

Id. Cendoj: 28079130032013100277
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 26/09/2013
Nº de Recurso: 2877/2010
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Defensa de la competencia. Entidades de gestión. Abuso de posición de dominio.
-Derechos de propiedad intelectual-. AGEDI/AGI.

Idioma:

Español

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Septiembre de dos mil trece.

VISTO por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de Casación número 2877/10, interpuesto por la ASOCIACION DE GESTION DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y ARTISTAS, INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE), representadas por el Procurador D. Federico Ortíz-Cañavate Levenfeld, contra la sentencia de fecha 10 de marzo de 2010 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 75/09 , sobre conductas prohibidas por el Tribunal de Defensa de la Competencia por abuso de posición de dominio. Se ha personado como recurrido el Abogado del Estado en la representación que ostenta de la ADMINISTRACION DEL ESTADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El acuerdo de 9 de diciembre de 2008 dictado por la Comisión Nacional de la Competencia resolviendo el expediente número 636/07, "FONOGRAMAS", iniciado por Sogecable SA, Canal Satélite Digital SL y Distribuidora del Televisión Digital SA por supuestas conductas prohibidas por el art.6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia y art.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 durante toda la década de los años noventa y hasta el año 2002.

Las mencionadas Asociaciones interpusieron contra dicho acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia, el procedimiento contencioso-administrativo que se siguió con el número 75/09, ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, la cual dictó Sentencia de fecha 10 de marzo de 2010 cuya parte dispositiva dice textualmente:

<< FALLAMOS.- Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) y de ARTISTAS, INTERPRETES O EJECUTANTES SOCIEDAD DE GESTIÓN 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.>>

SEGUNDO.- Contra la sentencia dictada, la representación procesal de las mencionadas asociaciones, prepararon recurso de casación que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado y al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la mencionada representación procesal de las asociaciones, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, mediante escrito de interposición del recurso de casación de 17 de junio de 2010, expuso los siete motivos de casación siguientes:

Primero: Al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción por quebrantamiento de las normas reguladoras de la sentencia, por Incongruencia omisiva en los fundamentos de la sentencia impugnada, en los cuales no se analiza el Acuerdo de 24 de julio de 2008.

Segundo: Al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción , por quebrantamiento de las normas reguladoras de la sentencia, por Incongruencia omisiva de los fundamentos de la sentencia impugnada, en los que no se analizan los motivos hechos valer referidos a que TVE es un "servicio público esencial para todos los ciudadanos".

Tercero: Al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción , por quebrantamiento de las normas reguladoras de la sentencia, por incongruencia omisiva en los Fundamentos de la sentencia impugnada, en los cuales no se analizan los motivos hechos valer referidos a que AGEDI Y AIE tampoco han incurrido en la conducta descrita en el art. 82.c) del Tratado de la Unión Europea . se denuncia la infracción por la sentencia recurrida, por *"incorrecta aplicación, de la disposición transitoria primera, apartado 3, del RD 1556/2009 "*

Cuarto: Al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, más concretamente infracción de los arts. 6.2.d) de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia , en relación con los artículos 142 de la Ley de Propiedad Intelectual 22/1987 , y 108.6 , 116.3 , y 157 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual 1/1996, y en relación también con el artículo 24 CE (principio y derecho fundamental a la presunción de inocencia). Infracción de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida su sentencia de 18 de diciembre de 1996

(SGAE-Televisión).

Quinto: Al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, por infracción de los arts. 1.2 , 5.1.a) y 5.1.b), de la Ley 4/1980, de 10 de enero , por la que se aprobó el Estatuto del ente público RTVE, así como del art. 1.1 de la Ley 37/1995, del 15/ del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual 1/1996, del art. 2.1 de la Ley 17/2006 , de la radio y televisión de titularidad estatal, Infracción de la Jurisprudencia aplicable y, en concreto de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 329/2005 , así como de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas recaídas en el asunto C-52/07 .

Sexto: Al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, se denuncia la infracción de los arts. 82.c) del Tratado de la Unión Europea , en relación con el art. 2 del Reglamento del Consejo (Unión Europea) nº 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, con las Directrices de la Unión Europea 2004/C, 101/07, y con el art. 24 CE (principio y derecho fundamental a la presunción de inocencia) e infracción de la Jurisprudencia aplicable del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en especial de la sentencia de 30 de junio de 1966, asunto 55/65 , sentencia de 29 de octubre de 1980, asuntos acumulados 279/78 , a 215/78 y 218/78 Van Landewyck c.Comisión; y sentencia de 17 de julio de 1997, asunto C-219/95 P, Ferrie Nord SpA; Sentencia de 16 de julio de 1992 (Asociación Española de Banca Privada y otros, C-67/91 , apartado 11).

