



Roj: **STS 4263/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4263**

Id Cendoj: **28079130032017100455**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **23/11/2017**

Nº de Recurso: **150/2016**

Nº de Resolución: **1796/2017**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3604/2016,**
ATS 1937/2017,
STS 4263/2017

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.796/2017

Fecha de sentencia: 23/11/2017

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **150/2016**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/11/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

Transcrito por: ELC

Nota:

R. CASACION núm.: **150/2016**

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1796/2017

Excmos. Sres. y Excma. Sra.



D. Pedro Jose Yague Gil, presidente

D. Eduardo Espin Templado

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Jose Maria del Riego Valledor

D. Angel Ramon Arozamena Laso

En Madrid, a 23 de noviembre de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número **150/2016**, interpuesto por la procuradora doña Marta Cendra Guinea, en representación de la ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (EGEDA), bajo la dirección letrada de don José María Jiménez-Laiglesia, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 2016, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo 203/2012, formulado contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de marzo de 2012, recaída en el expediente S/0157/09, que le impuso la sanción pecuniaria de 478.515 €, por la comisión de una infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por el establecimiento de unas tarifas abusivas.

Han sido partes recurridas la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado y la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE HOTELES Y ALOJAMIENTOS TURÍSTICOS, representada por el procurador don Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal, bajo la dirección letrada de don Agustín González García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 203/2012, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 29 de septiembre de 2016, cuyo fallo dice literalmente:

« Que estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a Eva Guinea Ruanes actuando en nombre y representación de la **ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (EGEDA)**, contra la resolución de 2 de marzo de 2012, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de 478.515 euros de multa por la comisión de una infracción muy grave, debemos anular y anulamos la referida resolución en el solo particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa, por no ser en este extremo ajustada a Derecho; disponiendo se remitan las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que dicte otra en la cual fije su importe en atención a los criterios legales de graduación debidamente motivados, con aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 17/2007, de Defensa de la Competencia, interpretados en los términos expuestos en la fundamentación jurídica de esta sentencia.

Sin hacer expresa imposición de costas. » .

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de la ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (EGEDA) recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante Auto de 12 de enero de 2017 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Auto el 6 de marzo de 2017, cuya parte dispositiva dice literalmente:

« **PRIMERO.** Admitir el recurso de casación nº **150/2016** interpuesto por la entidad EGEDA contra la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 2016, dictada en el recurso nº 203/2012 .

SEGUNDO . Precisar que las normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación en sentencia son:



1º) Los apartados f) y g) del artículo 20.2 y el artículo 157 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), puestos en relación con el artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, y puestos también en relación con el artículo 16.2 de la Directiva 2014/26 de 26 de febrero de 2014 relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines.

2º) El artículo 2 del Reglamento 1/2003 de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea -TFUE-.

TERCERO.- Declarar que las cuestiones planteadas en el escrito de preparación del recurso de casación que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten en determinar si las tarifas cuestionadas en el proceso -tanto en lo que se refiere a la fijación de tarifas de diferente cuantía según la categoría de los hoteles (estrellas) como en lo relativo a la fijación de unas tarifas generales de cuantía más elevada que luego pueden resultar rebajadas en virtud de negociación- resultan o no inequitativas y excesivas hasta el punto de dar lugar a la existencia de un abuso de posición dominante.

CUARTO.- Ordenar que se publique este Auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

QUINTO.- Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

SEXTO.- Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.».

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 29 de marzo de 2017, se acuerde que, recibidas las presentes actuaciones procedentes de la Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, y una vez transcurra el plazo de treinta días que el artículo 92.1 de la Ley de esta Jurisdicción establece para la presentación del escrito de interposición del recurso de casación, se acordará, lo que efectuó la procuradora doña Marta Cendra Guinea por escrito presentado el 10 de mayo de 2017, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó manifestado que las pretensiones que esta parte recurrente deduce y pronunciamientos que se solicitan, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 bis.2 LJCA en relación con el artículo 93.1 LJCA, a la Sala:

« 1º) Que con estimación del presente recurso de casación se anule la Sentencia impugnada, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrida; 2º) Que como consecuencia de la estimación del recurso de casación y la consiguiente anulación de la Sentencia impugnada, el Tribunal Supremo entre al examen del fondo del asunto, y en consecuencia estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta parte contra la Resolución de 2 de marzo de 2012 en el expediente S/0157/09 en los términos solicitados en el escrito de demanda.

Por Otrosí solicita la celebración de vista del presente recurso. » .

QUINTO.- Por Providencia de 12 de mayo de 2017, se tiene por interpuesto recurso de casación, y se acuerda dar traslado del escrito de interposición a las partes recurridas y personadas [la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO y la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE HOTELES Y ALOJAMIENTOS TURÍSTICOS (CEHAT)] a fin de que, en el plazo de treinta días, puedan oponerse al recurso, lo que efectuaron con el siguiente resultado:

1º.- El Abogado del Estado en escrito presentado el 30 de junio de 2017, efectuó las manifestaciones que consideró oportunas y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo; tenerle, en la representación que ostenta, por opuesto al presente recurso ordinario de casación; seguir el procedimiento por todos sus trámites y, en su día, dictar sentencia en los términos que resultan de las consideraciones que anteceden. » .

2º.- El procurador don Manuel Sánchez Puelles, en representación de la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE HOTELES Y ALOJAMIENTOS TURÍSTICOS (CEHAT), presentó escrito el 30 de junio de 2017, en el que efectuó, asimismo, las manifestaciones que consideró oportunas y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que tenga por presentado este escrito en tiempo y forma, se sirva admitirlo, unirlo a los autos de su razón y, tras los trámites legales oportunos, dicte sentencia mediante la que se inadmita, o en su defecto desestime íntegramente el recurso de casación interpuesto de contrario, con expresa imposición de las costas causadas a la recurrente. » .



SEXTO.- De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se acuerda no haber lugar a la celebración de vista pública, al considerarla innecesaria atendiendo a la índole del asunto, y, por providencia de 6 de septiembre de 2017, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 7 de noviembre de 2017.

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de 24 de octubre de 2017, se acordó dar traslado a las partes del escrito presentado por la procuradora doña Marta Cendra Guinea, al que acompaña la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2017 (Asunto C-177/16), para que en el plazo común de cinco días, conforme al artículo 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aleguen sobre la incidencia que pudiera tener dicha sentencia en la resolución del recurso, lo que efectuaron, con el siguiente resultado:

1º.- El Abogado del Estado en escrito presentado el 30 de octubre de 2017, efectuó las manifestaciones que consideró oportunas y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que, tenga por presentado este escrito con sus copias y se sirva admitirlo; tenga por formuladas las consideraciones que en él se contienen y dicte sentencia en los términos interesados en nuestro escrito de oposición al recurso. » .

