

Id. Cendoj: 28079230062010100084
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 10/03/2010
Nº de Recurso: 75/2009
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Conductas prohibidas.

SENTENCIA

Madrid, a diez de marzo de dos mil diez.

Visto el recurso contencioso administrativo 75/2009 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional

ha promovido el Procurador de los Tribunales Sr. Ortiz-Cañavate Levenfeld en nombre y representación de ASOCIACIÓN DE

GESTION DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y de ARTISTAS, INTERPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE

GESTION DE ESPAÑA (AIE) frente a la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado contra

resolución dictada por la Comisión Nacional de la Competencia el día 9 de diciembre de 2008, siendo la cuantía del recurso

815.000 euros para AGEDI y 615.000 euros para AIE. Ha sido Ponente la Magistrado D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO-. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

SEGUNDO-. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 4 de julio de 2007 en el cual, tras alegar los

hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, termino suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso, se declare nula, se anule o se revoque la resolución impugnada.

TERCERO-. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

CUARTO-. La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental y la pericial a instancias de la actora con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO-. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 2 de marzo de 2010 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 9 de diciembre de 2008, resolviendo el expediente 636/07, FONOGRAMAS, iniciado por denuncia de Sogetel S.A. (SOGECABLE), Canal Satélite Digital S.L. (CSD) y Distribuidora de Televisión Digital S.A. (DTS) contra las hoy actoras, Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión (AIE) por supuestas conductas prohibidas por el artículo 6 de la Ley 16/1989 (actual artículo 2 de la Ley 15/2007) de Defensa de la Competencia (LDC) y 82 del Tratado CE, consistentes en el abuso de posición de dominio en la gestión de los derechos de propiedad intelectual, al exigir a las empresas denunciadas, por el uso de los fonogramas cuya titularidad gestionan, el pago de unas tarifas, que son manifiestamente más elevadas que las exigidas, cuanto menos, a otro operador de televisión, el Ente Público Radio Televisión Española (RTVE, TVE), durante toda la década de los años noventa y hasta el año 2003.

La resolución de la CNC impugnada tiene la siguiente parte dispositiva:

Primero.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado por parte de AGEDI y AIE la realización de una conducta prohibida por los artículos 6.2 d) de la Ley 16/1989 y 82 .c) del Tratado de la Comunidad Europea por haber reclamado a SOGECABLE (CANAL PLUS), DTS y CSD cantidades económicas sustancialmente superiores a las reclamadas a TVE y ONO por prestaciones equivalentes por el uso que dichas emisoras de televisión hacen de los fonogramas gestionados por AGEDI y AIE.

Se declara autores de dicha conductas a la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y a Artistas Intérpretes o Ejecutantes Sociedad de Gestión (AIE).

Segundo.- Imponer a AGEDI una multa de ochocientos quince mil (815.000) euros y a AIE una multa de seiscientos quince mil (615.000) euros.

Tercero.- Intimar a las citadas AGEDI y AIE para que cesen en la realización de la

conducta declarada prohibida, para que en lo sucesivo se abstengan de repetirla y a que en todo proceso de negociación de las condiciones de acceso y remuneración de su repertorio de derechos informen al usuario de las bases económicas de los acuerdos previamente alcanzados con usuarios que desarrollen igual o similar actividad y realicen un uso equivalente del repertorio.

Cuarto.- Ordenar la publicación, en el plazo de dos meses, de la parte dispositiva de esta Resolución en la sección de economía de dos diarios de información general, de máxima circulación nacional, a costa de AGEDI y AIE e imponiendo, en caso de incumplimiento, una multa coercitiva de seiscientos euros por cada día de retraso en la publicación.

Quinto.- La justificación del cumplimiento de lo ordenado en los apartados anteriores deberá hacerse ante la Dirección de Investigación de esta Comisión Nacional de la Competencia.

SEGUNDO.- Se declaran probados y se dan por expresamente reproducidos los hechos declarados probados por el TDC.

AGEDI es una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual de los productores fonográficos (ámbito en el que sustituyó a la Asociación Fonográfica y Videográfica, AFYVE, que llevaba a cabo estas funciones) y AIE gestiona los derechos por la comunicación pública de fonogramas de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales. Por su parte, SOGECABLE es un operador de televisión que ha desarrollado tres proyectos televisivos diferentes: CANAL + (desaparecida como tal, continúa emitiendo dentro de la PLATAFORMA DIGITAL + como un canal de pago), CANAL SATÉLITE DIGITAL (plataforma de televisión por satélite, en adelante CSD) que se integró con VÍA DIGITAL (DTS) para crear una sola plataforma unificada que opera bajo la marca DIGITAL + (en la que SOGECABLE centra su actividad en el campo de la televisión de pago a través de sus filiales CSD y DTS) y CUATRO, que es un canal de televisión en abierto.

RTVE y AFYVE suscribieron en 1986 un contrato por el que ésta autorizaba a la televisión a la utilización pública de los fonogramas publicados por sus productores asociados y a la exhibición de los vídeos musicales publicados por compañías que representaba, así como para copiar en cinta magnetofónica los fonogramas de los productores encuadrados en la entidad.

En contraprestación RTVE se comprometía a pagar anualmente unas cantidades que en conjunto para Radio Cadena Española, Radio Nacional de España y Televisión Española por fonogramas ascendía para 1985, 1986 y 1987, respectivamente a 42, 46 y 50 millones de pesetas y para Televisión Española por vídeos musicales, también en esos años, respectivamente a 8, 9 y 10 millones de pesetas (Resolución TDC 593/05). Estas cantidades se incrementarían a partir de 1987, en cada concepto, según el IPC, habiéndose pactado una renovación tácita del contrato por períodos anuales, salvo denuncia con una antelación de cuatro meses antes de finalizar su vigencia o la de sus prórrogas.

AGEDI sustituyó en 1989 a AFYVE en la gestión de los derechos de los productores fonográficos y el 29 de abril de 1993 se dirigió a TVE solicitando iniciar negociaciones para actualizar las relaciones a la situación actual, tanto jurídica como económicamente, lo que reiteró en fechas posteriores.