Séptimo: Al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, se denuncia la infracción del art. 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , en conexión con el art. 10 de la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989, infringido también por la sentencia recurrida.

Terminando por suplicar dicte sentencia por la que, con estimación del recurso, se case y anule a sentencia recurrida, y en su lugar se dicte nueva sentencia por la que se anule la citada Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia.

CUARTO.- Admitido a trámite el recurso de casación, y remitido a la Sección Tercera de esta Sala para su conocimiento, el Abogado del Estado en su escrito de oposición de 5 de abril de 2011, suplico dicte sentencia por la que, con desestimación del recurso confirme la que en el mismo se impugna e imponga las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en la LJCA.

QUINTO.- Se señaló para votación y fallo el día 17 de septiembre 2013, en que ha tenido lugar, con observancia de las disposiciones legales.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 10 de marzo de 2010 , desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la

Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y de Artistas, Interpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE) contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 9 de diciembre de 2008 que impuso a AGEDI una sanción pecuniaria de 815.000 euros y a AIE una sanción pecuniaria de 615.000 Euros como autoras de un abuso de posición de dominio, a la vez que les intimó para que cesara en él.

La conducta calificada como infracción de los artículos 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia , y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, y que se imputa a AGEDI y a AGI fue la de haber explotado de modo abusivo, durante los años 1990 al 2002 su posición dominante en la gestión de los derechos de propiedad intelectual que tenían encomendados. El abuso de su posición de dominio habría consistido en haber reclamado a determinados operadores de televisión privados, singularmente, a "Sogecable, DTS y CSD" unas cantidades económicas sustancialmente superiores, para prestaciones equivalentes, respecto de las aplicadas en el mismo período al operador público Televisión Española y ONO, habiendo además ocultado a aquéllas la diferencia existente.

SEGUNDO.- Dado el planteamiento de los motivos casacionales resulta conveniente que transcribamos los hechos que la Sala de instancia que, según se refiere en el fundamento jurídico segundo de la sentencia, consideró "probados" al dar "por expresamente reproducidos los hechos declarados probados por el TDC". El fundamento jurídico segundo de la sentencia impugnada se limita, en efecto, a esta sola declaración.

La relación de hechos que el órgano administrativo había formulado y que, la Sala de instancia asume, era la siguiente:

<< HECHOS ACREDITADOS

1. 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.

2. 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, según el detalle siguiente (Resolución 593/05):

Propuesta de contrato de AGEDI de 1994 relativa a

pagos de TVE por el uso de fonogramas.

-% sobre ingresos brutos anuales-

Año Comunicación pública Reproducción

1995

1996

1997

1998 y

siguientes 0,066

0,090

0,108

0,179 0,022

0,032

0,138

0,064

Fuente: AGEDI

Dado que 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 (Resolución 593/05).

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.

3. Al no ponerse de acuerdo AGEDI con A3-TV (A3) y T5-TV(T5) sobre las cantidades a pagar por la utilización de grabaciones fonográficas firmaron un compromiso de arbitraje el 15 de octubre de 2001. Posteriormente, en mayo de 2002, A3 tuvo conocimiento del contrato de 1986 entre AGEDI y RTVE constatando que se le exigían unas tarifas que multiplicaban casi por diez las exigencias a RTVE.

En noviembre de 2002, AGEDI solicitó la intervención de la Comisión Mediadora Arbitral de la Propiedad Intelectual (actualmente CPI) para que iniciara el procedimiento previsto en el Real Decreto 479/1989, pero al entender ésta que era requisito necesario el sometimiento expreso y voluntario de las partes a la Comisión y dado que ni A3 ni TS habían admitido la solicitud de AGEDI, no intervino.

