



Roj: **SAN 2727/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:2727**

Id Cendoj: **28079230062017100208**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **22/06/2017**

Nº de Recurso: **471/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000471 / 2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04597/2013

Demandante: ASOCIACION DE GESTION DE DERECHOS INTELECTUALES (EN ADELANTE, AGEDI)

Procurador: DÑA. MARÍA DOLORES MAROTO GÓMEZ

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Codemandado: D. Jacinto

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N°:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintidos de junio de dos mil diecisiete.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **471/2013**, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. María Dolores Maroto Gómez, en nombre y en representación de la entidad ASOCIACION DE GESTION DE DERECHOS INTELECTUALES (en adelante, AGEDI), contra la Resolución dictada en fecha 26 de agosto de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador nº NUM000 , AGEDI, resolución que agota la vía administrativa. Ha sido parte en autos la Administración demandada representada



por el Abogado del Estado y como parte codemandada ha comparecido D. Jacinto representado por el Procurador D. Luis Amado Alcántara.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que dicte sentencia por la que, estimando el presente recurso se declare la nulidad y se retrotraiga el procedimiento al momento de la practica de las pruebas propuestas en el expediente administrativo; o bien se acuerde la nulidad de la resolución impugnada.

SEGUNDO. - Tanto el Abogado del Estado como la defensa de la parte codemandada contestan a la demanda mediante escritos en los que suplican se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO. - Una vez practicadas las pruebas admitidas a trámite se dio traslado a las partes para que presentaran escritos de conclusiones y aportados quedaron los autos pendientes para votación y fallo.

CUARTO. - Para votación y fallo del presente proceso se señaló la audiencia el día 31 de mayo de 2017.

QUINTO. - En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. BERTA SANTILLAN PEDROSA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - En el presente recurso contencioso administrativo se impugna la Resolución dictada en fecha 26 de agosto de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador nº NUM000 , AGEDI, resolución que agota la vía administrativa.

Dicha resolución acuerda:

"PRIMERO.- Declarar acreditada la existencia de una infracción del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en un abuso de la posición de dominio en el mercado de gestión de derechos de reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales en gramolas, instrumentado mediante el establecimiento de un sistema inequitativo, poco transparente y discriminatorio en la gestión de los derechos de propiedad intelectual de los vídeos musicales que se explotan en las gramolas, que restringe la competencia en los mercados descendentes en los que esos derechos constituyen un input esencial.

SEGUNDO.- Declarar responsable de dicha infracción a la ASOCIACION DE GESTION DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI).

TERCERO. Imponer a la ASOCIACION DE GESTION DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) una multa de 51.250 euros por la comisión de la infracción declarada en el resuelve Primero.

CUARTO. Ordenar a la ASOCIACION DE GESTION DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) que cese en la infracción declarada en el Resuelve Primero en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.

QUINTO. Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento íntegro de esta resolución".

Concretamente, la resolución impugnada ha concluido que AGEDI en la gestión de los Derechos de Propiedad Intelectual de los productores de fonogramas y de vídeos musicales, en relación con las gramolas, ha realizado diversas conductas que constituyen abuso de su posición dominante en el mercado de gestión de derechos de reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales en gramolas. Conducta que se prohíbe en los artículos 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y que ha supuesto la comisión de una infracción única y continuada de abuso de posición dominante.

En la medida en que la conducta imputada se considera iniciada el 1 de septiembre de 2009, es de aplicación la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), en cuyo artículo 2 se dispone:

"1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:



- a) *La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.*
- b) *La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.*
- c) *La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.*
- d) *La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*
- e) *La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de tales contratos. (...)*".

Asimismo, la CNC ha considerado que la conducta de AGEDI ha infringido también el artículo 102 del TFUE , que dispone:

"Será incompatible con el mercado interior 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 interior o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) *imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;*
- b) *limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;*
- c) *aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- d) *subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos"*.

SEGUNDO.- Con el fin de centrar adecuadamente el objeto del presente proceso se considera conveniente destacar los mecanismos a través de los cuales la CNC ha entendido que AGEDI ha implementado la restricción de la competencia examinada. Y tal como se recoge en la resolución sancionadora se concreta en los siguientes modos de actuación de AGEDI:

1º.- El establecimiento de un sistema de gestión de los derechos de recaudación por la comunicación pública de los videos musicales contenidos en las gramolas que:

-Vincula injustificadamente y desproporcionadamente los derechos de comunicación pública de los videos musicales a los derechos de comunicación pública de los fonogramas.

La CNC ha entendido que AGEDI ha utilizado contratos tipo en sus relaciones con las empresas proveedoras de contenidos para gramolas, en los cuales se regulaba el sistema de acceso y de actualización de los contenidos de las gramolas. Y la CNC consideró que las condiciones impuestas eran inequitativas porque en los contratos entre AGEDI y los proveedores de contenidos se recogía una cláusula por la cual estos solo podían firmar con los operadores de gramolas el contrato por el que se autorizaba el derecho de comunicación pública de videos musicales si previamente tenían la autorización de AGEDI para la comunicación pública de fonogramas en los locales en los que se situaba la gramola. Sin dicha autorización para la comunicación pública de fonogramas, los operadores de gramolas no podían realizar la comunicación pública de los videos musicales que era el contenido fundamental de casi la totalidad de las gramolas a cuyos titulares vendían contenidos los tres proveedores de contenidos: SOUNDNET, IBERMUSIC y CASHMUSIC.