2º.- El procurador don Manuel Sánchez Puelles, en representación de la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE HOTELES Y ALOJAMIENTOS TURÍSTICOS (CEHAT), presentó escrito el 3 de noviembre de 2017, en el que efectuó, asimismo, las manifestaciones que consideró oportunas y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que, teniendo por presentado este escrito, lo admita y, en virtud de las alegaciones en él contenidas, DICTE AUTO ACORDANDO LA INADMISIÓN DE LA APORTACIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2017 (C-177/16) pretendida por ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES, S.A., disponiendo la continuación del recurso y dictando, tras los trámites legales oportunos, sentencia en que se acuerde conforme a lo solicitado en el escrito de oposición. » .

OCTAVO.- El acto de votación y fallo tuvo lugar el 7 de noviembre de 2017, fecha señalada por providencia de 6 de septiembre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación: El asunto litigioso y la sentencia impugnada de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional, que enjuició la resolución sancionadora del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de marzo de 2012.

El recurso de casación que enjuiciamos se interpuso por la representación procesal de la ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (EGEDA) al amparo de la reforma de los artículos 86 y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, debida a la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, tiene por objeto la pretensión de que se revoque la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 2016, que estimó en parte el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de marzo de 2012, que impuso la sanción pecuniaria de 478.515 euros, por la comisión de una infracción del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por el establecimiento de unas tarifas abusivas.

El Tribunal de instancia fundamental su decisión de estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo, disponiendo que se remitan las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que dicte una resolución fijando el importe de la sanción aplicando los criterios de graduación establecidos en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 4 de julio, de Defensa de la Competencia, con base en las siguientes consideraciones jurídicas:

« [...] Expuestos sucintamente los antecedentes procedimentales y los hechos que la CNC declara probados y sobre los que justifica la sanción, la extensísima demanda cuestiona en primer lugar la existencia de la infracción prevista en el artículo 102 del TFUE y sostiene que se ha vulnerado el principio de presunción de inocencia y de carga de la prueba al no haberse acreditado el abuso de posición dominante en relación a las tarifas generales, de las que dice no son abusivas, ni por inequitativas, ni por excesivas, como mantiene la Comisión.

En su escrito destaca la entidad recurrente que los establecimientos hoteleros no están obligados a explotar los derechos de propiedad intelectual ni, por tanto, quedan a merced de EGEDA ya que nadie les impone ofrecer



a sus clientes el servicio de difusión de contenidos audiovisuales, servicio que no es de primera necesidad, básico o indispensable. La contratación del mismo, dice, obedece a una decisión empresarial deliberada y consciente.

Por otra parte, la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual sería una previsión legal que determinaría que EGEDA no tenga en rigor un monopolio, sino una obligación legal de gestión colectiva que, a su juicio, redundaría en beneficio de los titulares de los establecimientos hoteleros.

Partiendo de todo ello, analiza la crítica que en la resolución sancionadora se contiene respecto de la obligación de negociar que, pretendidamente, le impone la Ley de Propiedad Intelectual, para concluir que lo que dicha Ley impone a las entidades de gestión no es propiamente la negociación, sino el establecimiento de tarifas generales. Y niega que exista relación supletoria entre las tarifas generales y las acordadas con los usuarios, como supone la CNC, por cuanto la única obligación legal sería, insiste, la de establecer dichas tarifas generales, de tal modo que, no se trata de que las tarifas generales sustituyan a las acordadas o viceversa, sino de que la utilización ilegítima de un derecho pueda dar lugar a una indemnización sobre la base de tarifas generales establecidas legalmente.

De este modo, concluye que lo que resulta inequitativo es exigir a un usuario el abono de dichas tarifas por el hecho de no haber suscrito un acuerdo con él. Rechaza, en definitiva, que la determinación de unas tarifas generales más elevadas tenga por finalidad, como dice haber considerado la CNC, "... *presionar, coaccionar o intimidar a los usuarios para que acepten los acuerdos*". Sin que, de hecho, EGEDA haya demandado a ningún usuario en reclamación de las tarifas generales.

Recuerda, además, que las tarifas generales consideradas excesivas e inequitativas por la Comisión derivan del acuerdo suscrito entre EGEDA y FEHR, es decir, tenían un origen convencional, y tomaban en consideración el grado de ocupación de los establecimientos hoteleros, reiterando que no han llegado a aplicarse en ningún caso.

Hechas estas consideraciones, destaca, en cuanto a las tarifas negociadas con los usuarios, que en realidad son éstas las que percibe la entidad, resultado del proceso negociador llevado a cabo, siendo así que existen establecimientos hoteleros, y algunas grandes cadenas de hoteles, que cita, que continúan negándose a negociar con EGEDA pese a lo cual explotan ilícitamente los derechos de propiedad intelectual ofreciendo a sus clientes los servicios de TV en las habitaciones sin pagar los derechos correspondientes.

Alude a la situación existente en relación a los contratos suscritos con asociaciones representativas (FEHR, FHPV y Gremi D'Hosteleria de Sitges) y, en particular, a la situación surgida con la codemandada, CEHAT, y mantiene, frente al criterio de la CNC, la plena normalidad y conveniencia de diferenciar las tarifas en atención a la categoría del establecimiento hotelero pues lo usual es, afirma, "*que la explotación de un derecho de propiedad intelectual sobre una determinada obra tenga tarifas diferenciadas atendiendo a la naturaleza del usuario*".

Y considera, sobre la justificación del valor económico de los derechos de propiedad intelectual, que el mismo debe tender a un equilibrio razonable entre los intereses de los productores audiovisuales y los de los titulares de los establecimientos hoteleros.

[...] Cuestionados de este modo los hechos declarados probados por la resolución recurrida, y antes de abordar los argumentos impugnatorios reflejados en la demanda, debe rechazarse la alegación de caducidad del procedimiento que en su escrito de conclusiones, y al hilo de diversas sentencias dictadas por esta misma Sección - menciona, en concreto, las de fecha 25 de enero de 2016, recursos núm. 570/13 y 575/13 -, opone también la actora al entender que habría transcurrido en exceso el plazo legalmente previsto como de duración máxima del procedimiento, con la consecuencia obligada de su caducidad y archivo.

Y decimos que debe rechazarse pues el criterio para el cómputo del referido plazo que acogen estas sentencias ha sido corregido por la dictada por el Tribunal Supremo con fecha 26 de julio de 2016, recurso de casación núm. 3811/2015 .

Comoquiera que la razón única que sostiene la alegación de caducidad es precisamente la aplicación del criterio que rectifica el Tribunal Supremo en este reciente pronunciamiento, el motivo ha de desestimarse sin necesidad de otras consideraciones.

[...] El primero de los fundamentos jurídicos de la demanda denuncia la vulneración del principio de carga de la prueba en relación a la existencia de abuso de la posición de dominio y del concepto de responsabilidad especial de una empresa dominante.

A su juicio, constatada la situación de dominio de una determinada empresa en un sector del mercado, no es correcto entender que la responsabilidad especial que pesa sobre la misma le obligue a justificar su conducta

de suerte que, si no lo hace, tal conducta devenga ilegal. En opinión de EGEDA, tal es lo que ha sucedido en el caso analizado, deduciendo la CNC la existencia del abuso por el hecho de que EGEDA no haya acreditado la razón de las diferencias entre las tarifas generales y las negociadas, o de la aplicación de tarifas diferentes a hoteles y operadores de cable. Diferencias que, sin embargo, no permitirían calificar, sin otra prueba de cargo, la conducta como abusiva.