Posteriormente, en mayo de 1994, AGEDI envió a TVE fotocopia del extracto de su tarifa general que recogía la escala gradual de aplicación de los cánones correspondientes a la comunicación pública de fonogramas y su reproducción que figuraba en sus contratos (indicaba que era la que aplicaba en los que tenía con las emisoras de TV de la FORTA), y en octubre de 1994 remitió a TVE un borrador de contrato de concesión no exclusiva para el uso de los derechos que gestionaba, proponiendo una contraprestación económica basada en un porcentaje de sus ingresos brutos, incluidas subvenciones. TVE no lo aceptó y mantuvo el contrato de 1986, pagó a los productores de fonogramas por el uso de los derechos de comunicación pública y reproducción de los fonogramas en los dos canales de televisión desde 1985 a 2002 inclusive un total de 459.856.475 pesetas, equivalentes a 2.759.750 euros.

En enero de 2002, el presidente de AGEDI volvió a dirigirse a TVE indicándole que el contrato de 1986 no tenía encaje en el vigente marco normativo, por lo que la utilización de fonogramas por parte de TVE no estaba autorizada y resultaba urgente regularizar esta situación suscribiendo un nuevo contrato. En junio de 2002, el presidente de AGEDI aunque ahora en su calidad de presidente de AFYVE, comunicó a TVE la rescisión del contrato de 1986 con efectos desde el 31 de diciembre de 2002, por lo que a partir del 1 de enero siguiente estimaba que la televisión no tenía autorización para utilizar los fonogramas de sus asociados, salvo que se concertara contrato de autorización con AGEDI o bien, conforme al artículo 157.2 de la Ley de Propiedad Intelectual pagaran bajo reserva o consignaran a favor de esta entidad de gestión el importe de sus tarifas generales a partir del 1 de enero de 2003.

Inicialmente AGEDI había encomendado a Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) la contratación y administración del derecho de comunicación pública de los fonogramas.

En 1993 no fue posible la suscripción de un contrato con CANAL + por condicionar dicho contrato a un acuerdo sobre vídeos musicales, circunstancia que no permitió a SGAE en 1994 concertar contrato alguno por declinar CANAL + su suscripción dada la ínfima utilización que efectuaba de los soportes sonoros en sus emisiones.

En julio de 1997, AGEDI al estimar que las negociaciones para uso de fonogramas y vídeos musicales estaban cerca de finalizar, autorizó a CSD el uso de su repertorio, remitiendo una carta de fecha 30 de julio siguiente en la que comentaba su satisfacción por haber alcanzado un acuerdo, a la que contestó SOGECABLE el día siguiente indicando que en relación a las cadenas de audio, tema que considera distinto de los videoclips, la negociación debía continuar.

Después de una serie de comunicaciones a partir de 1997, VIA DIGITAL no llegó a un acuerdo con AGEDI sobre las condiciones de utilización de fonogramas en sus emisiones, a pesar de la insistencia de la entidad de gestión.

En mayo de 1998, AGEDI remite un escrito a CSD comunicándole la necesidad de retomar las negociaciones para la firma del contrato que ampare el uso de sus fonogramas, y después de varias comunicaciones, en enero de 1999, AGEDI se dirige a CANAL + afirmando que se usan sus derechos sin pagar por ello, por lo que le invita a regularizar la situación, a lo que responde la televisión por carta en el mes de febrero siguiente, en la que afirma que no tiene constancia de la reclamación y solicita detalle de su fundamentación jurídica.

En marzo de 2001, la Sala Tercera del Tribunal Supremo declaró que los productores de fonogramas tienen el derecho exclusivo a autorizar la comunicación pública de éstos y de sus copias, lo que AGEDI comunica a CSD y a SOGECABLE (CANAL +) recordándoles la necesidad de suscribir un contrato para el uso de su repertorio, a lo que contestan alegando no haber recibido comunicación de forma fehaciente y proponiendo SOGECABLE una reunión sobre el tema.

AGEDI que en abril de 2001 planteó la posible mediación de la CPI, y comunicó que el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Majadahonda, había acordado la adopción de medidas cautelares contra VIA DIGITAL, consistentes en la orden de cesación de la actividad de comunicación pública de vídeos musicales. Esta compañía responde que no descarta el recurso al arbitraje, aunque existen otros mecanismos como el judicial o las autoridades de competencia. Ante las solicitudes de AGEDI de que se regularizase la situación de la utilización de fonogramas, VIA DIGITAL solicitó en diciembre de 2001 copia de las tarifas generales de la entidad de gestión e información sobre sus contratos con otros usuarios y en mayo de 2002 AGEDI cuantificó su deuda para el periodo de 1997 a 2001, de acuerdo con sus tarifas generales, en 5.862.271,01 euros más IVA.

Por otra parte, AGEDI en su demanda ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Majadahonda, reclamaba por la utilización de los derechos que gestionaba 6.126.202,26 euros más IVA, cantidad que según informe pericial aportado por las denunciadas se cifra, para el periodo 1990- 2002, ambos inclusive, en 6.130.839,17 euros.

En mayo de 2002, SOGECABLE se suma a las negociaciones de AGEDI con A3 y T5. AGEDI detalla los conceptos pendientes de regularizar por CSD y CANAL PLUS y su importe por aplicación de las Tarifas Generales comunicadas al Ministerio de Cultura.

En el escrito a CSD (folio 879) cuantifica la deuda hasta el 31 de diciembre de 2001 por la comunicación pública y utilización de fonogramas, sin incluir intereses ni IVA en 10.430.900,96 euros (6.914.562,52 por los canales temáticos musicales de audio y 3.516.338,44 por los demás canales) y en el caso de SOGECABLE (folio 884) por CANAL + también sin IVA ni intereses en 15.757.953,26 euros.

AGEDI cuantifica la deuda de Vía Digital (DTS) hasta diciembre de 2001 (folio 1409) en 5.862.271,01 euros (4.087.214,24 por canales temáticos y 1.775.056,77 por los no temáticos).

En octubre de 2002, AGEDI convoca a CSD y SOGECABLE (refiriéndose a CANAL + en el texto) a una reunión, sugiriendo en la carta a SOGECABLE, acudir a la Comisión Mediadora y Arbitral de Propiedad Intelectual (CPI), si antes del 31 de enero de 2003 no habían alcanzado ningún acuerdo.