La CNC entendió que AGEDI estableció una vinculación desproporcionada e injustificada entre los derechos de comunicación pública de los fonogramas y los derechos de comunicación pública de los vídeos musicales pese a que se gestiona de forma separada y pertenecen a distintos ámbitos. Una vinculación injustificada porque, además, legalmente la obtención de la autorización para la comunicación pública de los fonogramas corresponde a los locales en que se sitúa la gramola y no a los operadores de gramolas.

-Establece unas tarifas inequitativas por los derechos de remuneración pública de videos musicales ya que:

- a) *Obliga a un tercero (los operadores de gramolas o los proveedores de contenidos subsidiariamente) a asumir el pago de estos derechos de remuneración, pese a que legalmente corresponde a los locales.*
- b) *La cuantía de estos derechos de remuneración impuestos es independiente del uso efectivo de los contenidos.*

c) La cuantía exacta de estos derechos de remuneración aplicados por AGEDI es desconocida por el operador de gramolas, al permitir AGEDI su empaquetamiento y facturación conjunta con la compra de contenidos, al no individualizar AGEDI su cuantía en los contratos con los operadores de gramolas, y al establecerla en niveles diferentes a las tarifas generales de AGEDI por el mismo concepto.

Para la CNC el sistema de pago establecido por AGEDI para el pago por los derechos de comunicación pública es inequitativo y opaco pues implica que la obligación de pago, que por ley corresponde a los locales en los que se sitúan las gramolas, se impone al operador o propietario de la gramola, quien no puede negarse puesto que es una condición impuesta para poder adquirir el contenido de derechos necesarios para poder explotar su gramola; además, si el operador de gramolas no satisface el pago establecido por los derechos de comunicación pública de videos musicales, AGEDI no resulta perjudicada porque los proveedores de contenidos vienen contractualmente obligados a hacerse cargo del abono.

Por otra parte, los operadores de gramolas están obligados a pagar mensualmente a los proveedores de contenidos por actualización y los proveedores asumen la obligación de pagar trimestralmente a AGEDI tanto por los derechos de reproducción como por los derechos de comunicación pública recaudados a los operadores de gramolas en nombre de la entidad de gestión.

En este sistema de pago dispuesto por AGEDI los operadores de gramolas desconocen que parte de lo pagado a su proveedor corresponde a la adquisición y actualización de contenidos y que parte al derecho de comunicación pública de los mismos pues, las facturas que el proveedor de contenidos gira al operador de gramolas no desglosan ambos conceptos y, además, porque los operadores de gramolas no tienen acceso al contrato firmado entre AGEDI y los proveedores de contenidos que es donde se establecen las tarifas correspondientes a la comunicación pública de los videos musicales. Estos hechos determinan que los operadores de gramolas desconozcan la tarifa que se les está aplicando por la comunicación pública de videos musicales y, por tanto, no pueden comparar este importe con las tarifas generales cobradas por AGEDI en este concepto, negociar el importe en función del caso concreto ni repercutir el cargo a los propietarios de los locales a los que correspondería legalmente el pago.

Por otra, la CNC sostiene en la resolución sancionadora que el pago a tanto alzado de periodicidad mensual que AGEDI impone a los operadores de gramolas es independiente de sus necesidades, de la utilización que hacen del repertorio, de si el uso que se realiza de la gramola en el local es principal o secundario y del tipo de local en que se situó la gramola a diferencia de lo previsto en las tarifas generales sobre el mismo concepto para los dos últimos supuestos.

2º. El tratamiento inequitativo y sin justificación objetiva de los incumplimientos contractuales por parte de los proveedores de contenidos y operadores de gramolas, que pueden llevar a la exclusión discriminatoria en algunos de ellos.

La CNC añade que, el sistema de pago seguido por AGEDI coloca a los operadores de gramolas en situación de inseguridad jurídica pues se ven obligados a asumir obligaciones que no les corresponden e incluso obligaciones que desconocen, arriesgándose a perder de forma permanente el acceso a un input esencial para el desarrollo de su actividad profesional en caso de incumplir alguna de las obligaciones que se imponen. Así se les imponen ciertas obligaciones que se recogen en los contratos suscritos entre AGEDI y los proveedores de contenidos a las que no han tenido acceso, como tampoco han tenido acceso a las tarifas que se les aplica por este concepto. Y aunque desconocen las obligaciones contractuales no obstante, su incumplimiento podía suponer desde la suspensión del servicio de actualizaciones de contenidos, a la retirada de la autorización para la comunicación pública de videos musicales, la eliminación del contenido de las gramolas y el bloqueo de los terminales y la reclamación por parte de AGEDI de las indemnizaciones previstas contractualmente en los contratos con los proveedores de contenidos.