Además, y como decíamos, advierte que los establecimientos hoteleros no están obligados a explotar los derechos de propiedad intelectual por lo que no quedan a merced de EGEDA, que no les impone ofrecer a sus clientes el servicio de difusión de contenidos audiovisuales al no ser un servicio de primera necesidad, básico o indispensable, obedeciendo la contratación del mismo a una decisión empresarial deliberada y consciente.

Respecto de esto último ha de anticiparse, sin embargo, que el hecho de que no se trate de un servicio de prestación obligatoria, ni que tenga por objeto subvenir a necesidades básicas, no impide que pueda producirse una situación de abuso de la posición de dominio. De admitirse la tesis de la demandante quedaría limitada la posibilidad de cometer esta infracción al ámbito de la distribución de bienes o servicios de primera necesidad, lo que carece de sentido.

Procede plantearse entonces, al abordar las alegaciones relativas a la responsabilidad especial a que se refiere EGEDA y a si las tarifas generales son o no abusivas por inequitativas, si resulta justificada la crítica de la CNC respecto del hecho de fijarse distintas tarifas según la categoría del hotel y de aplicarse en atención a las plazas hoteleras disponibles.

A juicio de la recurrente, la graduación por la categoría del hotel está amparada, en síntesis, en que debe atenderse al valor económico que el adquirente obtiene al ofrecer el producto al consumidor final, que sería mayor cuanto mayor sea la categoría del hotel, por lo que, sostiene, *"el artículo 102 del TFUE no prohíbe que las tarifas se establezcan con relación al valor económico que se deriva de la utilización de los derechos, y considera razonable (no abusivo) establecer tarifas que tengan en cuenta los ingresos (el valor) que los usuarios obtengan por la explotación de los derechos"*.

Y, en cuanto a las plazas disponibles, aduce que es inviable en la práctica hacer un seguimiento del uso efectivo de la televisión por parte de los clientes de los hoteles, insistiendo en que las tarifas generales nunca han llegado a aplicarse.

Recordemos que, en relación al primero de los criterios, la categoría del hotel, EGEDA distingue tres tipos de tarifa: gran lujo y cinco estrellas, cuatro estrellas, y tres estrellas (Manual de tarifas, anexo 1.b, folio 59 del expediente). Y exime de pago a los hoteles de dos o menos.

Pues bien, coincidimos en lo sustancial con la interpretación que acoge la resolución sancionadora cuando entiende que la categoría del hotel carece de relación razonable con la prestación de EGEDA.

En efecto, no puede desconocerse que los derechos cuya gestión lleva a cabo la entidad son los que asisten a los productores de grabaciones audiovisuales. El Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, establece en su artículo 120, apartado 1, que *"Se entiende por grabaciones audiovisuales las fijaciones de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido, sean o no creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales en el sentido del artículo 86 de esta Ley"*.

Y añade en su apartado 2 que *"Se entiende por productor de una grabación audiovisual, la persona natural o jurídica que tenga la iniciativa y asuma la responsabilidad de dicha grabación audiovisual"*.

El concepto de grabación audiovisual desde el punto de vista de la protección de la propiedad intelectual, y la valoración económica que haya de merecer el derecho de su titular, están desconectados de la condición del destinatario o de su situación económica, por lo que cuantificar el importe a percibir por EGEDA en su actividad de gestión de ese derecho a la categoría del hotel carece de justificación, resulta inequitativo al dispensar un trato distinto sin que exista una razón objetiva que lo ampare, y, en tal medida, implica un abuso de la posición de dominio de la que la actora disfruta en el mercado. Y es que el valor del derecho en sí no puede depender del rendimiento que, eventualmente, pueda obtener el establecimiento hotelero, pues el servicio que presta EGEDA es siempre el mismo, en todos los casos y con independencia de la categoría del hotel. Es ilustrativo el ejemplo que propone la entidad codemandada cuando, sobre esta cuestión, alude al precio del agua, el gas, la luz, las bebidas, o los electrodomésticos que adquiere el hotel para el desempeño de su actividad: es obvio que el precio de tales suministros y bienes no se modifica en función de la categoría del hotel.

Lo mismo puede decirse de la decisión de condicionar la tarifa a las plazas disponibles.

EGEDA, para combatir la postura adoptada por la CNC al respecto, sostiene que es inviable en la práctica hacer un seguimiento del uso efectivo de la televisión por parte de los clientes de los hoteles.



Sin cuestionar esta afirmación, el que resulte imposible constatar esa utilización efectiva no convalida el empleo de un parámetro desde luego inequitativo, como es el número de plazas disponibles. Si la equidad exige en este caso ajustar el importe percibido por EGEDA a la difusión efectiva de los contenidos audiovisuales protegidos, es claro que la determinación de la tarifa en atención a las plazas disponibles no sirve a esa finalidad, pues no tiene en cuenta si dichas plazas están o no ocupadas ni, por lo tanto, si se ha producido en efecto el hecho gravado de la difusión.

La posición que acogemos tiene un claro respaldo en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 19 de marzo de 2013 (recurso de casación núm. 2125/2009), a la que también hemos de referirnos después, que rechaza la determinación de las tarifas generales en atención a los rendimientos económicos y considera que ha de fijarse por razón del "uso efectivo del repertorio", lo que se traduciría, en el supuesto que analizamos, en la efectiva difusión del contenido audiovisual que no tiene, evidentemente, relación con la categoría del establecimiento hotelero ni con las plazas disponibles.

Razona la referida sentencia, con remisión al criterio mantenido por la Sala Primera, lo siguiente:

"En el proceso civil resuelto por la sentencia de 23 de marzo de 2011 AGEDI interesaba que la remuneración por el uso de los fonogramas -convertida a posteriori en indemnización de los perjuicios- se calculara "de acuerdo con las tarifas generales que AGEDI tiene comunicadas al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte". Dichas tarifas consistían en un porcentaje de los ingresos del operador televisivo, esto es, no se calculaban en razón del uso real del repertorio musical que aquél hiciera. Y la exigencia de AGEDI a Antena 3 de Televisión desvinculaba el cobro de la remuneración -calculada, repetimos, por la mera aplicación de las tarifas generales unilateralmente establecidas por AGEDI- de los contratos suscritos con otros operadores televisivos. Todo ello se deduce de la sentencia aportada.