AGEDI interpuso una demanda contra A3 ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Alcobendas, que dictó Sentencia el 14 de mayo de 2004 condenando a la demandada a suspender la utilización de los fonogramas hasta que lo autorizara la entidad de gestión y al pago a ésta de 18.552.177 euros, más los impuestos correspondientes. En el Fundamento de Derecho tercero se recogía la eficacia de las tarifas generales en defecto de acuerdo entre las partes (Sentencia del TS de 18 de marzo de 1990 , criterio que también mantenía la Audiencia Provincial de Madrid) y se declaraba que las "tarifas que se aplican a RTVE no podían ser en ningún caso iguales a las de ANTENA 3 al tratarse de entidades distintas, la primera un ente público que obtiene sus fondos, parte por las subvenciones estatales y otros por publicidad, y ANTENA 3 ente privado cuyos ingresos fundamentales son obtenidos por la publicidad, debiéndose estimar la demanda íntegramente, toda vez que a lo largo de la dilatada negociación AGEDI aplicó las tarifas generales ante la falta de acuerdo (...)".

4. Con T5 los hechos son paralelos a los recogidos para A3 dictándose Sentencia por el Juzgado de Primera Instancia nº 41 de Madrid que condenaba en este caso al pago de 17.717.399 euros, IVA incluido, y en cuyo Fundamento de Derecho sexto se hace referencia a las dudas que surgen en torno a la remuneración equitativa a la que alude el artículo 116.2 LPI "en relación con las tarifas generales aplicadas para el cálculo de la indemnización, (...) toda vez que la controversia que se mantiene respecto al valor real de la utilización efectiva de los derechos de reproducción de productos fonográficos, que de acuerdo con las máximas de la experiencia no alcanzaría la desorbitada cifra resultante de la aplicación de las indicadas Tarifas (...)". AGEDI/AIE ha aportado en el período de prueba copia del pacto transaccional alcanzado con T5 con

objeto de transar las diferencias entre las partes por el período de 1990-2008, que implica un apartamiento de las acciones judiciales en curso y la renuncia definitiva a plantear reclamación judicial futura por ese período.

5. El TDC en su resolución 593/05 declara acreditada la realización de una conducta prohibida por los artículos 6 LDC y 82 TE, por haber explotado AGEDI abusivamente su posición dominante en los derechos de la propiedad intelectual que gestiona, al aplicar para el uso de su repertorio condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que suponen una discriminación para A3 y T5 frente a Televisión Española durante los años 1990 a 2002. En sus Fundamentos de Derecho el Tribunal declara no acreditado que AGENDI estableciera tarifas generales abusivas en comparación con las de otras entidades de gestión europeas, que el sistema de pago por disponibilidad (calculado como porcentaje de los ingresos por publicidad) fuera contrario a la competencia, aunque estimaba deseable que las tarifas generales recayeran fundamentalmente sobre uso real de los fonogramas, y que las cantidades pagadas desde 1990 a 2002 por TVE a AGEDI eran inferiores alrededor de seis veces, en términos relativos, a las exigidas por la misma prestación a A3 y T5.

6. Las entidades de gestión están obligadas a hacer efectivos los derechos a una remuneración equitativa y a establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio y a comunicarla al Ministerio de Cultura, lo que AGEDI y AIE hicieron el 20 de enero de 2004 con una Tarifa General Única. En 2007, las Tarifas generales por comunicación pública de fonogramas difieren para los diferentes tipos de radiodifusión, siendo en el caso de los operadores con oferta multicanal del 0,370% TD, 0,1887% AGEDI y 0,1813% AIE) sobre el importe total de los ingresos brutos mensuales de la entidad usuaria, porcentaje que se alcanzaría en el año 2015 partiendo en el ejercicio 2004 de un porcentaje del 0,3030% (0,15453% AGEDI Y 0,14847% AIE).

7. 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, aunque al parecer luego fue resuelta, 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 (su pretensión era negociar un contrato por utilización singular de cada soporte).

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, congratulándose por carta de fecha 30 de julio siguiente el 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, a lo que responde ésta 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 referido Juzgado 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, aunque según la entidad de gestión se cuestiona el derecho negociado y solicita que se especifiquen 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. CSD en su escrito de respuesta solicita que se le indiquen las modalidades del uso de fonogramas que requieren autorización, mientras que SOGECABLE cuestiona la rigurosidad y coherencia de los cálculos.

Por otra parte, 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, por primera vez, según AGEDI en su escrito de alegaciones, 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, afirmando SOGECABLE que por primera vez ha estado presente AIE en las mismas (el 14 de julio de 2003 habían llegado a un acuerdo AGEDI Y AIE 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) y a finales de diciembre de 2004 insisten en la necesidad de limitar temporalmente los contactos y negociaciones. En la oferta, no es posible cuantificar los pagos correspondientes a la primera opción de pago, ya que no se especifica cómo se asignan los ingresos de DIGITAL + entre los diferentes canales que componen la plataforma, por lo que a efectos de cálculo sólo puede utilizarse la segunda opción.