En julio de 2003, AGEDI remite comunicación a SOGECABLE y CSD para que fuera la CPI quién diera solución a las diferencias entre las partes, afirmando que en el caso de que la respuesta fuera negativa solicitaría el amparo de los tribunales de justicia, a lo que responde SOGECABLE expresando que a su juicio las negociaciones no están bloqueadas y su deseo de alcanzar una solución inmediata.

En noviembre de 2003 propone a SOGECABLE establecer un marco para el desarrollo de las negociaciones y fijar un plazo de cuatro meses para alcanzar un acuerdo, y que en caso de no lograrse, someter el conflicto a la CMAPI. En diciembre de 2003 todavía

no se ha alcanzado ningún acuerdo en las negociaciones.

AGEDI y AIE habían llegado a un acuerdo el 14 de julio de 2003 y el 20 de enero de 2004, notificaron una tarifa única para las dos entidades para el derecho de comunicación pública de los fonogramas.

El 9 de julio de 2004, AGEDI y AIE remiten a SOGECABLE una oferta contractual (que no incluía los canales de audio) con dos posibilidades de pago, una en función de la Tarifa General (a la que se aplican unos coeficientes entre 0,25 y 1, dependiendo del tipo de canal de la emisora) y otra, expresada como un importe fijo por abonado y mes (en el caso de CANAL +, 0,065 euros por comunicación pública y 0,023 euros por reproducción instrumental; en el de Digital + 0,10 euros por comunicación pública y 0,0172 euros por reproducción instrumental) a la que se aplican bonificaciones en función del número de abonados (que varían entre el 5% a partir de 100.000 abonados y llegan al 25% a partir de 1.400.000 abonados).

Al no especificar cómo se asignan los ingresos de DIGITAL + entre los diferentes canales que componen la plataforma, no se pueden cuantificar los pagos según la primera opción, quedando como única opción válida la segunda.

En enero de 2005 SOGECABLE declara su reciente conocimiento de las condiciones ofrecidas en su momento por AGEDI a TVE, por lo que realiza una propuesta contractual alternativa considerando más fácil alcanzar un acuerdo si la entidad de gestión aplica condiciones equivalentes a SOGECABLE y CSD (extensivo en aras de la transparencia a CANAL + y DIGITAL +), proponiendo un borrador de contrato alternativo que, para DIGITAL + se basarían en la aplicación de coeficientes (iguales o menores a 1) a los tipos que recaen sobre la base de ingresos imputados en función del tipo de canal.

AGEDI/AIE contestan por carta de 17 de febrero de 2005 rechazando lo manifestado por SOGECABLE respecto a lo excesivo de las condiciones ofrecidas por AGEDI y oponiéndose con rotundidad a que el contrato suscrito en 1986 entre AFYVE y RTVE pudiera servir como modelo para establecer sus relaciones contractuales (por considerar que el mismo se enmarca en un contexto jurídico y económico diferente al en ese momento existente y por considerar que prácticamente durante su existencia ha respondido a una situación residual y excepcional), así como manifestando su disposición a contemplar alternativas, aunque no a utilizar sólo cláusulas o condiciones de diversas relaciones contractuales que, aisladamente consideradas, resultasen más favorables para SOGECABLE.

AGEDI no informó a los denunciados que TVE había realizado entre 1990-2002 pagos fijos anuales (esto es, que había un contrato con TVE) y que estos pagos fueron inferiores a los que hubieran resultado por la aplicación de las tarifas generales. Además rechazaron aplicar a las denunciados un pago equiparable a pesar de haberlo solicitado a las denunciadas.

En abril 2005, AGEDI/AIE realizó una nueva oferta, sobre la base de una cantidad a tanto alzado por abonado y mes, y cuantificaban la deuda en euros, aparte de IVA, en 4.901.054 para CSD, en 3.737.127 para DTS y en 8.736.893 para CANAL +.

Estas ofertas de abril de 2005 a CSD, DTS y C+ (SOGECABLE), en términos absolutos serían entre 3,3 y 4,3 veces superiores a las cantidades pagadas a TVE, mientras que las ofertas de 29 de mayo de 2002 entre 5,1 y 9,2 y los importes de las demandas

judiciales entre 5,4 y 10,3 veces superiores.

Expresadas en términos porcentuales sobre los ingresos de explotación publicitarios en el caso de TVE, utilizando los datos del expediente 523/04, las ofertas de abril de 2005 de AGEDI/AIE a los denunciados serían entre 5,5 y 11 veces superiores a los pagos de TVE, las de mayo de 2002 entre 11,1 y 17,4 veces y las cantidades demandadas judicialmente, entre 10,6 y 18,2 veces.

Después de varios contactos y comunicaciones en 2005 se considera la posibilidad de someterse al arbitraje de la CPI, lo que se rechaza por SOGECABLE en escrito de febrero de 2006 dirigido a dicha Comisión por su desacuerdo en los términos en que AGEDI/AIE han formulado su solicitud de intervención, proponiendo a su vez un arbitraje diferente, lo que se rechaza a su vez por AGEDI/AIE aduciendo la imposibilidad por su parte de someterse al arbitraje con el efecto excluyente propuesto por SOGECABLE.

En septiembre de 2005 se dictó sentencia favorable a AGEDI, declarada firme por la sección 28 (Mercantil) de la Audiencia Provincial de Madrid, en Auto de abril de 2006, por la que se condenó a VIA DIGITAL a no utilizar el repertorio de la entidad de gestión hasta que se le autorizase y a indemnizar en la cantidad que resultase en la ejecución de la sentencia por aplicación de las tarifas generales.

En marzo de 2006, AGEDI/AIE demandaron a SOGECABLE y CSD ante el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid (a la que las demandadas contestaron planteando una demanda reconventional imputando a las entidades gestoras un abuso de posición de dominio por las razones que sustentan la denuncia que origina este expediente sancionador), reclamando en base a la aplicación desde 1990 hasta diciembre de 2004 las tarifas generales un total de 38.773.160,12 más IVA (...) por CANAL SATÉLITE, DIGITAL PLUS y CANAL +.