3º. La limitación, sin justificación objetiva, del número de videos musicales que puede contener una gramola por debajo de sus posibilidades técnicas restringe la competencia.

Sobre este aspecto, la CNC sostiene que AGEDI impone dicha limitación en los contratos con los proveedores de contenidos pero que carece de justificación objetiva y técnica. Y ello tiene como efecto la limitación de la distribución de los contenidos adquiridos legalmente por los operadores de gramolas, lo que podría estar afectando injustificadamente a la capacidad competitiva de los operadores de gramola y al atractivo de las mismas de cara a los consumidores finales.

Conductas todas ellas que apreciadas en conjunto han llevado a la CNC a calificarlas como abusivas de la posición dominante que tiene AGEDI en el mercado afectado y que suponen una restricción a la competencia porque ese sistema de gestión y la conducta desplegada en la práctica por AGEDI causan una limitación injustificada de la libertad de empresa de los operadores económicos para quienes los derechos administrados

por AGEDI son un input indispensable en el ejercicio de su actividad económica. AGEDI ha reducido con su actuación las posibilidades de competir entre sí de estos operadores, alterando de forma injustificada las condiciones de competencia.

TERCERO.- En el escrito de demanda presentado por la entidad sancionada se solicita la nulidad de la resolución impugnada. Y ello en virtud de las siguientes consideraciones.

1º.- Sostiene que se han producido irregularidades en la tramitación del expediente sancionador que han vulnerado su derecho de defensa por cuanto no se admitió la práctica de las pruebas que había propuesto en vía administrativa y porque, además, no se aceptó su petición de celebración de vista. Afirma que las razones y justificaciones dadas por la CNC para no admitir la práctica de las pruebas son generales y solicita a este Tribunal que acuerde la nulidad y ordene retrotraer las actuaciones administrativas al momento de la práctica de las pruebas propuestas. Insiste en que eran pruebas esenciales y decisivas.

2º.- En cuanto al fondo de la cuestión debatida, sostiene que el mercado afectado es el mercado español y no el mercado intracomunitario o europeo como sostiene la CNC. En este sentido afirma que el mercado en el que opera es un mercado pequeño puesto que las gramolas solo operan en un tipo de local muy concreto, como son las salas de alterne.

3º.- Niega que se haya causado perjuicio a la competencia en el mercado afectado y ello porque niega que haya incurrido en una situación de abuso de posición de dominio. En relación con las tarifas no admite el carácter inequitativo y opaco imputado por la CNC y ello porque han sido previamente negociadas, son razonables, son equitativas y benefician a todos los agentes intervinientes en el mercado de la comunicación pública de los videos musicales y fonogramas en las gramolas. Insiste en la idea de que las tarifas se han pactado y que han sido los proveedores de contenidos quienes, sin ninguna medida de presión, han preferido ellos pagar la remuneración correspondiente a la Comunicación Pública de Videos musicales (CPV) aun cuando no eran los obligados para poder así ofrecer a los operadores y usuarios un producto más completo. Y sostiene que, incluso, las remuneraciones así fijadas son inferiores a las tarifas que pudieran corresponder de acuerdo con las Tarifas Generales comunicadas al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

4º.- Frente al criterio de la CNC, la recurrente sostiene que la tarifa por disponibilidad es adecuada porque una tarifa basada en el uso podría resultar inviable desde el punto de vista económico.

Destaca que si AGEDI no tuviera un acuerdo con los proveedores de contenidos, debería gestionar la relación con cada uno de los 814 locales en que se encuentran instaladas las gramolas de manera individual y, por consiguiente, debería contratar más personal administrativo del que ahora necesita en su relación con solo tres proveedores de contenidos y ello finalmente supondría el consiguiente aumento de los costes de transacción.

Y añade que, como todas las gramolas se ubican en idénticos tipos de locales, ello permite concluir que los proveedores prestan un servicio muy similar a sus clientes y que, incluso, en las actualizaciones mensuales que realizan los distintos locales también incorporan un número de videos muy parecido. De ahí que sea razonable que su cuantía sea única para todas las maquinas explotadas.

Niega que pueda concluirse que una tarifa es inequitativa por el mero hecho de que se defina a tanto alzado o por disponibilidad cuando, además, si se fijara la tarifa por el uso ello supondría un incremento sustancial del importe de la remuneración.

5º.- Finalmente invoca que la sanción de multa es desproporcionada en cuanto a su cuantía.

CUARTO.- Por el contrario el Abogado del Estado y la defensa de la parte codemandada solicitan la desestimación del recurso contencioso administrativo afirmando que la resolución sancionadora es conforme a derecho por cuanto que está acreditado el abuso de la posición de dominio que posee la recurrente, AGEDI.

QUINTO.- Centrado el objeto de debate debemos destacar que AGEDI es una entidad de gestión de las previstas en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de 22 de abril de 1996, que fue autorizada como entidad de gestión mediante Orden del Ministerio de Cultura de 15 de febrero de 1989 para gestionar los derechos de propiedad intelectual que corresponden a los productores fonográficos respecto de sus grabaciones sonoras y audiovisuales. Y hasta el 31 de diciembre de 2011 contaba con 385 asociados lo que suponía el 90% de la producción de vídeos musicales y fonogramas en España.