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.

Cabe señalar que en ningún momento AGEDI informó a los denunciados, hasta que éstos se la hicieron saber, 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 denunciadas 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 según los denunciados era la más económica de las hasta entonces recibidas 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 +. En el cuadro siguiente se detalla un resumen de las ofertas de pago hechas por AGEDI/AIE a los denunciantes así como los importes de las demandas judiciales.

Ofertas de pago de AGEDI/AIE a las denunciantes y los importes de las demandas judiciales (entre paréntesis comparación de la cifra con los pagos absolutos o respecto ingresos de TVE)

Oferta de

AGEDI/AIE

Abril 2005 Porcentaje

sobre

ingresos Oferta de 29

de mayo

2002 Porcentaje

sobre

ingresos Demandas

judiciales Porcentaje Ingresos

CDE 4.901.054

(432%) 0,18%

(555%) 10.430.901

(920%) 0,38%

(1181%) 11.743.589

(1036%) 0,43%

(1330%)

DTS 3.707.127

(327%) 0,36%

(1106%) 5.862.271

(517%) 0,57%

(1749%) 6.130.839

(541%) 0,60%

(1829%)

C+ 8.736.893

(399%) 0,18%

(617%) 15.757.953

(719%) 0,33%

(1113%) 15.124.065

(690%) 0,31%

(1068%)

Fuente: Elaboración propia a partir de datos aportados por las partes y de Expte.2523/04

Las 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 2523/04, 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.

8. 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, consistente entre otros extremos, en que el arbitraje tuviera en cuenta la resolución que en su día dicte el Tribunal de Defensa de la Competencia en el expediente 593/05, 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 reconvenzional 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) que condenó a AGEDI por abuso de posición de dominio al aplicar por el uso de su repertorio condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que suponen discriminación para A3 y T5, SOGECABLE dirigió escrito a AGEDI en julio de 2006 solicitando la aplicación de las mismas condiciones de TVE durante el período 1990-2002, así como que se desista de aplicar las tarifas generales como base para el cálculo de la cantidad reclamada en el Juzgado de lo Mercantil y comuniquen las condiciones contractuales que pudieran tener con cualquier otra televisión.

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. Adicionalmente resaltaban que CANAL + y DIGITAL + compiten en mercado distinto (televisión de pago) al que lo hacen A3, T5 y TVE.

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.

Después de diversas comunicaciones entre AGEDI/AIE y CANAL CUATRO y al no constar la existencia de acuerdo, las entidades de gestión remitieron en noviembre de 2006 una propuesta económica y unas tarifas a aplicar, indicando que en caso de que no se llegara a un acuerdo tras una fecha a acordar entre las partes, podrían acudir de común acuerdo a la CPI.

9. En marzo de 2007, SOGECABLE, CSD y DTS denuncian al SDC la existencia de una discriminación en su contra en relación a otros operadores de televisión, que podrían recibir ofertas por AGEDI/AIE de 0,03 euros por abonado/mes (lo que se constata en junio al complementarse la denuncia por la aportación de contratos suscritos por las entidades de gestión con otros operadores de televisión por cable) para canales no audio, más beneficiosas que las ofrecidas a CSD y DTS de 0,117 euros por abonado/mes (divididas en 0,10 por comunicación pública y 0,0172 por reproducción instrumental). Las denunciantes resaltan las diferencias entre los 38.773.160,12 euros reclamados por AGEDI/AIE y los 9.744.316 euros que se deducirían aplicando 0,03 por abonado/mes.

La solicitud del SDC, en junio de 2007, AGEDI/AIE comunican que de las televisiones de ámbito nacional que no emiten la totalidad de su programación en abierto, sólo se ha suscrito contrato con CABLEEUROPA S.A.U.(ONO), con una tarifa pactada de 0,03 euros abonado/mes en canales no temáticos audio, igual que la oferta realizada a IMAGENIO; y que las ofertas realizadas a DIGITAL + y CANAL + fueron, respectivamente de 0,10 y 0,06 euros abonado/mes. Según afirman la base para la confección de las ofertas fueron los ingresos de explotación (los abonados y además para CANAL + una pequeña parte de publicidad). En el caso de ONO, aún partiendo de los ingresos de explotación, el contrato se concretó en una cantidad a tanto alzado por abonado/mes del servicio de televisión de ONO (y de IMAGENIO, CANAL + y DIGITAL +) al que se aplicó el tipo de la tarifa general (en 2005, el 0,303% y 0,0106, respectivamente, para comunicación pública y para reproducción). A requerimiento de AGEDI/AIE, ONO ha contestado que en 2004 comercializaba servicios de TV, teléfono e

Internet utilizando su propia red, pudiendo los clientes comprarlos todos conjunta o separadamente, si bien el 95% de sus abonados estaban suscritos a un paquete con otro producto, recibiendo sólo el 5% únicamente el servicio de TV.