Después de la Resolución del TDC de 13 de julio de 2006 (Exp. 593/05) SOGECABLE dirigió escrito a AGEDI en julio de 2006 solicitando la aplicación de las mismas condiciones de TVE durante el período 1990-2002.

AGEDI/AIE contestaron por escrito de 28 de julio de 2006, manifestando que la Resolución del TDC no era firme y que ni CANAL + ni DIGITAL + figuraban en su parte dispositiva, oponiéndose además a la aplicación de las condiciones del contrato suscrito en 1986 para CSD y CANAL + e invitando a que fuera la CPI quién dirimiera las diferencias.

En octubre de 2006 insistió SOGECABLE en su petición de que se aplicaran las mismas condiciones a CANAL + y DIGITAL +, a lo que nuevamente se opusieron las entidades gestoras que volvieron a insistir que fuera la CPI quien determinara la relación contractual.

En respuesta a una solicitud de información del SDC, los denunciados en escrito de 18 de septiembre de 2007 resumen la deuda reclamada judicialmente desde 1990 a 2002 (folio 2059), a efectos de poder comparar dichas cifras con las pagadas por TVE, en 11.743.589,80 y 15.124.065,83 euros, respectivamente, por CSD y SOGECABLE (CANAL +). Las denunciadas consideran que la oferta más económica realizada a los denunciados tuvo lugar en febrero de 2007, en el marco del proceso seguido en el Juzgado Mercantil 7, al ofrecerse a SOGECABLE el día 12 transar el litigio si ésta junto

a CSD por el período de 1990-2006 ambos inclusive, abonaban a las entidades de gestión 35.000.000 de euros, cantidad luego rebajada el día 28 a 25.000.000 de euros. Por su parte, SOGECABLE ofreció el pago de 9.580.000 euros por el mismo período, sin que se llegara a ningún acuerdo.

El 29 de julio de 2008 se recibe escrito presentado conjuntamente por las representaciones de AGEDI/AIE y SOGECABLE/CSD/DTS por el que se solicita que el Consejo tenga constancia de la reciente suscripción de un acuerdo de mínimos de fecha 24 de julio de 2008 para determinar las tarifas a liquidar por SOGECABLE en relación a las emisiones de CANAL PLUS, CSD, DTS y CUATRO en concepto de comunicación pública y reproducción de fonogramas entre las denunciadas y las denunciadas que pone fin de modo firme y definitivo a las diferencias que dieron origen a este procedimiento administrativo sancionador. El precitado acuerdo alcanza tanto al período 1990-2008, como a las condiciones económicas que regirán en el período 2009-2015, declarando las partes su voluntad de transigir y alcanzar un acuerdo que ponga fin a todos los pleitos, demandas, procedimientos administrativos y demás acciones entabladas ante los órganos jurisdiccionales y administrativos, incluidos los de defensa de la competencia.

TERCERO-. La recurrente en el folio 37 del escrito de demanda, resume como sigue las razones por la cuales el acto administrativo impugnado debe ser declarado nulo, anulado o dejado sin efecto:

A) Porque infringe el art. 6.2.d) LDC (16/89) que ha sido aplicado indebidamente.

B) Porque vulnera el art. 82 .c) del Tratado de la Unión Europea que igualmente ha sido aplicado indebidamente.

C) Porque, aún cuando se entendiera cometida la infracción se vulnerado el principio de proporcionalidad tal y como se regula en el art. 131de la Ley 30/92 en relación con el art. 10 de la Ley 16/89 .

CUARTO-. El primer motivo de impugnación se fundamenta en que la actuación de la parte actora debe producirse respecto de dos o más entidades que compitan entre si lo que significa que estas han de encontrarse en el mismo mercado y no en mercados diferentes. El eje de esta argumentación de la actora se centra en que las entidades del grupo SOGECABLE (excepto la CUATRO que inició sus emisiones en el año 2005) son televisiones de pago, mientras que TVE es la televisión gratuita en abierto, considerando que la televisión en abierto y la de pago pertenecen a mercados diferentes.

El planteamiento de este motivo de impugnación se basa en la circunstancia de que para que tenga lugar el abuso de posición de dominio debe haberse probado que la empresa dominante ha aplicado a las mismas prestaciones condiciones económicas distintas en función de los clientes.

Como punto de partida, habría que buscar las desventajas competitivas, es decir, los efectos del supuesto abuso, no en el mercado en el que operan las empresas en posición de dominio, sino en el mercado en el que operan sus clientes.

El artículo 82 c) TUE utiliza los términos "aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que ocasionen a

estos una desventaja competitiva" y el artículo 6. 2. D) de la Ley 16/89 habla de "La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros."

Los preceptos reproducidos prohíben las prácticas llevadas a cabo por empresas en posición dominante que consistan en suministrar a sus clientes Bienes o Servicios equivalentes en condiciones económicas distintas, lo cual afecta a la capacidad competitiva de los clientes perjudicados por la discriminación frente a los que resultan beneficiados de la misma. La actora entiende que, en el supuesto de su actuación, falta un elemento fundamental para que se reúnan todos los requisitos del tipo infractor que se le imputa: que las empresas televisivas, en este caso los clientes afectados, compitan entre sí, para lo cual habrían de encontrarse en el mismo mercado y no, como es el caso, en mercados diferentes. A su juicio el mercado de la televisión de pago en el que actúan las compañías que en su momento denunciaron a la ahora actora a las autoridades de Defensa de la Competencia es distinto del mercado de la televisión no de pago, en el que actúa TVE. Alega que numerosas decisiones de la Comisión Europea y sentencias del TJCE señalan que estos dos tipos de servicios televisivos no son competidores, sino que constituyen mercados distintos.

La Comisión Europea en el documento publicado en 1997 titulado "Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia" ya señaló que "el principal objetivo de la definición de mercado es identificar, de forma sistemática las restricciones competitivas a las que se enfrenta una empresa".

El estudio de la práctica comunitaria revela que en efecto la Comisión Europea ha reconocido considerando la televisión de pago y la gratuita, la existencia de dos mercados, pero también la existencia de interconexión o interacción entre lo que también puede definirse como dos segmentos de un mismo mercado: Decisiones de la Comisión de 10-IX-1991 en el asunto IV/M.110 ABC/Generales des Eaux/Canal+/W.H. Smith TV, y de 20-IX-1995 asunto M553 RTL/Veronica/Endemol.

