



Roj: **SAN 3604/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:3604**

Id Cendoj: **28079230062016100340**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **29/09/2016**

Nº de Recurso: **203/2012**

Nº de Resolución: **366/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000203 / 2012

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04743/2012

Demandante: ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (EGEDA)

Procurador: D^a EVA GUINEA RUANES

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Codemandado: CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE HOTELES Y ALOJAMIENTOS TURÍSTICOS

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

S E N T E N C I A N º:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintinueve de septiembre de dos mil dieciséis.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 203/12 promovido 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; habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del



Estado, e interviniendo como codemandada la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE HOTELES Y ALOJAMIENTOS TURÍSTICOS, representada por el Procurador D. Manuel Sánchez Puelles.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que *"1.- Declare nula o anule íntegramente la Resolución de 2 de marzo de 2012. 2.- Subsidiariamente, para el caso de que esta Sala considere que los procedente es sancionar a mi representada, anule parcialmente la resolución de 2 de marzo de 2012 en cuanto impone una sanción de 478.51 euros a esta parte o proceda a la reducción significativa de dicha sanción en los términos expuestos en los fundamentos de esta demanda"*.

SEGUNDO .- El Abogado del Estado y la entidad codemandada contestaron a la demanda mediante sendos escritos en los que suplicaban se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO .- Habiendo quedado el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 6 de julio de 2016, prolongándose la deliberación a los días 21 de julio y 14 de septiembre de 2016.

Siendo ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha 2 de marzo de 2012 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente S/0157/09 cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"PRIMERO. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la comisión de una infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE de la que es responsable EGEDA, por el establecimiento de unas tarifas abusivas.

SEGUNDO. Imponer a EGEDA por dicha infracción una sanción pecuniaria por importe de 478.515 euros, (cuatrocientos setenta y ocho mil quinientos quince Euros).

TERCERO. Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de esta Resolución".

Como antecedentes de interés que precedieron al dictado de dicha resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes:

1. Con fecha 10 de junio de 2009 tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia denuncia formulada por la Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos (CEHAT), dirigida contra la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), por supuestas prácticas constitutivas de abuso de posición de dominio consistentes en la imposición por parte de EGEDA de unas tarifas abusivas en concepto de remuneración por el derecho de comunicación pública correspondiente a las retransmisiones efectuadas en las habitaciones de los hoteles.

2. A la vista de dicha denuncia, la Dirección de Investigación abrió una información reservada de las previstas en el artículo 49.2 de la Ley de Defensa de la Competencia en el curso de la cual requirió, y obtuvo, información sobre las reuniones mantenidas entre EGEDA y CEHAT en el seno de la Comisión Mediadora de la Propiedad Intelectual, sobre el contrato firmado con la cadena de hoteles NH, y sobre el repertorio administrado por la entidad de gestión, así como información sobre su Registro de Obras y Grabaciones Audiovisuales y la metodología de reparto, sobre los contratos firmados, sobre el uso del *"choice modelling"* como método para determinar tarifas y la demás incorporada al expediente.

3. Con fecha 7 de junio de 2010 la Dirección de Investigación acordó la incoación de expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia en el mercado de autorización de comunicación pública correspondiente a las retransmisiones efectuadas por los titulares de los establecimientos hoteleros, prohibidas por los artículos 2 de la LDC y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea . Dicho expediente se registró bajo el número S/0157/09 y al mismo se incorporó lo actuado en la información reservada, declarándose como parte interesada en el mismo a la denunciante, CEHAT.



4. Tras las actuaciones que recoge el mismo expediente sancionador, el 14 de febrero de 2011 la Dirección de Investigación formuló el Pliego de Concreción de Hechos, que fue notificado a las partes el 15 de febrero de 2011.

5. Presentadas por las partes las alegaciones que obran en el expediente, con fecha 16 de mayo de 2011 la Dirección de Investigación acordó el cierre de la fase de instrucción; y con fecha 18 de mayo siguiente formuló la propuesta de resolución. Dicha propuesta, junto con las alegaciones presentadas por las partes, fueron remitidas al Consejo del que se interesaba que "... declare que EGEDA ha infringido 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, incurriendo en un abuso de posición de dominio en el mercado de otorgamiento de autorizaciones y de remuneración por comunicación pública de los productores audiovisuales a los establecimientos hoteleros por actos de comunicación pública en las habitaciones de los huéspedes, como consecuencia de las siguientes conductas:

a. vincular la cuantía de la tarifa a la categoría de los hoteles, cuando dicha categoría carece de relación razonable con la prestación de EGEDA,

b. vincular la tarifa general al número de plazas hoteleras disponibles, sin introducir en la misma otros mecanismos que permitan tener en cuenta la utilización real de la prestación de EGEDA, existiendo alternativas capaces de medir de una forma más precisa dicha utilización sin dar lugar a un incremento injustificado de los costes,

c. establecer tarifas excesivas a los hoteles, en comparación con las vigentes en países de nuestro entorno y con las exigidas por la propia EGEDA a otros usuarios como los operadores de televisión de pago

d. desarrollar una estrategia consistente en aprobar unas tarifas generales elevadas y desproporcionadas con la finalidad de inducir a los hoteles a suscribir los correspondientes contratos con EGEDA y utilizarlas como mecanismo de retorsión en caso de incumplimiento contractual, y

e. la falta de transparencia en los criterios de fijación y aplicación efectiva de las tarifas, que lleva a la discriminación injustificada entre hoteles".