Para AGEDI, la diferencia entre las tarifas ofrecidas y la contratada en el caso de ONO se declara que:

-ONO hizo ver que la televisión era el producto de más difícil comercialización de su paquete (que incluía además teléfono e Internet) y que la mayoría de sus abonados a televisión lo estaban al resto de sus productos, por lo que el precio medio por abonado a la televisión no se correspondía con el del servicio de televisión por separado, sino con uno inferior, base sobre la que se había estimado el precio medio mensual por abonado.

-ONO sólo comunica al público (no reproduce) por lo que se tuvo en cuenta esto en el cálculo del canon a tanto alzado.

-CANAL + y DIGITAL + sólo comercializan televisión, siendo comprobable que el ingreso/precio medio por abonado en relación al de ONO era, respectivamente, alrededor del triple y el doble, por lo que la cantidad a tanto alzado por abonado/mes en 2004, por comunicación pública, para DIGITAL + se fijó en 0,10 euros, para CANAL + en 0,065 euros y para ONO en 0,03 euros (en el escrito de AGEDI se cifra en 0,3, se supone que por error).

-Ni ONO ni IMAGENIO tenían en 2004 ingresos por publicidad, mientras que sí los tenía SOGECABLE, aunque fuera en pequeñísima proporción.

-ONO tiene unos gastos de cableado que no recaen sobre DIGITAL + o CANAL +, con independencia de que con ONO se pactó un canon para los canales temáticos de audio que no existía en la oferta a DIGITAL +.

AGEDI/AIE señalan que la oferta a SOGECABLE (era anterior a la ONO) sólo era una primera propuesta y que, si se hubiera demostrado que los ingresos medios estimados por AGEDI eran superiores a los reales, probablemente se habría determinado una cantidad distinta.

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.

10. 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 Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional expuso una síntesis de los hechos probados en el fundamento jurídico segundo de su sentencia y en el siguiente, resume los argumentos esgrimidos por las entonces recurrentes que estructura en tres apartados: por la infracción del artículo 6.2.d) LDC , por infracción del artículo 82.c) del Tratado de la Unión Europea y por la infracción del principio de proporcionalidad.

La sentencia desestima las pretensiones deducidas con remisión, en parte, a su precedente Sentencia de 2 de febrero de 2009 (recurso número 378/2006). Las consideraciones jurídicas en las que se basó el Tribunal de instancia para desestimar la demanda son los siguientes:

<< [...] 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 sí 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 si, 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 1.997 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 si, y más concretamente, si competían o no entre si 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.

[...] 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 (RCL 1989591) 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 denunciantes 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 (RCL 1987440) 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 denunciadas 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 denunciadas 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.

[...] En relación con la existencia o inexistencia de desventajas competitivas en relación con las consecuencias que habría tenido la actuación de las demandantes, 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 denunciadas 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 denunciadas 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.

[...] 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 denunciante 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 denunciante han hecho del uso del mismo a lo largo de todos estos años, así como que finalmente el 24 de julio de 2008 denunciante 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.>>

CUARTO.- Las entidades AGEDI y AIE recurren en casación la sentencia de instancia cuyo contenido acabamos de resumir y lo hacen articulando siete diferentes motivos, los tres primeros al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional , en los que denuncian la incongruencia omisiva de la sentencia recurrida, y los cuatro siguientes acogidos al apartado d) del indicado precepto, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