El hecho de que puedan definirse como dos mercados, el de la televisión de pago y la no de pago, no es a juicio de esta Sala lo relevante en el marco de este litigio, sino el hecho de si ambas televisiones compiten o no entre sí, y más concretamente, si competirían o no entre sí en el periodo relevante.

A fin de analizar las consecuencias de la discriminación establecida por la parte actora entre las cadenas de las empresas que la denunciaron y TVE considera esta Sala que debe examinarse no su regulación jurídica, no su naturaleza jurídica, el tipo de redes que utilizan, o su modelo de negocio, sino si unas y otra (con sus cadenas) son o no competidoras, y si por lo tanto el hecho de que a prestaciones equivalentes se le apliquen precios desiguales ha producido o ha podido producir una desventaja competitiva, con la correlativa consecuencia de debilitar la competencia o impedir que se intensifique la competencia.

Debe recordarse que a los efectos del mercado televisivo, sea la televisión de pago o no de pago, los productos que suministran las entidades de gestión son insumos esenciales (essential facilities), y que, en relación con este tipo de productos existe una obligación de suministro y donde hay una obligación de suministro existe el deber de no discriminar a los adquirentes o compradores si compiten unos con otros. Como estableció el TJUE en la sentencia Commercial Solvents el principio es que las

compañías en posición de dominio deben poner al alcance de los clientes los productos que son esenciales para permitir la competencia entre ellos, si bien la exigencia se refuerza cuando el competidor afectado es un nuevo actor en el mercado relevante.

Frente a las diferencias que la demanda describe entre la TV de pago y la no de pago, se eleva la constatación de que existen parcelas relevantes en las que una y otras compiten: en primer lugar (y hasta hace unas semanas) compiten por el mercado de la publicidad, y en segundo lugar en la retransmisión de acontecimientos deportivos, el estreno de películas, espectáculos no deportivos de gran repercusión etc.

El dictamen pericial unido a autos señala (analizando el mercado de televisión en España) en la página 42 que lo que distingue a los consumidores de televisión de pago es su disposición a pagar por estos servicios, en primer lugar por la calidad de la programación ("entendiendo por calidad su contenido Premium") y en segundo lugar la menor cantidad de contenido publicitario. Y añade "aunque el objetivo de ambos tipos de televisión es el entretenimiento, la televisión de pago satisface la demanda de unos productos específicos como son determinados acontecimientos deportivos y las películas de estreno". Con independencia de todas las demás consideraciones existe un elemento fáctico que no puede dejarse de lado para valorar la existencia de competencia: los clientes de la TV de pago lo son también de la TV gratuita, y si bien como señala la prueba pericial el aumento de los canales gratuitos no ha supuesto la caída en el número de abonados de la TV de pago, no puede extraerse la conclusión de que un mercado y otro son independientes, puesto que al mismo tiempo se señala que el mercado de la TV de pago no espera que crezca el número de abonados.

Esta Sala concluye por lo expuesto que las televisiones de pago y no de pago son competidoras a los efectos estudiados.

QUINTO-. Si, como considera esta Sala, la TV de pago y la no de pago son competidoras, es preciso examinar si la recurrentes aplicaron o no a las denunciadas condiciones desiguales en comparación con RTVE u otras cadenas de TVE.

La parte actora sostiene que tuvieron una permanente actitud negociadora, que no efectuaron imposición alguna, que la libre negociación de los acuerdos está regulada en la ley, facultándoles la Ley 1/1996 para exigir la previa consignación del importe de las tarifas generales y que ni siquiera fue así.

Esta Sala dictó sentencia el día cinco de febrero de dos mil nueve en un recurso interpuesto igualmente por AGEDI contra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia por la que se declaraba acreditada la realización de una conducta prohibida por los artículos 6 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, y 82 del Tratado de la Comunidad Europea. Se impuso sanción por haber explotado AGEDI abusivamente su posición dominante en la gestión de los derechos de propiedad intelectual que tiene encomendados, al aplicar para el uso de su repertorio condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que suponen la discriminación a Antena 3 de Televisión S.A. y a Gestevisión Telecinco S.A. frente a su competidora el Ente Público Televisión Española durante los años 1990 al 2002.

En aquel litigio, como en este, se analizaba: "si la ocultación del contrato con TVE, el no ofrecimiento de condiciones equiparables a las pactadas con TVE y el requerimiento de cantidades muy superiores a las cobradas a TVE por los mismos servicios o servicios muy similares constituye discriminación, si tales actuaciones son arbitrarias,

unilaterales y desproporcionadas".

Se examinó entonces como el artículo 20 de la Ley de Propiedad Intelectual que regula la "Comunicación pública" establece en su párrafo 4:

"4. La retransmisión por cable definida en el párrafo segundo del apartado 2.f de este artículo, dentro del territorio de la Unión Europea, se regirá por las siguientes disposiciones:

g) Cuando alguna de las partes, en abuso de su posición negociadora, impida la iniciación o prosecución de buena fe de las negociaciones para la autorización de la retransmisión por cable, u obstaculice, sin justificación válida, las negociaciones o la mediación a que se refiere el párrafo anterior, se aplicará lo dispuesto en el Título I, Capítulo I, de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia".

Hay que recordar que son la ocultación inicial del contrato de TVE y la falta de ofrecimiento de condiciones equiparables posteriormente, los hechos que determinan la conducta discriminatoria sancionada como constitutiva de una infracción del art. 6 LDC. El precepto reproducido define como conducta abusiva tanto la inicial ocultación al Grupo Sogecable de la existencia de un contrato con TVE como la pretensión de AGEDI claramente discriminatoria respecto a las denunciadas era en comparación con lo que venía cobrando de TVE.