Pues bien, la decisión final de litigio civil corrobora que para determinar el importe de la remuneración no cabe acudir a las tarifas generales si éstas no tienen un "carácter equitativo", y no lo tienen cuando adoptan como base exclusiva de cálculo los rendimientos obtenidos por el operador televisivo y prescinden del uso efectivo del repertorio. Dicha remuneración debe, además, atender "a los acuerdos a que hubiera llegado la entidad de gestión con otras personas o entidades para autorizar el uso de su repertorio, dada la estrecha relación de la equidad con la inexistencia de desproporción injustificada en supuestos semejantes". Como es fácilmente perceptible, los criterios sentados por la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo en aquella sentencia (y en otras precedentes) descalifican en muy buena medida la pretensión originaria de AGEDI sobre el cobro de la remuneración a "Antena 3 de Televisión", pretensión basada precisamente, en unas tarifas generales no equitativas, pues prescindían de cuál fuera el uso efectivo del repertorio, y discriminatorias, pues no atendían a la comparación con los acuerdos de otros operadores de televisión".

[...] Advierte también la CNC que las tarifas generales fijadas por EGEDA incurren en el abuso sancionado no solo por inequitativas, en los términos que acabamos de examinar y que nos han llevado a coincidir con la postura mantenida por la demandada, sino también al resultar excesivas.

Parte para ello de su comparación con las percibidas por entidades análogas en otros países miembros de la Unión Europea, concluyendo que las fijadas por EGEDA "son considerablemente más elevadas". Y añade que "dada la gran diferencia de las tarifas generales con las europeas, las tarifas negociadas y aplicadas por EGEDA siguen siendo superiores".

A juicio de la recurrente, sin embargo, la comparación de tarifas no permite extraer dicha conclusión, e incide en que la naturaleza de los derechos objeto de protección en los distintos Estados tienen naturaleza diferente, lo que invalidaría la conclusión.

Pues bien, los datos aportados por la misma demandante y, en particular, el informe denominado anexo estadístico en su día remitido al Consejo de la CNC del que se aporta copia con el escrito de conclusiones, no logra desvirtuar, con la necesaria contundencia, dicha imputación, que se basa por contra en los datos contrastados por la Dirección de Investigación y suministrados por Hotels, Restaurants and Cafes in Europe HOTREC (folios 106-111 del expediente, "Comparative table of Copyright and neighbouring rights fees"), donde la desproporción de las tarifas percibidas por EGEDA es evidente.

La divergencia, por otra parte, entre los modelos empleados por la CNC y por EGEDA para la valoración económica de los derechos que ésta gestiona y las diferencias que resultan de ambos, no impiden que la Sala, en el ejercicio de las facultades que le asisten en orden a la libre valoración de la prueba, coincida también en este extremo con la conclusión adoptada en la resolución sancionadora si se advierten dos hechos desde luego significativos.



En primer lugar, que las tarifas negociadas y aplicadas por EGEDA son muy inferiores a las tarifas generales que aprobó, lo que evidencia lo desproporcionado de éstas respecto del verdadero valor económico de los derechos objeto de protección.

Y, en segundo lugar, que en el año 2011 las tarifas comunicadas al Ministerio de Cultura fueron notablemente inferiores a las de años anteriores. Significa la Dirección de Investigación, y recoge la resolución recurrida, que las tarifas generales para el año 2009 eran 3,48; 3,05; y 2,24 euros para los hoteles de cinco, cuatro y tres estrellas, respectivamente; siendo así que en la tarifa general para 2011 se redujeron a 1,74; 1,30; y 0,91 euros para cada una de dichas categorías.

[...] Si el carácter abusivo de las tarifas generales al resultar inequitativas y excesivas aparece suficientemente fundamentado, conforme a lo expuesto, procede plantearse la incidencia que ello pudiera tener en la determinación de las tarifas negociadas, es decir, en las que finalmente recogen los contratos suscritos por EGEDA.

Recordemos que, conforme a lo establecido en el artículo 122.2 de la Ley de Propiedad Intelectual, "Los usuarios de las grabaciones audiovisuales que se utilicen para los actos de comunicación pública previstos en el artículo 20.2.f) y g) tienen obligación de pagar a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de grabaciones audiovisuales la remuneración que proceda, de acuerdo con las tarifas generales establecidas por la correspondiente entidad de gestión". Añade en su número 3 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, la determinación, recaudación y distribución de la remuneración correspondiente, así como cualquier otra actuación necesaria para asegurar la efectividad de aquél".

Por su parte, el artículo 157, sobre "Otras obligaciones", dispone que "1. Las entidades de gestión están obligadas:

a) A negociar y contratar, bajo remuneración, en condiciones equitativas y no discriminatorias con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, actuando bajo los principios de buena fe y transparencia. b) A establecer tarifas generales, simples y claras que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa. El importe de las tarifas se establecerá en condiciones razonables, atendiendo al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad del usuario, y buscando el justo equilibrio entre ambas partes, para lo cual se tendrán en cuenta al menos los siguientes criterios:

1.º El grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.

2.º La intensidad y relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.

3.º La amplitud del repertorio de la entidad de gestión. A estos efectos, se entenderá por repertorio las obras y prestaciones cuyos derechos gestionan una entidad de gestión colectiva.

4.º Los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio.

5.º El valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de tarifas.

6.º Las tarifas establecidas por la entidad de gestión con otros usuarios para la misma modalidad de utilización.

7.º Las tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros Estados miembros de la Unión Europea para la misma modalidad de uso, siempre que existan bases homogéneas de comparación.

La metodología para la determinación de las tarifas generales se aprobará mediante orden del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, previo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

c) A negociar y celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente.

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

Pues bien, particularmente ilustrativa a los efectos de la cuestión ahora discutida resulta la ya citada sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 19 de marzo de 2013 (recurso de casación núm. 2125/2009).



En la misma, el Tribunal Supremo hace algunos pronunciamientos de especial alcance sobre esta materia que perfilan tanto la verdadera naturaleza de las tarifas generales, como su incidencia en el proceso negociador, su aplicación supletoria respecto de las tarifas negociadas y la necesidad de que se ajusten, en todo caso, a criterios de equidad. Con expresa referencia a las sentencias dictadas por la Sala Primera del mismo Tribunal Supremo, que abordan también la retribución por la entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual y las consecuencias derivadas de la posición de dominio que las mismas ostentan, dice la referida sentencia que *"Ha de tenerse en cuenta, por lo demás, que la fijación o establecimiento unilateral de las tarifas generales tiene unos efectos que pueden ser gravosos para los usuarios, lo que obligaba a configurarlas en términos respetuosos de las exigencias legales antes dichas, esto es, a incluir unas remuneraciones equitativas no discriminatorias y a no ocultar los contratos ya concertados con otros operadores. Pues aunque en el esquema de la Ley de Propiedad Intelectual se incluían fórmulas de negociación y mediación o mecanismos arbitrales entre las entidades y los usuarios u operadores singulares que solicitasen la autorización para utilizar los fonogramas, las tarifas generales unilateralmente fijadas por la entidad de gestión tenían en todo caso una cierta aplicación directa ante el fracaso de aquellas fórmulas, hasta el punto de que sólo bajo reserva o consignación judicial de las cantidades a ellas ajustadas podía entenderse autorizado el uso del repertorio, si las partes no llegaban a un acuerdo (artículo 157.2 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual)"*.

Las pautas que marca el Tribunal Supremo para la determinación de las tarifas generales, no obstante su carácter supletorio respecto de las negociadas, imponen su cuantificación con arreglo a criterios de equidad, y en ello ha insistido también la Sala Primera.

