninguna objeción a la nueva redacción del Reglamento.

6. El 10 de julio de 2000 tiene entrada en el Tribunal, procedente del Servicio, un escrito del Consejo de Consumidores y Usuarios en el que manifiesta que las bases de datos que contienen información confidencial sobre las personas pueden vulnerar el derecho a la intimidad de los ciudadanos y que no ve, en registros como el que se somete a autorización, ventaja alguna para los consumidores o usuarios.

7. El Pleno del Tribunal deliberó y falló el 11 de junio de 2000.

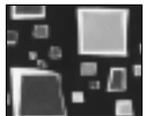
8. Es parte interesada la Federación Española de Hostelería.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El Tribunal ha de pronunciarse sobre una solicitud de autorización singular para un Registro de morosos de la Federación Española de Hostelería, relativo a la morosidad de su sector, a la que no se ha formulado específica oposición y que, por parte del Servicio, ha merecido una calificación favorable, incondicionada y no sujeta a obligaciones, tras su análisis de la versión del Reglamento presentada por los interesados después de una audiencia preliminar celebrada en sede del Tribunal.

2. Para que el Tribunal de Defensa de la Competencia pueda otorgar una autorización singular, la misma ha de referirse a un acuerdo, decisión o práctica prohibidos por el artículo 1 LDC en los que, concurriendo los requisitos enumerados en el artículo 3 LDC, los positivos efectos que de tal concurrencia se deriven superen a los efectos contrarios a la competencia justificativos de su proscripción.

3. Es doctrina reiterada de este Tribunal que si un registro de morosos, constituido por varios empresarios o una asociación de los mismos, tiene vocación sectorial constituye una forma de concertación en la que los empresarios se transmiten información sobre clientes comunes, que puede ser utilizada para establecer estrategias colectivas, por lo que tales registros son considerados incursos en la prohibición del artículo 1 LDC. Pero, al mismo tiempo, este Tribunal considera acreditado por la práctica que los



**SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA**

citados registros cumplen una función de saneamiento y de clarificación del tráfico mercantil que contribuye a la mejora de la comercialización de los bienes y servicios, y permite que los consumidores o usuarios puedan participar de las ventajas que de la misma se derivan, lo que les hace susceptibles de autorización singular conforme al artículo 3.1 LDC. En el caso presente se trata de un registro que pretende crear y gestionar una asociación sectorial de empresarios, por lo que resulta necesaria la autorización del Tribunal para su creación y gestión.

4. Por otra parte, este Tribunal viene reiterando que para autorizar un registro de morosos es necesario que se aseguren las siguientes condiciones: a) Que la adhesión al registro sea voluntaria. b) Que cada uno de sus asociados sea libre de fijar su política comercial propia frente a los clientes morosos. c) Que se asegure que los datos del registro no sean utilizados para fines distintos de los que se declararon en la solicitud de autorización. d) Que la información que se transmite a los usuarios del registro sea objetiva. e) Que cada afectado tenga acceso al registro para poder conocer los datos que se refieren a él. f) Que la responsabilidad de la gestión del registro quede delimitada en su reglamento.

5. Examinada la solicitud y su versión modificada, así como los informes del Servicio respecto de ambas, teniendo en cuenta que los reparos del Consejo de Consumidores y Usuarios son de carácter genérico a los registros de morosos y que no ha habido específica oposición por parte de terceros y comprobado que los requisitos y condiciones anteriormente expuestas quedan cumplidos, el Tribunal considera que, de conformidad con el artículo 8.b) del Real Decreto 157/1992, procede dictar Resolución autorizando la creación y gestión del citado registro de morosos, siempre que el reglamento que lo regule sea el que corresponde a la nueva redacción propuesta por el solicitante.

6. Se considera que la autorización debe tener una duración de cinco años desde la fecha de esta Resolución y que ha de sujetarse a las condiciones que establece el artículo 4 LDC. Asimismo, que dicha autorización podrá ser renovada a petición del interesado y que podrá ser revocada si se dan las circunstancias previstas en el artículo 4.3 LDC.

7. Se advierte que la presente autorización se contrae exclusivamente a la materia encomendada al conocimiento de este Tribunal y, por ello, se circunscribe a los efectos que el registro de morosos pueda tener sobre la libre competencia, no extendiéndose al cumplimiento de las condiciones exigidas por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, ni a cualesquiera otras que puedan contenerse en demás disposiciones.