Y como igualmente razona la CNC, "siendo cierto que AGEDI y AIE se han sometido voluntariamente a arbitraje de la CPI, no lo es menos que tal conducta se realiza desde una posición no de dominio sino de monopolio, jurídicamente reforzada por la legislación de propiedad intelectual, que entre otros privilegios, les concede la facultad/obligación de fijar unilateralmente tarifas generales por el uso de los derechos gestionados sin sujetarse a ningún criterio o pauta objetiva, y sin estar sujeta a control o supervisión más que la que pueden ejercer ex post los tribunales y las autoridades de competencia dentro del ámbito de sus respectivas competencias y en el marco de un concreto conflicto.... Esta situación de facto y de iure atribuye a AGEDI y AIE un considerable poder en el proceso de negociación que la legislación sectorial les impone como modo preferente de fijación de la remuneración por el uso del repertorio administrado, siendo igualmente muy distintas las consecuencias que el fracaso de ese proceso negociador tiene para cada una de las partes en la negociación.".

El Art. 157.1.a) del TRLPI obliga a la entidad de gestión a contratar, con quien lo solicite en "condiciones razonables":

"Artículo 157. Otras obligaciones.

1. Las entidades de gestión están obligadas:

- a. A contratar con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, en condiciones razonables y bajo remuneración.
- b. A establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa.

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

La Sala Primera del Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de diciembre de 2008 en el recurso de casación 2951/2002 examina un hecho de imposición contractual por las sociedades de gestión de derechos de autor en condiciones discriminatorias respecto de los contratos celebrados con asociaciones representativas del sector, y razona como sigue:

"Las razones en las que se funda la desestimación del motivo primero de casación son las siguientes:

A) Para que pueda entenderse justificado, desde la perspectiva del principio de igualdad, un trato desigual impuesto por las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual entre los contratos celebrados con productores individuales y los celebrados con las organizaciones representativas del sector, al amparo, respectivamente, de los artículos 157 a) LPI y 157 c) LPI no basta con poner de manifiesto que se trata de situaciones formalmente distintas y encuadradas en preceptos legales diferentes, sino que es menester, de conformidad con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, demostrar que la distinción de situaciones tiene una base material o, cuando menos, que la ley ha creado una categoría de situaciones o sujetos apta para ser objeto de un tratamiento específico.

En el caso examinado la parte recurrente, a quien, desde la perspectiva de la protección del derecho fundamental, corresponde la demostración de que la diferencia de trato está justificada, se limita a insistir en la distinción que, a su juicio, establece la ley entre los contratos individuales y los contratos celebrados con las asociaciones representativas del sector, encuadrándolas en preceptos formalmente separados; pero no justifica que dicha distinción comporte efectos materiales en cuanto al trato que deba dispensarse a unos y a otros desde el punto de vista de una remuneración de idéntica naturaleza por idénticas prestaciones en torno al uso de los mismos derechos de propiedad intelectual cuya gestión le corresponde. Únicamente parece afirmar que el trato más favorable a las asociaciones representativas del sector responde a su carácter colectivo y tiene como objeto facilitar la gestión de los contratos. Resulta evidente que esta justificación es insuficiente, no solamente porque, como pone de relieve la sentencia recurrida, no puede justificar una diferencia tan desproporcionada de trato económico como es la observada, sino también porque admitir lo contrario supondría la imposición indirecta de la obligación de integrarse en una asociación para obtener un trato más favorable de la sociedad demandante, en contra del derecho fundamental de asociación, en su vertiente negativa.

B) La recurrente alega el principio de libertad contractual consagrado en el artículo 1256 CC, con arreglo al cual la voluntad de las partes sería la determinante de la validez de las cláusulas económicas del contrato suscrito. Sin embargo, esta alegación no puede aceptarse. La sentencia recurrida aprecia la existencia de un contrato de adhesión. Es cierto que los contratos de adhesión son válidos por regla general, sin perjuicio de que algunas de sus cláusulas puedan declararse nulas por abusivas, especialmente para proteger a los consumidores y usuarios, condición que no tiene en este caso la recurrida; y que, por tanto, la circunstancia de que el contenido del contrato haya sido establecido por una sola de las partes no menoscaba su validez siempre que la otra lo haya aceptado prestando

libremente su consentimiento (SSTS 30 de mayo de 1998, 21 de marzo de 2003, 18 de febrero de 2004, 24 de octubre de 2007, rec. 4352/2000). Sin embargo, de las declaraciones de hecho efectuadas por la sentencia de instancia se advierte la situación de monopolio de facto en que se encuentra la SGAE, junto con la redacción unilateral de las cláusulas del contrato-tipo, en las que reconoce que no ha intervenido la parte demandada. Estas circunstancias permiten entender que ha existido un escaso o nulo margen por parte de la demandada para su modificación por medio de la negociación contractual y no comportan, en consecuencia, restricción alguna para el examen crítico de las cláusulas pactadas desde el punto de vista de la exigencia de razonabilidad impuesta por la ley.

En efecto, no puede olvidarse que los contratos celebrados por las sociedades de gestión, como forma impuesta por el art. 157 LPI de administrar los derechos cuya gestión les son conferidos (art. 152 LPI), constituyen contratos impuestos por la ley para cumplir con la finalidad de facilitar la difusión en condiciones razonables y mediante retribución de los derechos exclusivos y de remuneración sobre obras de propiedad intelectual cuya gestión se confía a las expresadas sociedades. Éstas no puedan imponer restricciones contrarias al principio de libre competencia o imponer condiciones discriminatorias a unos u otros usuarios fundándose en la posición privilegiada que se deduce en su favor de la exclusividad de la gestión en los respectivos ámbitos de actuación sin ni siquiera acreditar cuáles son los concretos titulares de derechos que les han confiado la gestión (art. 150 LPI). Por ello, cualquier género de imposición de remuneraciones o tarifas que pueda considerarse no razonable por parte de dichas sociedades debe considerarse vetada por el mandato contenido en el artículo 157 LPI . En el caso examinado, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha considerado, desde la perspectiva del control público de la competencia, que el contrato en cuestión contiene cláusulas discriminatorias para la demandada y lo ha hecho mediante consideraciones ligadas al reconocimiento de una posición de monopolio de facto de la misma, recogiendo la afirmación del Servicio de Defensa de la Competencia en el sentido de que no cabe «eliminar toda posibilidad de negociación de forma unilateral, vulnerando desde una posición de dominio la LDC por no justificar las ventajas que otorga a los productores integrados en unos colectivos (AFYVE) y no a otros usuarios con la razón de que la SGAE se limita a aplicar las exigencias pactadas internacionalmente entre BIEM e IFPI».