Sigue diciendo en este sentido la sentencia de 19 de marzo de 2013 que *"Es cierto que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo , a partir de las sentencias de 18 de febrero y 7 de abril de 2009 ha relativizado la aplicación "subsidiaria" de las tarifas generales que había admitido su anterior jurisprudencia (sentencia de 18 de enero de 1990). Pero lo ha hecho precisamente para reforzar el control ex post que, en sede judicial, puede hacerse sobre el contenido material de las tarifas generales y su adecuación a los criterios de objetividad, equidad, no discriminación y transparencia. Pero en tanto ese control no se materialice por la resolución judicial que ponga fin a la controversia entre las partes privadas, subsiste en principio la aplicación del artículo 157.2 de la Ley de Propiedad Intelectual como factor de desequilibrio inicial entre las posiciones negociales, y en ese mismo sentido muestra adicional de la posición de dominio de las entidades de gestión colectiva. Razón de más, pues, para que la entidad de gestión dominante respetara, ya al fijar o establecer de modo unilateral el marco negociador y las tarifas generales, la paridad de trato en cuanto a la "la remuneración equitativa". En definitiva, la ulterior apertura al proceso negociador o arbitral, en las condiciones ya dichas, no excluía la antijuridicidad de una conducta previa por parte de la entidad de gestión como era la fijación o establecimiento de unas tarifas generales con los caracteres antes descritos."*

Este pronunciamiento resulta especialmente esclarecedor para el caso ahora analizado pues permite concluir que el hecho de que las tarifas generales no hayan sido aplicadas por EGEDA no excluye la exigencia ineludible de su determinación con arreglo a criterios de equidad, y refuerza sin duda la posición de la CNC al considerar que la aprobación de tarifas generales excesivas e inequitativas provoca un desequilibrio entre las posiciones negociales que trasciende al resultado del pacto y evidencia un abuso de la posición dominante que la entidad de gestión sin duda ostenta.

También es de interés el siguiente razonamiento del Tribunal Supremo al ahondar en la verdadera naturaleza de las tarifas generales: *"Es cierto que en la resolución administrativa ahora impugnada el Tribunal de Defensa de la Competencia afirmó que no podía calificar las tarifas generales formuladas por AGEDI como "manifiestamente" abusivas o como un "supuesto patológico de abuso", razón por la que no sancionó la conducta de la entidad de gestión por este título (a diferencia de lo que más tarde ocurriría en expedientes ulteriores, aún pendientes del definitivo control jurisdiccional por esta Sala). Ello no impide, sin embargo, deducir que desde el punto de vista objetivo -y precisamente en virtud de las decisiones judiciales del orden civil que la recurrente incorpora a los autos- la conclusión definitiva sobre el intento de aplicar las tarifas generales en sus propios términos no deba ser la ya expuesta. En su escrito de 24 de septiembre de 2012 AGEDI se refiere a la sentencia civil de 23 de marzo de 2011 de modo sesgado, limitándose a extraer de ella las consideraciones (que ya figuraban en las sentencias anteriores a las que la Sala Primera se remite) sobre la no aplicación automática de las tarifas generales, sustituida por su control judicial a posteriori. Y lo hace no para contrastar aquellas consideraciones con las de la sentencia de la Sala de Audiencia Nacional objeto de este litigio sino tan sólo con una de las afirmaciones, la novena del punto séptimo, de la resolución administrativa de 13 de julio de 2006 impugnada ante aquella Sala. La citada conclusión 7.9 se circunscribía a la siguiente afirmación: "El Tribunal Supremo ha determinado la eficacia de las tarifas generales establecidas por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual en defecto de acuerdo entre las partes (sentencia de 18 de marzo de 1990)". No era la única, ni siquiera la más relevante de aquellas conclusiones y su contenido se limitaba a transcribir el estado de la jurisprudencia civil en aquel momento (año 2006), bajo cuyos criterios precisamente se desarrollaban las*



relaciones entre las entidades de gestión y sus usuarios. Sobre el impacto de la jurisprudencia civil ulterior, a partir del año 2009, ya hemos expresado en el fundamento jurídico noveno de esta sentencia cómo se mantiene la eficacia inicial de las tarifas generales, antes del resultado de su escrutinio judicial, en los términos del artículo 157.2 de la Ley de Propiedad Intelectual. En suma, la invocación de la sentencia de 23 de marzo de 2011 viene a corroborar, más que a contradecir, que la actuación de AGEDI en este supuesto partía de unas tarifas generales excesivas y discriminatorias cuya aplicación aquella entidad, tras remitirse a ellas en su oferta a los operadores televisivos privados, reivindicó más tarde mediante el ejercicio de acciones judiciales. El resultado de éstas fue contrario a sus pretensiones sin perjuicio de que, lógicamente, las sentencias civiles reconocieran su indiscutible derecho a percibir la remuneración equitativa que, muy inferior a la solicitada como consecuencia de la aplicación de aquellas tarifas generales, procedía".

Conclusión obligada de lo que sin duda constituye ya jurisprudencia sobre la materia es que la determinación de tarifas generales abusivas -aquí hemos visto que lo son, por inequitativas y excesivas- afecta al proceso negociador dirigido a determinar las tarifas convenidas, de aplicación preferente a las generales. Aprobadas éstas en aquellos términos -inequidad y exceso-, se consuma la infracción pues se constata que la entidad gestora se prevalece de su posición dominante, ya que solo a ella le corresponde la aprobación, incurriendo en el abuso prohibido.

[...] Procede abordar ahora la eventual discriminación operada respecto de la determinación de las tarifas negociadas, imputación que sostiene la CNC al afirmar que *"No solo resulta abusiva la fijación de la tarifa general, sino que el esquema de tarifas efectivas fruto de la negociación planteada por EGEDA conduce a resultados igualmente inequitativos"*.

Al margen de lo que acabamos de exponer en el fundamento anterior acerca de la afectación del proceso negociador por razón de la fijación de unas tarifas generales abusivas, referencia que gravita de manera necesaria por su aplicación supletoria sobre la negociación, sostiene la CNC que EGEDA ha actuado de manera discriminatoria en sus acuerdos con los establecimientos hoteleros.

Y ello por dos razones.

En primer lugar, por no exigir el pago de los derechos que gestiona a los hoteles de dos o menos estrellas.

Aunque la entidad demandante niega el hecho en sí -la exención a estos establecimientos-, y aporta una tabla referida a algunos hoteles de esta categoría con los que, supuestamente, ha suscrito contratos (relaciona un total de 25), es lo cierto que, ni se acompañan tales contratos, ni, y es éste un hecho contrastado, se aprobaron tarifas generales respecto de tales establecimientos.

En cualquier caso, no existe razón objetiva que justifique, desde la perspectiva de la naturaleza de los derechos objeto de protección en los términos que venimos refiriendo, un trato distinto a dichos hoteles, y la limitación o exención de que pudieran beneficiarse tiene una repercusión económica que deviene anticompetitiva.