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

RESUELVE

Primero: autorizar la creación y gestión por la Federación Española de Hostelería de un registro de morosos que se registrará por el reglamento que se encuentra incorporado al expediente del Tribunal a los folios 7 y 8.

Segundo: establecer una duración de cinco años para la autorización, a contar desde la fecha de esta Resolución y sujetarla a las circunstancias que establece el artículo 4 LDC.

Tercero: encargar al Servicio de Defensa de la Competencia, con remisión de copia compulsada del reglamento del registro de morosos que se autoriza, que vigile la ejecución y el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Resolución y que proceda a la inscripción del reglamento autorizado en el Registro de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a la interesada haciéndole saber 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 contados desde la notificación de la presente Resolución. ■

(Expte. 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual)

■ En Madrid, a 27 de julio de 2000.

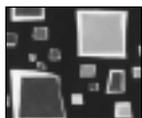
El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal, TDC), con la composición reseñada y siendo Vocal ponente D. Julio PASCUAL Y VICENTE, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 465/99 (1738/97 del Servicio de Defensa de la Competencia: Servicio, SDC), iniciado por denuncia de la 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 denunciadas. 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 n.º 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 responsa-



**SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA**

bles 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.

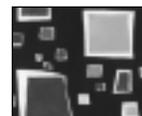
Décimo séptimo.- Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una infracción al art. 6.1 LDC y al art. 82. del TCCE por parte de AIE y AISGE consistente discriminar a los hoteles que incumplan las obligaciones impuestas por AISGE y AIE, en sus tarifas de diciembre de 1997.

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:



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

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.

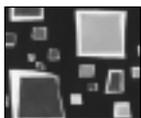
La vigente Ley de Propiedad Intelectual (LPI), texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que sustituyó a la Ley 22/ 1987, de 11 de noviembre, regula estas entidades de gestión, que pueden constituirse, previa autorización por el Ministerio de Cultura, por los titulares 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



**SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA**

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).

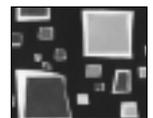
El 7 de mayo de 1998 FEH y ZONTUR mantuvieron una nueva reunión con EGEDA ante la Comisión de Mediación y Arbitraje de la Propiedad Intelectual, en la que las primeras ofrecieron someterse a un arbitraje de la Comisión para dirimir: a) Si los hoteles practican la actividad de retransmisión por cable. 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 declarararía 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 deventaría 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 cable distribución 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:

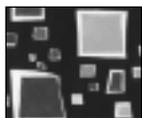
FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

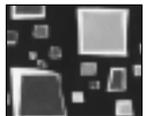
la gestión de los derechos de comunicación pública de los productores de grabaciones de audiovisuales, AISGE el monopolio de la gestión de los derechos de comunicación pública de los actores de grabaciones audiovisuales y AIE el monopolio de la gestión de los derechos de comunicación pública de los intérpretes 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 disfrutan 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 lo 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

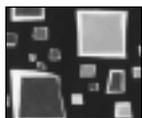
a través de las respectivas entidades de gestión comprenderá la negociación con los usuarios (el subrayado es nuestro), la determinación, recaudación y distribución de la remuneración correspondiente, así como cualquier otra actuación necesaria para asegurar la efectividad de aquél". Es decir, la Ley 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 plantamientos 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 prevaleciendo 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.

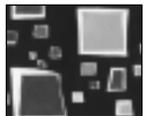
El abuso de posición dominante constituye una práctica prohibida por el art. 6 LDC y por el art. 86 TCE, consistente en utilizar una posición dominante en el mercado para obtener ventajas que serían inasequibles en unas condiciones de mayor competencia (Cfr. *Memorandum de la Comisión Europea sobre las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

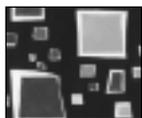
Teniendo en cuenta todas estas consideraciones, el Tribunal considera que debe intimar y multar a las imputadas y estima que las multas sancionadoras deben ser las siguientes: a) EGEDA, 45 millones de pesetas; AISGE, 10 millones de pesetas; y AIE, 5 millones de pesetas.

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



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

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

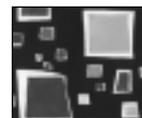
tarifas en 1995, unilateralmente establecidas; c) EGEDA, AISGE y AIE, colectivamente, al pretender en 1997 aplicar unas tarifas no equitativas sin negociación.