En suma, el establecimiento de tarifas más gravosas para los productores individuales que para aquellos que se presentan como asociados, en la medida en que, por una parte, se imponga con carácter unilateral que haga imposible o muy difícil una real negociación y, por otra parte, tenga carácter discriminatorio y, por ello, contrario al principio de igualdad, debe considerarse que conculca el mandato de razonabilidad contenido en el artículo 157 a) LPI y, por ende, determina la nulidad de las cláusulas contractuales que vulneran de este modo los límites impuestos por la ley al principio de autonomía de la voluntad, a los que se refiere expresamente el artículo 1256 CC .

C) Finalmente, no vulnera el principio de libertad contractual la aplicación al contrato litigioso de las condiciones económicas correspondientes al contrato con AFYVE que impone la sentencia recurrida. En el contexto de razonabilidad exigido por la ley en las cláusulas contractuales que puedan ser impuestas por las sociedades de gestión a los usuarios de los derechos de propiedad intelectual, las cláusulas anuladas por exceso en la remuneración fijada no constituyen obstáculo para la efectividad del contrato, ya que resulta posible acordar su nulidad únicamente en cuanto al exceso y su reducción

en lo necesario para hacer efectivo el principio de igualdad por comparación, en este caso, con las que se contienen en el contrato celebrado con AFYVE, que es lo que se desprende del fallo de la sentencia recurrida. La jurisprudencia, en efecto, con arreglo al aforismo *utile per inutile non vitiatur* [la parte útil no resulta viciada por la inútil], declara que en aquellos casos en los cuales el contrato o el acto jurídico contiene algún acto contrario a la ley, pero consta que se habría concertado sin la parte nula (cosa que no ocurre cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes, principio que se recoge en el artículo 10 LCU), procede únicamente declarar su nulidad parcial (SSTS de 17 de octubre de 1987, 22 de abril de 1988, 15 de febrero de 1991, 23 de junio de 1992, 18 de marzo de 1998, 25 de septiembre de 2006, rec.4815/1999).

Al haberlo entendido y razonado así de manera pormenorizada la sentencia recurrida no se advierte que haya incurrido en las infracciones que se denuncian."

Analiza la Sala Primera del Tribunal Supremo la situación de monopolio de facto en que se encuentra la entidad de gestión, situación en que igualmente se encuentran AGEDI y AIE, y señala que los contratos son la forma impuesta por la LPI de administrar los derechos cuya gestión les ha sido conferida, puntualizando que tal regulación legal tiene la finalidad de "facilitar la difusión en condiciones razonables y mediante retribución de los derechos exclusivos y de remuneración sobre obras de propiedad intelectual cuya gestión se confía a las expresadas" pero no les permite "imponer restricciones contrarias al principio de libre competencia o imponer condiciones discriminatorias a unos u otros usuarios fundándose en la posición privilegiada que se deduce en su favor de la exclusividad de la gestión en los respectivos ámbitos de actuación"

Como ya concluyó esta Sala en la sentencia de 5 de febrero de 2009 citada, resulta que el establecimiento de tarifas discriminatorias sin justificación ni proporcionalidad alguna excluye el cumplimiento del diseño de la LPI y supone la antijuridicidad de la conducta de AGEDI y AIE.

La parte recurrente señala que las tarifas no fueron discriminatorias, aportando a tal efecto dictamen pericial en el que se comparan las tarifas negociadas con TVE (los pagos realizados por TVE en concepto de remuneración de los derechos de comunicación pública y reproducción de fonogramas) y lo exigido a las denunciadas.

La primera dificultad en la valoración del informe pericial se suscita porque este insiste en que la comparación debería haberse realizado con el periodo 1990-2006 y no con el periodo 1990-2002. En el folio 9 del informe se ofrecen razones por las que se sostiene tal tesis: La primera porque en el periodo 2003-2006 TVE pagó cifras muy superiores y por tanto la exclusión de estos tres años sesga los resultados; la segunda porque la oferta "más económica" se realizó en 2004 y fue reiterada en abril de 2005, "es decir, era una oferta pensada para calcular los importes que Sogecable debería satisfacer desde 2004 en adelante".

En los hechos declarados probados por la CNC se señala:

"Estas ofertas de abril de 2005 a CSD, DTS y C+ (SOGECABLE), en términos absolutos serían entre 3,3 y 4,3 veces superiores a las cantidades pagadas a TVE, mientras que las ofertas de 29 de mayo de 2002 entre 5,1 y 9,2 y los importes de las demandas judiciales entre 5,4 y 10,3 veces superiores.

Expresadas en términos porcentuales sobre los ingresos de explotación

(publicitarios en el caso de TVE, utilizando los datos del expediente 523/04, las ofertas de abril de 2005 de AGEDI/AIE a los denunciados serían entre 5,5 y 11 veces superiores a los pagos de TVE, las de mayo de 2002 entre 11,1 y 17,4 veces y las cantidades demandadas judicialmente, entre 10,6 y 18,2 veces."

Fue en 2005 cuando las denunciados se enteraron del contrato con RTVE debiendo recordarse que el ocultamiento reforzó el poder de negociación de las entidades de gestión recurrentes, señalando la CNC que "el abuso de posición negociadora puede constituir un abuso de posición dominante (art. 20.4.g) LPI".

La propia resolución impugnada señala que la alteración de las fechas que proponen las entidades de gestión (y que se encuentra en la base de las distintas conclusiones obtenidas por el informe pericial) "introduce un elemento de confusión". La Administración ha enjuiciado una actuación desarrollada en un determinado periodo de tiempo, el periodo 1990-2002 precisamente porque es el periodo que comprende el acuerdo alcanzado con TVE, si bien se han comprobado las cifras incluso hasta la consideración de las ofertas del año 2005, alcanzando conclusiones que obviamente no pueden quedar sin efecto por las recogidas en el informe pericial, al tener este en cuenta, sin justificación razonable, un periodo de tiempo distinto del considerado por la CNC.