Más evidente es el segundo de los motivos por los que la CNC advierte la discriminación, y que se refiere a las ventajas dispensadas en forma de descuentos distintos y superiores aplicados a algunas cadenas de hoteles respecto de los hoteles individuales o que forman parte de asociaciones hoteleras. Estas ventajas consistirían, de acuerdo con lo reflejado en los apartados 45 y siguientes del relato de "Hechos acreditados en el expediente" que recoge la resolución de 2 de marzo de 2012, en que, con independencia de la ocupación de los hoteles pertenecientes a las cadenas firmantes del acuerdo, pagarían la ocupación mínima, aplicándose además tarifa de tres estrellas a los hoteles de cuatro.

Coincidimos también en este caso con la autoridad de competencia en cuanto al carácter discriminatorio de tales ventajas, advirtiendo de la especial responsabilidad que recae sobre EGEDA en razón a su posición dominante y de la que deriva una particular obligación en orden a justificar cumplidamente cualquier trato distinto del que pudiera derivar una ventaja competitiva.

Cierto es también, y en ello insiste la resolución recurrida, que no se ha dado una explicación suficiente de la relación existente entre los descuentos aplicados a las cadenas hoteleras beneficiadas y los posibles ahorros que supone contratar con una cadena frente a un hotel individual. Entendemos que no basta, precisamente por la materia que tratamos y la posición de dominio que ocupa la recurrente, con remitirse a la facilidad y ahorro que supone la contratación con una gran cadena frente a la contratación individual sin descender a explicar y cuantificar de manera suficiente la concreta correspondencia entre los descuentos aplicados y el pretendido ahorro.

Por lo demás, la transparencia en las condiciones pactadas con los establecimientos, cuya ausencia reprocha la CNC, es consustancial con el sistema de protección de derechos de propiedad intelectual y en todo caso



exigible, desde luego, a la entidad que, con carácter exclusivo, gestiona estos derechos, en el presente caso los que ostentan los autores de producciones audiovisuales.

La mera ocultación de las condiciones aplicadas en el cobro de las tarifas a unos usuarios respecto de cualesquiera otros revela ya un abuso de esa posición dominante e incurre en la prohibición del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, pues impide conocer si se han aplicado "*condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros*", términos en que se pronuncia su apartado 2.d).

Transparencia incompatible con la incorporación de las cláusulas de confidencialidad que recogen algunos de los contratos suscritos por EGEDA, como la misma reconoce en su demanda (párrafo 350, donde explica que "*la confidencialidad de los contratos resulta de un acuerdo suscrito con EGEDA y los establecimientos hoteleros y es una práctica normal de la relación comercial*"). » .

El recurso de casación se fundamenta en la alegación de que la sentencia impugnada infringe el artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, y las letras f) y g) del artículo 20.2 y el artículo 157 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, la Orden ECD 25/4/2015, de 2 de diciembre, y el artículo 16.2 de la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior, con relación al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

También se aduce que la sentencia recurrida vulnera la jurisprudencia formulada en aplicación de dichas normas.

Partiendo del concepto de remuneración adecuada o equitativa de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, se expone que la determinación de las tarifas exige tener en cuenta el valor económico de su utilización por el usuario.

Conforme a este presupuesto, se arguye que la utilización de los derechos de propiedad intelectual por los hoteles, mediante el ofrecimiento de servicios de televisión en las habitaciones, se realiza con un interés económico (influye en la categoría del hotel y, por lo tanto, en los precios de las habitaciones, lo que le genera un beneficio económico), que revela la razonabilidad del criterio de la categoría del hotel para determinar el importe de las tarifas.

Se afirma que la sentencia impugnada yerra al sostener que la toma en consideración de la categoría del hotel equivale a tener en cuenta el rendimiento del hotel o su situación económica.

Se cuestiona la sentencia porque concluye que EGEDA abusa de su posición de dominio por ese trato distinto de los diferentes hoteles, pues no tiene en cuenta que el margen de que sea posible que existan tarifas diferentes respecto a la misma modalidad de utilización de los derechos de propiedad intelectual. Lo relevante -se afirma- es que no toda diferencia entre usuarios de una misma naturaleza y modalidad de explotación constituye un abuso de posición dominante, ya que la constatación de esta conducta exige acreditar que las condiciones desiguales para prestaciones equivalentes ocasiona una desventaja competitiva.

En segundo término, se aduce que la sentencia vulnera el artículo 24 de la Constitución, el artículo 6, apartado 2, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con el artículo 2 del Reglamento 1/2003 y las normas de competencia, así como la jurisprudencia, al sostener que las tarifas generales son abusivas por excesivas.

Se argumenta que el Tribunal de instancia ha conculcado la presunción de inocencia, en la medida que aprueba un incumplimiento manifiesto de la Comisión Nacional de la Competencia de su obligación de acreditar los elementos esenciales de la infracción que imputa, trasladando a EGEDA la carga de justificar su conducta.

En tercer término, se alega que la sentencia impugnada infringe el artículo 24 de la Constitución y el artículo 2 del Reglamento 1/2003, en relación con el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como infringe, por inaplicación o por interpretación errónea, la jurisprudencia relativa a las presunción de inocencia, en cuanto sostiene que ha quedado acreditado que existe una estrategia abusiva.

En último término, se expone que la sentencia impugnada vulnera el artículo 24 de la Constitución, el artículo 6, apartado 2, del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 47 de la Carta de Derechos

Fundamentales de la Unión Europea, en relación al artículo 2 del Reglamento 1/2003 , al sostener que las tarifas referidas son abusivas por discriminación.

Se cuestiona la sentencia de instancia porque afirma que EGEDA ha cometido un acto discriminatorio por no exigir el pago de los derechos de gestión a los hoteles de dos o menos estrellas, pues esa apreciación es errónea.

Se argumenta también que se ha demostrado que las tarifas generales se aplicaban a dichas categorías de hoteles.

Se alega que no existe discriminación porque EGEDA haya suscrito más o menos contratos con usuarios de diferentes categorías, pues ello no acredita la existencia de un trato distinto ni que se haya ocasionado desventaja competitiva alguna.

SEGUNDO.- Sobre la formación de jurisprudencia relativa a la determinación de si las tarifas cuestionadas en el proceso resultan inequitativas y excesivas y dan lugar a la existencia de un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

La cuestión sobre la que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo debe pronunciarse para la formación de jurisprudencia, consiste en determina si las tarifas cuestionadas en el proceso -tanto en lo que se refiere a la fijación de tarifas de diferente cuantía según la categoría de los hoteles (estrellas) como en lo relativo a la fijación de unas tarifas generales de cuantía más elevada que luego pueden resultar rebajadas en virtud de negociación- resultan o no inequitativas y excesivas hasta el punto de dar lugar a la existencia de un abuso de posición dominante.