AGEDI tiene, por tanto, una posición de dominio por cuanto es la única entidad de gestión autorizada para hacer efectivos los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y grabaciones audiovisuales. No cabe duda de que por ello AGEDI disfruta de una posición de dominio absoluto en el mercado relevante definido puesto que, mantiene una posición de monopolio en la gestión colectiva de los derechos de



propiedad intelectual que corresponden a los productores fonográficos respecto de sus grabaciones sonoras y audiovisuales.

Y como hasta ahora hemos relatado, la CNC ha considerado que AGEDI en su gestión de los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y videos musicales, en relación con las gramolas, ha incurrido en una situación de abuso de posición de dominio por cuanto ha impuesto condiciones inequitativas y desproporcionadas que se han tipificado como infracción de práctica abusiva en el artículo 102 del TFUE y el artículo 2 de la LDC .

Por tanto, debemos analizar si las conductas desarrolladas por AGEDI permiten encuadrarse en el tipo infractor imputado por la CNC que se han calificado como constitutivas de abuso de su posición de dominio en el mercado de la gestión de los derechos de propiedad intelectual de los productores de los videos musicales y de los fonogramas, en el ámbito de las gramolas. La recurrente que no discute el mercado afectado si muestra, no obstante, discrepancia en cuanto al ámbito geográfico afectado.

Y así se inicia el análisis de la cuestión debatida determinando cual es el mercado geográfico afectado porque la recurrente entiende que solo es el mercado español frente a la CNC que ha entendido que la conducta desarrollada por AGEDI es objetivamente apta para afectar al comercio intracomunitario por cuanto:

"(i) La protección que el TRLPI otorga a los ciudadanos y empresas nacionales es extensiva a los ciudadanos y empresas de otros países comunitarios en base al artículo 165 del TRLPI . Dado que este artículo establece en su apartado a) que AGEDI puede representar a ciudadanos y empresas domiciliadas en España o en otros países miembros. Asimismo, AGEDI tiene firmados contratos de representación recíproca con entidades de gestión extranjeras.

(ii) Las conductas de AGEDI investigadas en el presente expediente son susceptibles de afectar al comercio intracomunitario, pues cualquier empresa comunitaria que opere en territorio español y necesite una autorización por el derecho de reproducción de fonogramas y videos musicales o por el derecho de comunicación pública de los videos musicales gestionados por AGEDI, en nombre de los productores, debe negociar con esta entidad que es la única entidad de gestión habilitada para ello.

(iii) Adicionalmente, las conductas de AGEDI analizadas en el presente expediente pueden excluir o dificultar la entrada de operadores de gramolas de terceros países comunitarios que puedan estar interesados en entrar en el mercado español".

Por el contrario, AGEDI niega que la conducta investigada pueda ser susceptible de afectar al comercio intracomunitario o, en su caso, los efectos sobre corrientes comerciales entre países serían indirectos atendiendo a que el mercado considerado es el de la gestión de derechos de reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales en gramolas en España.

Esta Sección rechaza dicha afirmación y se apoya por razones de seguridad jurídica y de unidad de doctrina en los fundamentos jurídicos recogidos en la sentencia dictada por esta misma Sección en fecha 10 de abril de 2015 (rec. nº 346/2012) en la que también se examinaba una sanción impuesta por la CNC a AGEDI. Y en dicha sentencia decíamos:

"La definición del mercado geográfico no plantea problemas particulares, en la medida en que tanto la CNC como las recurrentes parten de la base de que los hechos se desarrollan en España, donde operan todos los implicados en este caso. La polémica se deriva hacia la aplicabilidad del artículo 102 del TFUE . Esta cuestión ha quedado definitivamente zanjada mediante la STS de 24 de noviembre de 2014, que revoca, precisamente en este punto, la SAN de 13 de junio de 2011 que se encuentra en la base del razonamiento de la recurrente. Recuerda el TS que la cuestión ya fue explícitamente zanjada por el TJUE en la Sentencia de 11 de diciembre de 2008, (Asunto C-52/07 , STIM), declarando que "la extensión de una posición de dominio en el territorio de un Estado miembro, puede constituir una posición dominante en una parte sustancial del mercado común". Por ello, como recuerda el TS no será ni siquiera necesario, el examen de los requisitos adicionales mencionados en la Resolución recurrida para concluir que el artículo 102 TFUE , resulta de aplicación. Se citan a estos mismos efectos, como expresivas de su jurisprudencia, las sentencias de 26 de noviembre de 1998, Bronner, C/7/97 ; de 25 de junio de 1998, Dusseldorp y otros, C/203/96, apartado 60 ; de 17 de mayo de 2001 , TNT Traco, C/340/99, apartado 43 , y de 22 de mayo de 2003 , Connect Austria, C/462/99 , apartado 79".