Conductas que tipificaba como una infracción muy grave del artículo 62.4.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .

6. Verificados los trámites que constan en el expediente, entre ellos la remisión de la propuesta a la Comisión Europea, así como la práctica de las pruebas solicitadas por EGEDA y que fueron admitidas por la Dirección de Investigación, el Consejo deliberó y terminó de resolver este expediente en su reunión del día 1 de marzo de 2012, dictando a continuación la resolución que se impugna en este proceso.

SEGUNDO.- Parte la resolución de recurrida en su declaración de hechos probados de la descripción de EGEDA como 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, BOE de 22 de abril de 1996, que fue autorizada como entidad de gestión el 18 de septiembre de 1990 mediante Orden Ministerial de 29 de octubre.

Se refiere asimismo a sus estatutos, de los que destaca la previsión de su artículo 2, según el cual "*constituye objeto y fin primordial de la Entidad, la gestión, representación, protección y defensa de los intereses y derechos de los productores de obras y grabaciones audiovisuales, así como de sus derechohabientes, ante personas, sociedades y organizaciones públicas y privadas, tanto españolas, como de la Unión Europea o de terceros países*".

Pone de manifiesto que EGEDA recauda los derechos mencionados de los usuarios que realizan algún acto de comunicación pública de obras audiovisuales: establecimientos hoteleros, gimnasios, establecimientos penitenciarios, establecimientos de hostelería, operadores de cable, etc., indicando que, además de su sede en España, cuenta con delegaciones en otros países (Estados Unidos, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Uruguay); se encuentra integrada en EUROCOPYA (asociación internacional que engloba a varias entidades de gestión de derechos de productores audiovisuales) y mantiene relaciones de colaboración con AGICOA, entidad que recauda y distribuye los derechos de transmisión por cable que corresponden a los productores audiovisuales en 30 países europeos.

Describe el mercado del producto al destacar que las prácticas objeto del expediente se desarrollan en el mercado del otorgamiento de autorizaciones y de remuneración por comunicación pública de los productores audiovisuales a los establecimientos hoteleros por actos de comunicación pública en las habitaciones de los huéspedes, de tal forma que la demanda en este mercado la constituyen los titulares de establecimientos hoteleros. Así, advierte que cuando un establecimiento hotelero ofrece televisión en las habitaciones de los huéspedes, y tales emisiones incluyen obras audiovisuales, precisa obtener una autorización de los

productores audiovisuales, a quienes por Ley (artículo 122.1 LPI) corresponde el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de obras audiovisuales.

Dicho mercado estaría caracterizado, desde el punto de vista de la oferta, por la existencia de una única entidad de gestión, la recurrente EGEDA, único operador en España que, por cuenta de los productores, realiza los actos necesarios para que los hoteles puedan ofrecer televisión en las habitaciones de los huéspedes, y que consistirían en autorizar la comunicación pública y recaudar la correspondiente remuneración (por disposición legal). De este modo, el titular del establecimiento hotelero que desea ofrecer televisión en las habitaciones de los huéspedes, debe contratar necesariamente con la entidad que gestiona los derechos de los productores audiovisuales.

En cuanto al mercado geográfico, lo ciñe la resolución al territorio nacional, único donde opera EGEDA.

También detalla el acuerdo recurrido las tarifas aplicadas por EGEDA en los distintos tipos de contrato que firmó con las cadenas o alojamientos hoteleros, y centra su análisis en la determinación, sobre la base de la propuesta de la Dirección de Investigación, de si EGEDA ha infringido los artículos 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , imputándole finalmente el haber abusado de su posición de dominio con el establecimiento y aplicación de la tarifa fijada.

Analiza las consideraciones de la Dirección de Investigación respecto de las tarifas generales aplicadas por EGEDA y, en particular, el posible carácter abusivo de las mismas por falta de relación entre la prestación y la utilización que incidiría en la prohibición de la letra a) del párrafo 2º del artículo 2 de la LDC , consistente en la "*imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos*" , para lo cual parte del análisis del contenido de la concreta prestación de EGEDA, y de la contraprestación requerida por la misma entidad; del posible carácter abusivo de su estrategia negociadora -sobre esta cuestión la Dirección de Investigación había entendido que "*la estrategia de EGEDA consistente en aprobar unas tarifas generales elevadas y desproporcionadas respecto a las que EGEDA está dispuesta a aceptar, con la finalidad de inducir a los hoteles a suscribir contratos con EGEDA y utilizarlas como mecanismo de retorsión en caso de incumplimiento contractual, puede constituir una práctica abusiva en el sentido del artículo 2 LDC*" -; del posible carácter discriminatorio de los contratos individuales firmados por la actora; y de la falta de transparencia sobre este aspecto advertida por la misma Dirección, que le llevaron a no apreciar razones que justifiquen el trato distinto entre clientes competidores entre si.