A tal efecto, resulta pertinente poner de manifiesto que la respuesta jurisdiccional que demos a la cuestión, que presenta interés casacional objetivo para la fijación de jurisprudencia, comporta analizar si, tal como propugna la defensa letrada de la Entidad recurrente en su escrito de interposición, la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional impugnada infringe el artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001 , relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, así como los artículos 20 y 157 de la Ley de Propiedad Intelectual , aprobado su texto refundido por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

Debe quedar al margen de este proceso valorar si la mencionada sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha conculcado el artículo 16.2 de la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 , relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior, así como la Orden ECD/257/2015, de 2 de diciembre, por tratarse de normas y disposiciones que no estaban vigentes con anterioridad a adoptarse la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de marzo de 2012.

Cabe referir, en primer término, que esta Sala considera que el Tribunal de instancia no ha incurrido en error de Derecho al afirmar, partiendo del concepto de grabación audiovisual y de la naturaleza de los derechos de propiedad intelectual que gestiona la entidad sancionada, que la fijación del importe de las tarifas, según la categoría del hotel, carece de justificación.

Esta Sala comparte el criterio de la sentencia de instancia que sostiene que no cabe apreciar la existencia de una relación razonable entre la categoría del hotel y la prestación de la entidad de gestión EGEDA, ya que la valoración económica de dichos derechos no depende de la posición o situación económica del destinatario o usuario y, por tanto, en ese supuesto, del rendimiento que eventualmente pueda obtener el establecimiento hotelero.

Cabe subrayar, al respecto, que el pronunciamiento del Tribunal de instancia se sustenta en la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo fijada en la sentencia de 19 de marzo de 2013 (RC 2125/2009), en que, siguiendo los razonamientos jurídicos expuestos en las sentencias de la Sala Primera de este Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2008 , de 18 de febrero de 2009 , 7 de abril de 2009 , 13 de diciembre de 2010 y 22 de marzo de 2011 , corroboramos que para determinar el importe de la remuneración no cabe acudir a tarifas generales si éstas no tienen un «carácter equitativo», y no lo tienen cuanto adoptan como base exclusiva de cálculo los rendimientos obtenidos por el operador televisivo y prescinde del uso efectivo.

Cabe, asimismo, recordar que en la precedente sentencia de esta Sala jurisdiccional de 28 de octubre de 2016 (RC 2234/2004), se ratifica el carácter inequitativo de las tarifas fijadas por la entidad de gestión EGEDA, tal



como se había apreciado en la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de enero de 2014 (RCA 867/2000 y acumulados 869/2000 y 892/2000).

Por ello, esta Sala sostiene que el Tribunal de instancia ha realizado una interpretación razonable y no arbitraria del artículo 157.1 b) del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, que dispone que las entidades de gestión están obligadas «a establecer tarifas generales, simples y claras que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa. El importe de las tarifas se establecerá en condiciones razonables, atendiendo al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad del usuario, y buscando el justo equilibrio entre ambas partes, para lo cual se tendrán en cuenta al menos los siguientes criterios: 1.º El grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario. 2.º La intensidad y relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario. 3.º La amplitud del repertorio de la entidad de gestión. A estos efectos, se entenderá por repertorio las obras y prestaciones cuyos derechos gestionan una entidad de gestión colectiva. 4.º Los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio. 5.º El valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de tarifas. 6.º Las tarifas establecidas por la entidad de gestión con otros usuarios para la misma modalidad de utilización. 7.º Las tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros Estados miembros de la Unión Europea para la misma modalidad de uso, siempre que existan bases homogéneas de comparación. La metodología para la determinación de las tarifas generales se aprobará mediante orden del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, previo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos» .

De la lectura de esta disposición legal se desprende que se confiere a las entidades de gestión un amplio margen de apreciación para fijar las tarifas que deben abonar los usuarios de obras y grabaciones audiovisuales, que en ningún caso podrán ser abusivas por su carácter inequitativo, desproporcionado, extensivo o discriminatorio, por ser esa actuación incompatible con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

En este sentido, procede señalar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 11 de diciembre de 2008 (C-52/07), ha afirmado que «el artículo 82 CE debe interpretarse en el sentido de que, al calcular las tarifas percibidas en concepto de retribución debida por la difusión por televisión de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual de modo diferente según se trate de sociedades de televisión privadas o de sociedades de servicio público, una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual puede explotar de forma abusiva su posición dominante a efectos de dicho artículo cuando aplica a estas sociedades condiciones desiguales para prestaciones equivalentes y les ocasiona por este motivo una desventaja competitiva, salvo que tal práctica pueda estar objetivamente justificada».

Por ello, resulta reprochable, desde la perspectiva de aplicación del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia la conducta llevada a cabo por la entidad de gestión EGEDA durante el periodo analizado, en cuanto es constitutiva de abuso de la posición de dominio.

Tal como sostuvo el Tribunal de instancia, con convincente rigor y solidez jurídica, la conducta imputada a la entidad de gestión EGEDA consistente en determinar el importe de las tarifas aplicables en función de la categoría del hotel (cobrando tarifas más elevadas a los hoteles de gran lujo o de cinco estrellas y eximiendo de la obligación de pago a los hoteles de dos o menos estrellas), en la medida en que la variable seleccionada carece de justificación, pues no guarda relación ni con la naturaleza y el valor económico de la prestación de los servicios de comunicación pública de obras audiovisuales protegidas ni con la utilización efectiva de los referidos derechos.

Resulta irrelevante, a estos efectos, la integración de hechos que se propugna por la defensa letrada de la parte recurrente para que se reconozca que las tarifas generales fueron el resultado de un acuerdo entre la entidad de gestión EGEDA con la Federación de Hostelería y Restauración de (FEHR) porque el origen convencional de las normas no excluye que la estrategia de determinación de tarifas examinada puede caracterizarse como abuso de posición de dominio.

Debe advertirse, además, que al amparo de esta petición de integración de hechos se pretende, en realidad, la revisión de la valoración de las pruebas realizada por el Tribunal de instancia, lo que excede del marco estricto del recurso de casación al no invocarse la infracción de ninguna norma de carácter procesal.

El apartado del escrito de interposición del recurso de casación en que se imputa a la sentencia impugnada la vulneración de la presunción de inocencia, que garantiza el artículo 24 de la Constitución, el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en cuanto aprueba -según se aduce- un incumplimiento manifiesto por la Comisión Nacional de la



Competencia de la obligación de acreditar los elementos esenciales de la infracción que imputa a la entidad de gestión EGEDA, no puede prosperar.

En efecto, esta Sala no comparte la tesis argumental que desarrolla la defensa letrada de la entidad de gestión recurrente, respecto de que la sentencia de instancia habría vulnerado el derecho a la presunción de inocencia y el derecho de defensa, al no tener en cuenta que tuvo que asumir la carga de justificar, en la tramitación del expediente sancionador, que su conducta no era constitutiva de infracción de las normas de competencia.

Estimamos que este reproche casacional se dirige contra la actuación de la Comisión Nacional de la Competencia por no apreciar que las tarifas generales no eran excesivas, tal como había aducido la entidad de gestión investigada.