SEXTO.- Antes de analizar la cuestión de fondo, la recurrente invoca en su defensa que en la vía administrativa se le ha causado indefensión que debe determinar la nulidad de la resolución sancionadora y ello porque se le ha denegado la práctica de las pruebas testificales y de la prueba pericial que había propuesto. Y, por ello, solicita que se retrotraigan las actuaciones administrativas al momento de su práctica para que posteriormente se celebre vista pública que igualmente había solicitado.



Sostiene la entidad actora que la denegación de determinadas pruebas cuya práctica había propuesto en vía administrativa le habría generado indefensión. En concreto, se refiere a las pruebas testificales de los representantes legales de los proveedores de contenidos así como la del representante legal de la compañía discográfica UNIVERSAL y a la prueba pericial sobre las tarifas aplicadas que incluye un estudio de los costes que implicaría la modificación de las tarifas vigentes solicitadas. Pruebas que consideraba que eran esenciales porque con ellas pretendía acreditar cómo funcionaban en la práctica los diferentes operadores del mercado afectado para desvirtuar con ello el criterio de la CNC que consideraba que se producían incumplimientos contractuales y por eso entendía que era imprescindible interrogar a quienes operaban en el mercado acerca de lo que en verdad ocurría.

Para analizar esta alegación debe partirse de que la negativa de la CNC a la práctica de las pruebas se justificó de manera expresa, y así lo refleja la misma resolución sancionadora en sus páginas 40, 41 y 42:

"...el Consejo acuerda incorporar al expediente como alegación de parte el informe elaborado por la consultora económica. En cuanto a la práctica de las pruebas propuestas por AGEDI, el Consejo comparte el análisis realizado por la DI para su rechazo en fase de instrucción y, por ello, considera que no son idóneas para los fines señalados. En el expediente constan los contratos suscritos por AGEDI con los proveedores de contenidos, a quienes la DI les ha realizado diversos requerimientos de información. Por tanto, bien podrían haber realizado las consideraciones que estimasen pertinentes sobre las cuestiones sobre las que versaría la pericial de tales proveedores. Además, nada ha impedido a AGEDI presentar por escrito esas declaraciones, como tampoco la del representante legal de Universal."

La denegación se motiva, precisamente, en atención a lo innecesario de las pruebas.

Por otra parte, no puede desconocerse la reiterada doctrina jurisprudencial sobre el alcance que cabe atribuir a la denegación de las pruebas solicitadas en el expediente administrativo y a la eventual incidencia que ello puede tener en orden a la indefensión del afectado.

La aplicación de esta doctrina al supuesto enjuiciado permite constatar que no se ha producido indefensión no solo porque la denegación de las declaraciones de los representantes legales de las entidades que eran los proveedores de contenidos estaba motivada sino porque, además, sus declaraciones no podían contradecir el resultado obtenido en el resto de las pruebas documentales que había tenido en cuenta la DI para entender que el recurrente había incurrido en una situación de abuso de posición de dominio. En todo caso, la denegación de las pruebas propuestas en vía administrativa no permite suponer, por sí sola, la acusación de indefensión.

Señala la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012 que *"En el expediente se motivó la denegación de la apertura del periodo probatorio y la inadmisión de dicha prueba y el hecho de que esa denegación se llevara a cabo por la instructora en la propuesta de resolución y no mediante resolución independiente, ninguna indefensión material puede generar a la parte recurrente, pues lo relevante es que se esgrimieron las razones que motivaron dicha denegación, que pudieron ser así conocidas por la recurrente e impugnarlas mediante el correspondiente recurso. En cualquier caso es preciso recordar que, con carácter general, los defectos de forma solo determinan la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o provoque la indefensión de los interesados, ex artículo 63.2 de la Ley 30/1992. Para que la indefensión tenga la eficacia invalidante es preciso que no se trate de meras irregularidades procedimentales, sino de defectos que causen una situación de indefensión de carácter material, no meramente formal, esto es, que la misma haya originado al recurrente un menoscabo real de su derecho de defensa causándole un perjuicio real y efectivo (entre otras, SSTC 155/1988, de 22 julio ; 212/1994, de 13 de julio ; 137/1996, de 16 de septiembre ; 89/1997, de 5 de mayo ; y 78/1999, de 26 de abril). En el mismo sentido, el Tribunal Supremo, en Sentencias de 21 de mayo 2003 (Rec. 5605/98), 24 de mayo 2006 (Rec. 4692/2000), etc., señala que las infracciones de índole formal o vicios de forma solo producen anulación del acto cuando causan indefensión real y efectiva al interesado, ya que la indefensión es un concepto material que no surge de la sola omisión de cualquier trámite. De la omisión procedimental ha de derivarse para el interesado una indefensión real y efectiva, es decir, una limitación de los medios de alegación, prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses, perjuicio real y efectivo que en el caso de autos, como hemos visto no se ha causado"*.