Con todo ello, el Consejo concluye que EGEDA goza de una posición de dominio "*... de hecho monopolio -dice- en el mercado de otorgamiento de autorizaciones por comunicación pública y de gestión de la remuneración por comunicación pública de los derechos de los productores audiovisuales, y por tanto en el mercado de estos derechos en relación con los actos de comunicación pública en las habitaciones de los huéspedes de los establecimientos hoteleros*" ; y, en cuanto al abuso, coincide con el órgano instructor en la consideración de que EGEDA ha fijado tarifas abusivas por comunicación pública, advirtiendo una estrategia abusiva basada en las tarifas generales. Entiende que la desproporción existente entre las tarifas generales y las tarifas pactadas por EGEDA en sus acuerdos (destaca que la tarifa general viene a ser, por término medio, tres veces superior a la que finalmente cobra EGEDA), que no está justificada objetivamente, acredita el abuso. Y que, al fijar unilateralmente un precio base desproporcionado, que de acuerdo con la Ley y tal como recogen los contratos firmados, será supletorio en caso de incumplimiento, distorsiona la obligada negociación que impone la Ley de Propiedad Intelectual.

A ello añade el Consejo que no sólo resulta abusiva la fijación de la tarifa general, sino que las tarifas efectivas fruto de la negociación también resultan contrarias a la equidad. Así lo advierte en el hecho de que EGEDA no exija el pago por los derechos a los hoteles de dos o menos estrellas basándose en los costes de transacción que ello produce; o por aplicar descuentos distintos y superiores a algunas cadenas de hoteles respecto a las de los hoteles individuales o que forman parte de asociaciones (se habría acreditado en el expediente que los descuentos a dichas cadenas se concretan en que cualquiera que sea la ocupación de los hoteles pertenecientes a las mismas, pagan como ocupación mínima y a los hoteles de cuatro estrellas se les aplica la tarifa de tres estrellas).

Supone por todo ello que se ha producido una discriminación determinante del abuso prohibido por el artículo 6.2 d), recordando que la Ley 15/2007 no se opone a que el operador dominante fije esquemas de descuentos siempre que tales esquemas eviten que se produzca la discriminación prohibida, y por tanto que los mismos estén basados en criterios objetivos y que sean transparentes, lo que no se habría producido en este caso. Por todo ello, el Consejo coincide con la Dirección de Investigación en valorar la conducta de EGEDA en la fijación de las tarifas generales por el uso de la televisión en las habitaciones de los hoteles y en la aplicación de las mismas a los hoteleros como una conducta abusiva que incurre en la infracción del apartado segundo, letras a) y d), del artículo 2 de la LDC .



TERCERO .- 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.

CUARTO .- 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.

QUINTO .- 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, obediendo 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".

SEXTO .- 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.

SÉPTIMO .- 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.

OCTAVO. - 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*").

NOVENO .- Por último, y con carácter subsidiario, denuncia la recurrente la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta al no haberse acreditado la existencia de efectos en el mercado; no concurrir agravantes que justifiquen el incremento de la sanción, con especial referencia a la reiteración de conductas que apreció la CNC; y haberse vulnerado el principio de legalidad por cuanto la multa impuesta "*excede de los límites máximos previstos por la LDC*".

Respecto de la primera de las alegaciones, es lo cierto que la resolución no hace sino, partiendo del hecho cierto de la existencia de abuso de posición de dominio, trasladar sus efectos al mercado en el que se habrían alcanzado unos precios negociados por encima de los que resultarían de no existir esa situación abusiva. Todo ello no es sino corolario de los razonamientos que le llevan a advertir la infracción y que son lo que hemos analizado antes.

En cuanto a la concurrencia de la agravante de reiteración en la conducta del artículo 64.2.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, se justifica en la imposición previa de una sanción mediante resolución de la CNC de 27 de julio de 2000 (expediente 465/99), lo que hace que resulte plenamente aplicable la agravación sin que a ello pueda obstar, como pretende la actora, que la conducta fuera de naturaleza distinta ya que lo sancionado entonces fue precisamente que las tarifas no se sometieron a negociación.

No podemos compartir este criterio pues en ambos casos la conducta advertida, en aquel expediente y en el que ahora nos ocupa, era el abuso de la posición dominante de la entidad, conducta en la que concurre por tanto la reiteración.

Finalmente, arguye la recurrente que la cuantía de la multa excede los límites máximos fijados en la Ley.

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 disponer 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.

DÉCIMO .- 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.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

**FALLAMOS**

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,

FALLAMOS

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.

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 **no** tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 07/10/2016 doy fe.