Cabe, asimismo, referir que observamos que en este planteamiento subyace la expresión de una mera discrepancia con razonamientos contenidos en la sentencia de instancia relativos al carácter desproporcionado de las tarifas generales aprobadas. En este sentido, consideramos que el Tribunal de instancia acierta al sostener que las tarifas aplicadas como resultado de las negociaciones con los establecimientos hoteleros fueron muy inferiores, lo que evidenciaría que no se habían fijado en función del valor económico de la prestación, que estimamos plenamente convincente.

También se cuestiona en la exposición de este apartado del recurso de casación, que la sentencia impugnada resalte que las tarifas generales comunicadas en el mes de mayo de 2011 sean inferiores a las tarifas generales, pues entendemos que esta circunstancia no resulta determinante para desvirtuar la apreciación del Tribunal de instancia respecto de la irregularidad de las tarifas generales aprobadas por la entidad de gestión EGEDA en el periodo en que se prolongó la infracción.

El reproche que se formula a la sentencia en tercer término, consistente en que ha vulnerado la presunción de inocencia infringiendo el artículo 24 de la Constitución , y el artículo 2 del Reglamento 1/20103, en relación con el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia , y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , en cuanto se refiere a la apreciación de una estrategia de negociación abusiva que se atribuye a la entidad de gestión EGEDA, no puede ser acogido.

En efecto, cabe advertir, en primer término, que en la formulación de este apartado en que se articula el escrito de interposición del recurso de casación, la defensa letrada de la parte recurrente, tal como ponen de relieve el Abogado del Estado y la Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos en sus escritos de oposición, elude realizar una crítica específica a la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida.

En este sentido observamos que la parte recurrente se limita a reproducir, sustancialmente, argumentos expuestos en la instancia, lo que no se ajusta a los requisitos establecidos en el artículo 92.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , en la redacción introducida por la Ley Orgánica 7/2015, que exige desarrollar razonablemente las cuestiones planteadas que revisten interés casacional, cuyo cumplimiento es exigible para respetar la naturaleza extraordinaria del recurso de casación.

Ello no obstante, resulta procedente subrayar que carece de fundamento el alegato que se formula respecto de que «el objeto de las estrategias abusivas que se atribuye a EGEDA es irracional», porque no tendría sentido -según se afirma- comunicar unas tarifas generales para inducir a los usuarios a firmar acuerdos con la entidad de gestión y pactar tarifas negociadas, pues este hecho se basa en meras suposiciones.

Como se refiere en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia impugnada, lo determinante para apreciar en este supuesto la existencia de una conducta abusiva en los términos que establece el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , es que se ha constatado que las tarifas generales aprobadas (que resultan inequitativas y excesivas), han afectado de forma significativa al proceso negociador, favoreciendo que la entidad de gestión se prevalezca de su posición dominante.

En último término, también cabe rechazar el apartado del escrito de interposición en que se denuncia que la sentencia impugnada vulnera la presunción de inocencia garantizada por el artículo 24 de la Constitución , el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento 1/2003 , y la jurisprudencia, al sostener que las tarifas negociadas son abusivas por discriminatorias.

Cabe, asimismo, referir, que el escrito de interposición del recurso de casación adolece en la formulación de este extremo del rigor argumentístico exigido, de acuerdo con la técnica casacional, en la medida en que en su planteamiento subyace la pretensión de que se corrijan, en el marco de este recurso de casación, los errores en la fijación de los hechos en que habría incurrido el Tribunal de instancia, y se revise la valoración del material probatorio.



Ello no obstante, procede referir que esta Sala considera convincente los razonamientos que expone el Tribunal de instancia en el fundamento jurídico octavo de la sentencia impugnada, para sostener que la entidad de gestión EGEDA ha actuado de manera discriminatoria en la formalización de acuerdos con los establecimientos hoteleros, en cuanto no existe razón objetiva que justifique, desde la perspectiva de una naturaleza y modalidad de los derechos objeto de protección, un trato distinto a hoteles de diferentes categorías ni la exención de la que pueden beneficiarse determinados establecimientos hoteleros, lo que genera desventajas competitivas entre los mismos.

Procede, asimismo, precisar que, contrariamente a lo que propugna la defensa letrada de la entidad gestora recurrente, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2017 (C-177/10), no tiene incidencia en la resolución de este recurso de casación.

Al respecto, observamos que en este proceso casacional, a diferencia del litigio suscitado ante el Tribunal Supremo de Letonia que dió origen al planteamiento de la cuestión prejudicial, no tiene tal relevancia el modelo comparativo internacional utilizado para determinar si las tarifas aplicadas por la entidad de gestión EGEDA por la prestación del servicio de comunicación público de obras o grabaciones audiovisuales en establecimientos hoteleros son inequitativas, pues la sentencia de instancia se fija en que el valor económico de los derechos objeto de protección no puede depender del rendimiento que pueda obtener el usuario y en que ha quedado acreditado que las tarifas son desproporcionadamente elevadas atendiendo al Informe «Comparative table of copyright and neighbouring rights fees», elaborado por Hotrec.

Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala, dando respuesta a la cuestión planteada en este recurso de casación que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, considera que:

1) Constituye abuso o explotación de la posición de dominio prohibido por el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , en relación con lo dispuesto en el artículo 157 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, y el artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001 , relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, la actuación de una entidad gestora de derechos de propiedad intelectual objeto de protección consistente en imponer tarifas a los usuarios por la prestación de servicios de comunicación pública de obras o grabaciones audiovisuales que, como acontece en el proceso enjuiciado en este recurso de casación, cuya determinación se efectúe mediante el establecimiento de condiciones económicas desiguales para prestaciones equivalentes que carecen de justificación, en cuanto objetivamente no guardan relación con el valor económico de los derechos que se retribuyen.

2) Constituye abuso o explotación de la posición de dominio prohibido por el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , en relación con lo dispuesto en el artículo 157 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, y el artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001 , relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, la actuación de una entidad gestora de derechos de propiedad intelectual objeto de protección consistente en diseñar y aplicar una estrategia de fijación de tarifas inequitativas y excesivas a los usuarios por la prestación de los servicios de comunicación pública de obras o grabaciones audiovisuales aunque ulteriormente en su aplicación, como acontece en el proceso enjuiciado en este recurso de casación, puedan ser objeto de reducción a través de un proceso negociador, del que resulta un tratamiento desigual y discriminatorio.

En consecuencia con lo razonado, procede declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (EGEDA) contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 2016, dictada en el recurso contencioso-administrativo 203/2012 .

TERCERO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley de la Jurisdicción , la Sala acuerda que no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes, abonando cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad, y tampoco procede la imposición de las costas de instancia, pues la controversia planteada suscitaba dudas de derecho suficientes como para considerar improcedente la condena en costas al litigante vencido.



FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

Primero.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (EGEDA) contra la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el 29 de septiembre de 2016, dictada en el recurso contencioso-administrativo 417/2015 .

Segundo.- No procede efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación ni las originadas en la instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Pedro Jose Yague Gil Eduardo Espín Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech

Jose Maria del Riego Valledor Angel Ramon Arozamena Laso

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.