Recientemente, la sentencia de 30 de octubre de 2015 se pronuncia en análogos términos:

"La relevancia jurídica de las infracciones de procedimiento ha de ser analizada a la vista de lo dispuesto en el artículo 63.2 de la Ley 30/1992 y, en definitiva, del artículo 24 de la Constitución, de aplicación a los procedimientos administrativos sancionadores según doctrina del Tribunal Constitucional. La Sentencia del Tribunal Constitucional nº 212/1990 (Sala 1ª) de 20 de diciembre de 1990 (Pte: Leguina Villa, Jesús) señaló al respecto lo que sigue: "Lo que del art. 24.2 CE nace para el administrado, sujeto a un expediente sancionador, no es el derecho a que se practiquen todas aquellas pruebas que tenga a bien proponer, sino tan sólo las que sean pertinentes o necesarias (STC 192/1987), ya que - como también ha declarado este Tribunal- sólo



tiene relevancia constitucional por provocar indefensión la denegación de pruebas que, siendo solicitadas en el momento y la forma oportunas, no resultase razonable y privase al solicitante de hechos decisivos para su pretensión (STC 149/1987). Todo lo cual significa que no se produce una indefensión de relevancia constitucional cuando la inadmisión de una prueba se ha producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya constitucionalidad no se pone en duda, ni tampoco cuando las irregularidades procesales que se hayan podido producir en la inadmisión de alguna prueba no han llegado a causar un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa".

Por último, aborda la de 30 septiembre 2013 la posible subsanación en vía jurisdiccional de la prueba denegada en el expediente administrativo dado que *"... La Sala de instancia no se separa de esta interpretación cuando afirma que la denegación de la prueba pericial solicitada sobre el acta de control de campo por la Administración, efectuada con carácter tácito, no ha generado indefensión a la recurrente, ya que la misma ha podido interesar en el recurso jurisdiccional la prueba que ha estimado oportuna en defensa de sus intereses".*

Y es lo cierto que la Asociación actora ha reproducido en sede jurisdiccional la petición de prueba cuya denegación en vía administrativa denuncia y su práctica si se ha admitido por esta Sección lo que impide que pueda aceptarse la alegación de indefensión que invoca la recurrente.

Esta Sección igualmente rechaza como determinante de indefensión la denegación de la celebración de vista en la vía administrativa y para ello nos apoyamos en la sentencia antes citada dictada en fecha 10 de abril de 2015 en el rec. nº 346/2012 en la que se dijo *"...debemos partir que no existe en nuestro ordenamiento jurídico un derecho absoluto a su celebración, como puso de manifiesto la STEDH de 5 de noviembre de 2009, en el asunto Jussila. Los Tribunales y los órganos administrativos podrán convocar a las partes para ello si lo estiman pertinente, lo que no ha ocurrido en el presente caso".*

SÉPTIMO.- No se discute por ninguna de las partes intervinientes en este proceso que AGEDI tiene una posición de dominio en los mercados de gestión de los derechos de reproducción y de comunicación pública de obras audiovisuales y, entre otros, en el mercado de gestión de derechos de reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales en gramolas. La CNC en la resolución sancionadora ha entendido que AGEDI ha realizado conductas que se han calificado como constitutivas de una situación de abuso de su posición de dominio. Actuaciones que ha implementado a través de distintos mecanismos interrelacionados entre sí que deben ser valorados ahora por esta Sección para apreciar si tiene o no carácter abusivo el establecimiento de un sistema inequitativo, poco transparente y discriminatorio en la gestión de los derechos de propiedad intelectual de los derechos de propiedad intelectual de los fonogramas y vídeos musicales que se explotan en las gramolas y si ello ha restringido de forma desproporcionada e injustificada las condiciones de competencia en los mercados "aguas abajo" en los que operan los proveedores de contenidos para gramolas, los operadores de gramolas y los locales en los que se ubican las gramolas.

La CNC ha considerado que AGEDI ha restringido la competencia porque el sistema de gestión utilizado ha supuesto una limitación injustificada de la libertad de empresa de los operadores económicos para quienes los derechos administrados por ella son un input indispensable en el ejercicio de su actividad económica.

Uno 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 AGEDI, es eso lo que ha sucedido en el caso analizado, deduciendo la CNC la existencia del abuso por el hecho de que AGEDI no haya acreditado la razón del establecimiento de una única tarifa sin tener en cuenta ni el lugar donde se ubican las gramolas, ni su uso.

Procede plantearse entonces, al abordar las alegaciones relativas a la responsabilidad especial a que se refiere AGEDI si las tarifas son o no equitativas y si resulta justificada la crítica de la CNC respecto del hecho de fijarse una única tarifa sin distinguir ni el tipo de local ni el uso de la reproducción y comunicación pública de los fonogramas y de los videos musicales en las gramolas.