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. ■



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

AVISO PUBLICO

SUB. GRAL. COMERCIO EXTERIOR DE PRODUCTOS AGROALIMENTARIOS

SOLICITUD DE DEVOLUCION DE FIANZAS PLAZOS PARA PRESENTACION DE PRUEBAS

Aplicación a los Certificados concedidos desde el día 1 de julio de 1995,
salvo que exista reglamento específico que lo modifique

Plátanos	TREINTA DIAS siguientes a la expiración del período de validez del Certificado.	Rgto. CE n.º 2362/98
Mandioca	SESENTA DIAS siguientes a la expiración del período de validez del Certificado.	Rgto. CE n.º 2245/90 Art. 7
<i>Productos agrícolas:</i> Materias grasas, plantas vivas, productos floricultura, leche y productos lácteos, carne vacuno, semillas, frutas y hortalizas, carne porcino, huevos, carne de ave, arroz, azúcar, sector vitivinícola, cereales, etc.	DOS MESES siguientes a la expiración del período de validez del Certificado.	Rgto. CE n.º 1199/95

— En todos los productos el *PLAZO MAXIMO* para solicitar la resolución de los expedientes es de *VEINTICUATRO MESES* desde el día siguiente a la expiración del Certificado. Transcurrido este plazo no se efectuará la devolución del importe de la Fianza, aun en el caso de que se presente la correspondiente prueba de realización de las operaciones.

MINISTERIO DE ECONOMIA

Secretaría General de Comercio Exterior

SUB. GRAL. COMEX. PRODUCTOS AGROALIMENTARIOS. SERVICIO DE FIANZAS

Solicitudes de devolución de fianzas constituidas (Importación y Exportación)

La Orden de 26 de febrero de 1986 («BOE, 7 de marzo»), modificada por la Orden de 27 de julio de 1995, establece que la devolución de las fianzas se realizará por la Secretaría General de Comercio Exterior a solicitud del interesado.

Las solicitudes de devolución de las fianzas constituidas ante los Servicios Centrales, deberán dirigirse a la Secretaría General de Comercio Exterior (Servicio de Fianzas, Paseo de la Castellana, 162, planta cuarta, 28071 Madrid).

Las solicitudes de devolución de las fianzas, constituidas ante las Direcciones Regionales y Territoriales de Comercio y CATICES, deberán presentarse en la misma Dirección o CATICE que concedió los correspondientes certificados.

El no solicitar, los interesados, la resolución de los expedientes de devolución de las fianzas con la aportación de las pruebas, en los plazos establecidos en la legislación nacional y comunitaria en vigor, para los diversos productos agrícolas, dará lugar al oportuno Acuerdo Declarativo de Incumplimiento.

Con el fin de agilizar la resolución de los expedientes de devolución de las fianzas constituidas a disposición de la Secretaría General de Comercio Exterior, es recomendable se adjunte a las solicitudes la fotocopia del correspondiente «Resguardo de depósito o Garantía en Efectivo», o «Resguardo de Garantía Otorgada mediante Aval o Seguro de Caución».

SERVICIO DE FIANZAS

Acuerdo declarativo de incumplimiento (Fianza constituida en las operaciones de Importación y Exportación)

Ingreso de las liquidaciones

Las cantidades a ingresar en el Tesoro Público-Recursos Eventuales, como consecuencia de los expedientes de Acuerdo Declarativo de Incumplimiento de *Resguardos de Garantías Otorgadas por Terceros*, pueden hacerse efectivas por la EMPRESA TITULAR DE LOS CERTIFICADOS.

— En MADRID:

MINISTERIO DE ECONOMIA
DIREC. GRAL. DEL TESORO Y POLITICA FINANCIERA
Paseo del Prado, 4
28071 MADRID

— En PROVINCIAS:

INTERVENCION DE HACIENDA de la localidad en que resida la Entidad Delegada que constituyó la *Garantía Otorgada por Terceros (Aval o Certificado de Seguro de Caución)*.

Realizado el ingreso y expedida la CARTA DE PAGO, esta CARTA DE PAGO *original* deberá remitirse a:

MINISTERIO DE ECONOMIA
SERVICIO DE FIANZAS
P.º Castellana, 162, Pl. 4.ª
28071 MADRID

MINISTERIO DE ECONOMIA

Secretaría General de Comercio Exterior

SUB. GRAL. COMERCIO EXTERIOR DE PRODUCTOS AGROALIMENTARIOS SERVICIO DE FIANZAS

Paseo de la Castellana, 162, cuarta planta, 28071 Madrid

Teléfonos: (91) 349 38 67 y 349 39 13