Se alega por último que aún en el caso de que hubiera llevado a cabo la conducta por la que se le condena, no puede imponerse sanción alguna por falta del elemento intencional, ya que no se habría producido de forma dolosa ni culposa.

Se ha acreditado el elemento subjetivo de la infracción: la voluntad de la autora de la conducta de cobrar más por lo mismo y de ocultar a las denunciados el acuerdo alcanzado con TVE. Las conductas descritas en los hechos probados se llevaron a cabo por unas entidades que tenían total y detallado conocimiento de las circunstancias de negocio de las operadoras de televisión, a las que trataron de forma diferente.

SEXTO-. En relación con la existencia o inexistencia de desventajas competitivas en relación con las consecuencias que habría tenido la actuación de las demandadas, si bien es cierto que la doctrina más reciente ha abogado por la necesidad de restringir la aplicación del art. 82.c) del TUE y el art. 6 de la anterior LDC a los supuestos en que se ha demostrado que la aplicación de precios discriminatorios ha colocado a las empresas que han sufrido la discriminación en una situación de desventaja competitiva, hay que situar este supuesto en la realidad de la especial situación de unas entidades que son monopolistas.

No se trata en este caso de unas empresas dominantes activas en el mercado sino de unas entidades a las que la ley ha entregado el monopolio de la gestión de los derechos de propiedad intelectual. Frente a las empresas que se ven en la absoluta necesidad de adquirir el producto que monopolizan las actoras estas no han llevado a cabo una discriminación fundada en ninguna razón económica aparente: no se ha buscado aparentemente el mayor precio que el cliente estaba dispuesto a pagar, ni se ha fijado el precio en función del número de unidades adquiridas ni se ha distinguido a las cadenas de televisión por su curva de demanda. De las actuaciones practicadas no

resulta razón económica alguna por la que se haya discriminado a las denunciantes frente a TVE.

En las circunstancias descritas, no puede concluirse como sostiene la actora que, el hecho de que el pago se haya realizado con posterioridad, concretamente una vez alcanzado el acuerdo que llevó a las denunciantes a abandonar sus reclamaciones en todas las jurisdicciones, no supusiera una desventaja competitiva. Por otra parte, en el supuesto de las llamadas essential facilities el TJUE en el asunto Corsica Ferries consideró que las diferencias en las tarifas constituían una discriminación de precios abusiva, sin realizar mayores consideraciones.

SEPTIMO-. Finalmente, y en relación con la aplicación del principio de proporcionalidad, porque si el art. 10 LDC señala multas de hasta 900.000 euros y a las actoras les han impuesto 815.000 euros y 615.000 euros respectivamente, se han impuesto en el grado máximo, siendo así que, a su juicio deberían imponerse en el mínimo.

La resolución señala literalmente:

"El Consejo considera que la infracción realizada por AGEDI/AIE tiene carácter muy grave, por cuanto se trata de una conducta realizada por entidades de gestión cuya posición de dominio es indudable, de monopolio de hecho, apoyándose fundamentalmente en el privilegio que le concede la Ley de la Propiedad Industrial de fijar, unilateralmente y sin sujeción a priori a un determinado criterio objetivo, tarifas generales que funcionan como precio del input en defecto de acuerdo con el usuario del repertorio.

Como agravantes, debe tenerse en cuenta que la conducta afecta a un bien que constituye un input necesario para que los operadores de televisión puedan conformar su oferta de entretenimiento, y que en muchos casos no tiene un sustitutivo cercano en la música en directo. Además, la conducta de discriminación se ha realizado con infracción del deber de transparencia que recae sobre las entidades de gestión de derechos de autor frente a los usuarios en relación con los parámetros económicos de los acuerdos previamente alcanzados con otros usuarios del repertorio, que son competidores entre sí o entre los que existe cierta presión competitiva.

También la larga duración de la infracción imputada a AGEDI/AIE en relación con TVE, consistente en negarse a cancelar su deuda del periodo 1990 a 2002 conforme a las condiciones que en tal periodo se aplicaron a TVE, que ha perdurado al menos hasta la fecha en que denunciantes y denunciados alcanzaron el acuerdo de 24 de julio de 2008. Esto es, si bien los efectos de la discriminación se extienden al periodo señalado (12 años), la negativa a aplicar las mismas condiciones pactadas con TVE para ese periodo (primero ocultando el contrato, y desde 2005 manifestando su inaplicabilidad a SOGECABLE) se ha prolongado hasta julio de 2008. La otra conducta discriminatoria, frente a ONO, se habría producido desde la fecha de la firma del contrato en julio de 2006 y el mencionado acuerdo de julio de 2008.

Como atenuante, el Consejo tiene en cuenta que, pese a las diferencias en las condiciones de acceso al repertorio de las entidades de gestión imputadas, los operadores de televisión denunciantes han hecho del uso del mismo a lo largo de todos estos años, así como que finalmente el 24 de julio de 2008 denunciantes y denunciados llegaron a un acuerdo sobre las cantidades a pagar por el periodo 1990/2008, con renuncia a proseguir con los contenciosos administrativos y judiciales

existentes (incluidos los de defensa de la competencia), así como acordaron las bases "pro futuro".

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, teniendo en cuenta todo lo anterior, considera que en este expediente multas de 815.000 euros en el caso de AGEDI y de 615.000 euros en el caso de AIE cumplen adecuadamente los requisitos de proporcionalidad y adecuación. El Consejo es consciente asimismo de que, aunque se trata de una infracción muy grave realizada por monopolista, esta cuantía está muy por debajo de los límites permitidos por el artículo 10 LDC ."

Los argumentos, que no han sido impugnados por la recurrente son plenamente admisibles en derecho, y deben ser mantenidos con la correlativa confirmación del acto administrativo impugnado.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

OCTAVO-. No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa .

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS

el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de ASOCIACIÓN DE GESTION DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y de ARTISTAS, INTERPRETES O EJECUTANTES SOCIEDAD DE GESTION DE ESPAÑA (AIE) contra resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 9 de diciembre de 2008 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial .

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Iltna. Sra. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de todo lo cual yo, el Secretario judicial, doy fe.