Son varias las actuaciones realizadas por la recurrente que han llevado a la CNC a concluir que AGEDI ha incurrido en una situación abusiva de su posición de dominio. Y entre ellas se encuentra la decisión de AGEDI de fijar tarifas únicas sin distinguir el uso de los derechos de propiedad intelectual que gestiona. AGEDI no niega que haya establecido tarifas únicas pero justifica dicha actuación negando que ello haya supuesto abuso de su posición de dominio. En este sentido, AGEDI sostiene que el establecimiento de una tarifa única no es ni abusiva ni inequitativa y ello por dos motivos esenciales: (1) alude a criterios tales como de facilidad en



el cobro de la misma, de comodidad en el control y más económica si son los proveedores de contenidos quienes, a pesar de que no están obligados, les abonan los derechos de Comunicación Pública de Videos musicales en nombre de local - usuario final de dichos derechos y, por tanto, el obligado al pago- para así AGEDI poder asegurarse el cobro de sus derechos sin necesidad de establecer un sistema en el que AGEDI si tuviera que reclamar las tarifas a los titulares de los locales donde se ubican las gramolas, dada la naturaleza de su actividad empresarial -especialmente nocturna-, ello supondría asumir costes de personal, de control, de contabilidad... y finalmente ello significaría elevar el importe de las tarifas; (2) y, además, ante la identidad de los locales en los que se ubicaban las gramolas -locales de alterne- ello justificaba que se establecieran precios equivalentes para prestaciones equivalentes. Equidad que la recurrente afirma que se demuestra con el informe elaborado por COMPASS LEXECON y, además, acredita que económicamente resultaría muy perjudicial fijar tarifas atendiendo al uso efectivo del repertorio ya que ello hubiera supuesto la necesidad de realizar un seguimiento del uso efectivo de los videos musicales en las gramolas por parte de los locales de alterne, que es el lugar donde se encuentran con exclusividad. Y ese seguimiento, según expone la recurrente, hubiera supuesto incrementar el número de agentes y de administradores de AGEDI quienes deberían haber atendido 49 provincias con unos 12 locales en cada una de ellas y, al final, ese despliegue hubiera supuesto un incremento de la tarifa. Por ese exclusivo motivo se optó, según expone AGEDI, por fijar una tarifa única dada la similitud entre los locales en los que se instalaban las gramolas que permitía presumir que existía un uso muy parecido entre todos ellos.

Sin cuestionar esta afirmación, el que resulte difícil o muy costoso constatar esa utilización efectiva no convalida el empleo del parámetro de la disponibilidad, desde luego inequitativo por cuanto significaba una misma tarifa para todos los locales en los que hubiera gramolas con independencia del uso de los derechos de comunicación pública. La equidad exigía, en este caso, ajustar el importe percibido por AGEDI a la difusión efectiva y real de los contenidos audiovisuales protegidos. Y el establecimiento de una tarifa idéntica para todos los usuarios no sirve a esa finalidad pues no tiene en cuenta si dichos locales hacen o no uso, ni del tiempo que lo usan 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 considera que la determinación de las tarifas 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 se produce, evidentemente, cuando se establece una tarifa única al margen de la efectiva difusión.

Razona la referida sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2013, 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".

Por su parte, 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 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. ° *El grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.*
2. ° *La intensidad y relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.*
3. ° *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. ° *Los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio.*
5. ° *El valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de tarifas.*
6. ° *Las tarifas establecidas por la entidad de gestión con otros usuarios para la misma modalidad de utilización.*
7. ° *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.*

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".*

Queda así constatado el carácter abusivo de las tarifas que AGEDI impone al entenderse inequitativas cuando se fijan de forma unitaria e idéntica para todos los usuarios sin tener en cuenta como parámetro el uso efectivo del repertorio. Calificación que coincide con la declaración recogida en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, dictada en fecha 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 la verdadera naturaleza de las tarifas 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 imponen que la cuantificación se realice con arreglo a criterios de equidad. Conclusión obligada de lo que sin duda constituye ya jurisprudencia sobre la materia es que la determinación de tarifas inequitativas consume la infracción pues se constata que la entidad gestora se prevalece de su posición dominante incurriendo en el abuso prohibido fijando una tarifa única. Esta Sección no comparte los argumentos en los que la recurrente se apoya para justificar una tarifa única. En esta cuestión entendemos que cuando se fija una tarifa única para todos los locales de ocio, con independencia de su horario, ubicación, aforo, tamaño, recaudación, preferencia de repertorio..., ello significa que no se deja margen para que en la negociación se pueda adaptar la tarifa a cada usuario.

Asimismo, se aprecia el abuso analizado cuando AGEDI, a través de los contratos formalizados con los proveedores de contenidos, se observa que quiere ejercer su papel de gestor de los derechos de propiedad intelectual analizados sin complicaciones en la obtención del importe de la tarifa analizada de tal modo que,

impone a los proveedores de contenidos la obligación de pago de las citadas tarifas de forma subsidiaria para el caso de que no se paguen por el operador de gramolas. Con esa decisión AGEDI impone a los proveedores de contenidos el pago de una remuneración que no les corresponde sin que, además, puedan negarse a su aceptación porque, en caso contrario, se les impediría ser proveedores de los contenidos musicales de las gramolas. Por otra parte, es obvio que aunque pueda ser cierto que los proveedores de contenidos han firmado voluntariamente ese sistema de pago, no obstante, ello no es motivo que permita excluir de responsabilidad a AGEDI que, como operador con posición de dominio, tiene que establecer un sistema equitativo y transparente en la recaudación de los derechos que gestiona y el sistema que ha implementado restringe el margen para competir de los operadores de gramola que no pueden negociar ni discrepar de la tarifa impuesta porque se ha fijado con los proveedores de contenidos. Y ello porque ha sido AGEDI quien ha determinado tanto el contenido de sus acuerdos con los proveedores de contenidos como el de los acuerdos de estos últimos con los operadores de gramolas. Y con ese sistema AGEDI ha impedido a los operadores de gramolas negociar las cantidades a pagar por la comunicación pública de videos musicales restringiendo así la libertad de empresa y alterando así las condiciones de competencia entre estos operadores.

Igualmente, se aprecia abuso en la posición de dominio que tiene AGEDI y se limita la libertad de empresa y la competencia entre los operadores afectados cuando invoca razones técnicas -existencia de un software de encriptación distinto- para imponer a los operadores de gramolas la obligación de que solo pueden suministrarse contenidos de forma exclusiva de un mismo proveedor (cláusula segunda del Anexo V firmado por los operadores de gramolas). Esta afirmación no se ha acreditado con ningún informe pericial dado el carácter técnico de la misma; incluso los proveedores de contenidos autorizados han manifestado que es posible adaptar las maquinas a otros sistemas de encriptación a un coste razonable.

En consecuencia, esta Sección entiende que la exclusividad fijada por AGEDI no está justificada objetivamente y contribuye de forma apreciable al establecimiento de un sistema inequitativo y poco transparente en la gestión de los derechos de propiedad de videos musicales en gramolas, lo que perjudica a los operadores de gramolas y distorsiona el funcionamiento competitivo de los mercados relacionados con la explotación de contenidos audiovisuales en gramolas.

OCTAVO.- Por otra parte, y en conexión con lo analizado, resulta que los contratos que AGEDI formaliza con los proveedores de contenidos están dotados de cláusulas que penalizan y conllevan la exclusión del mercado, en caso de que cualquier distribuidor (proveedor u operador) varíe dichas condiciones. Además, en la firma de los citados contratos no participan los operadores de gramolas por lo que no conocen ni el contenido de las cláusulas del contrato ni las tarifas relativas a los derechos de propiedad intelectual, ni participan en la determinación de las mismas en dichos contratos y, sin embargo, se les impone la firma de un anexo (anexo V de los contratos entre AGEDI y los proveedores de contenidos) por parte de los distribuidores y/o proveedores, anexo que se ha redactado por AGEDI e impuesto también a los primeros, so pena de excluirlos del mercado. Por otra parte, los usuarios desconocen el importe exacto de las tarifas reclamadas por los derechos derivados de la comunicación pública analizada, a pesar de que son ellos los obligados al pago, e incluso AGEDI impone que lo sean los distribuidores quienes los recaudan a través de los operadores de gramolas, y se facturan mensualmente en un único concepto junto a los soportes que albergan los contenidos. Y si los usuarios, que son los obligados al pago de las tarifas, desconocen las tarifas, difícilmente puede admitirse que se está ante una negociación de tarifas equitativa.

NOVENO.- Por otra parte, AGEDI vincula injustificadamente los derechos de CMV (derechos de comunicación pública de videos musicales en gramolas) de los derechos de CMF (derechos de comunicación pública de fonogramas en gramolas). Sobre esta imputación AGEDI admite que en el TRLPI se regula de manera diferente el derecho de reproducción de fonogramas y de videos musicales del derecho de comunicación pública de videos y del derecho de comunicación pública de fonogramas. E incluso acepta que era posible que en los contratos que firmaba AGEDI con los proveedores de contenidos para gramolas pudieran resultar ambiguos en este ámbito -hasta tal punto de que se han modificado con posterioridad -.

DÉCIMO.- Por último denuncia la recurrente la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta al no haberse vulnerado el principio de legalidad por cuanto la multa impuesta "excede de los límites máximos previstos por la LDC".

La resolución indica literalmente, tras razonar sobre la incidencia en el mercado de la conducta sancionada, que "todo ello acredita un tipo según la Comunicación de multas del 10% del volumen de negocios del mercado afectado".

Es decir, para su determinación se han tenido en cuenta los criterios establecidos en la "Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1 , 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad



Europea" (BOE de 11 de febrero de 2009) y, en consecuencia, se ha fijado a partir de un método de cálculo no conforme a Derecho con arreglo al criterio adoptado por el Tribunal Supremo en sentencia dictada con fecha 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013), reiterado en otras muchas posteriores.

Es por ello por lo que procede la estimación parcial del recurso en el único sentido de anular la sanción de multa impuesta y se acuerda que se remitan las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que determine e imponga dicha multa en el porcentaje que resulte conforme a los criterios legales de graduación debidamente motivados, y en aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, interpretados en los términos expuestos por el Tribunal Supremo.

UNDÉCIMO .- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas dado el carácter parcialmente estimatorio del fallo.

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso contencioso-administrativo núm. **471/2013**, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. María Dolores Maroto Gómez, en nombre y en representación de la entidad ASOCIACION DE GESTION DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI), contra la Resolución dictada en fecha 26 de agosto de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador nº NUM000, AGEDI, resolución que agota la vía administrativa, 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.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 28/06/2017 doy fe.