Concretamente, en el motivo cuarto del recurso de casación se denuncia la infracción de los arts. 6.2.d) de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, en relación con los artículos 142 de la Ley de Propiedad Intelectual 22/1987, y 108.6, 116.3, y 157 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual 1/1996, en relación también con el artículo 24 CE (principio y derecho fundamental a la presunción de inocencia) y la infracción de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida su sentencia de 18 de diciembre de 1996 (SGAE-Televisión). En el motivo quinto se aduce la infracción de los arts. 1.2, 5.1.a) y 5.1.b), de la Ley 4/1980, de 10 de enero, por la que se aprobó el Estatuto del ente público RTVE, así como del art. 1.1 de la Ley 37/1995, del 157/ del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual 1/1996, del art. 2.1 de la Ley 17/2006, de la radio televisión de titularidad estatal, Infracción de la Jurisprudencia aplicable y, en concreto de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 329/2005, así como de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas recaídas en el asunto C-52/07. En el sexto de los motivos se afirma la vulneración de los arts. 82.c) del Tratado de la Unión Europea, en relación con el art. 2 del Reglamento del Consejo (Unión Europea) nº 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, con las Directrices de la Unión Europea 2004/C, 101/07, y con el art. 24 CE (principio y derecho fundamental a la presunción de inocencia) e infracción de la Jurisprudencia aplicable del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en especial de la sentencia de 30 de junio de 1966, asunto 55/65, sentencia de 29 de octubre de 1980, asuntos acumulados 279/78, a 215/78 y 218/78 Van Landewyck c.Comisión; y sentencia de 17 de julio de 1997, asunto C-219/95 P, Ferrie Nord SpA; Sentencia de 16 de julio de 1992 (Asociación Española de Banca Privada y otros, C-67/91, apartado 11). Y en el séptimo, la infracción del art. 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en conexión con el art. 10 de la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989, lesionado también por la sentencia recurrida.

QUINTO.- Como hemos expuesto con anterioridad, en los tres primeros motivos casacionales AGEDI y AIE censuran la sentencia impugnada por incurrir en incongruencia omisiva. En el desarrollo argumental de estos motivos sostienen las recurrentes la falta de respuesta a tres diferentes cuestiones: la falta de referencia y análisis en la sentencia impugnada del Acuerdo de 28 de julio de 2008 suscrito entre las recurrentes y las entidades integrantes del grupo Sogecable, acuerdo que consideran relevante en la medida que su examen debería haber llevado a la Sala de instancia a la anulación de la resolución impugnada. En el segundo y tercero de los motivos se denuncia, respectivamente, que en la sentencia no se analizan los motivos hechos valer en la demanda, relativos a que Televisión Española presta un servicio público esencial para todos los españoles; y que las recurrentes no han incurrido en la conducta descrita en el artículo 82.c) del Tratado de la Unión Europea.

Estos tres motivos, en los que se censura la sentencia por incurrir en incongruencia omisiva y que por su similar planteamiento examinaremos conjuntamente, deben ser desestimados. Con arreglo a reiterada jurisprudencia, la incongruencia omisiva o *ex silentio*, se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución. Por consiguiente, no cabe apreciar la incongruencia por la ausencia de pronunciamiento del Tribunal cuando la argumentación suscitada no presentaba un carácter sustancial o cuando la alegación pueda entenderse desestimada tácitamente del conjunto de los argumentos expuestos en la sentencia.

El rechazo que la Sala hace de las alegaciones referidas a la licitud de la conducta mantenida por las recurrentes AGEDI y AIE puede considerarse como respuesta implícita, o inducida del conjunto de las consideraciones de la sentencia, a los argumentos indicados expuestos en la demanda. Es cierto que en algunos casos la falta de respuesta explícita de la sentencia de instancia a las alegaciones esenciales es determinante de la incongruencia omisiva de la sentencia, pero en el caso que ahora analizamos, puede interpretarse y deducirse del conjunto de los razonamientos expuestos por el tribunal sentenciador que ha existido un rechazo implícito de las referidas alegaciones que versan sobre diferentes aspectos de la resolución recurrida.

En particular, en los fundamentos jurídicos cuarto a sexto de la sentencia que hemos transcrito la Sala de instancia refiere, tras asumir los hechos de la resolución impugnada, -que incluían la mención al Acuerdo del año 2008- que la actuación desarrollada por las AGEDI y AIE constituía una conducta ilícita de abuso de dominio contemplada en el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia. En este sentido, la Sala analiza los antecedentes fácticos del asunto y razona sobre la actuación de las entidades recurrentes, con remisión a los criterios de su precedente sentencia de 5 febrero de 2009, dictada en el recurso contencioso número 378/2006, en relación con otra resolución sancionadora de la Comisión de Defensa de la Competencia respecto a AGEDI.

Cabe, pues, considerar que la Sala se pronunció sobre las mencionadas alegaciones que, por lo demás, no se planteaban con un carácter autónomo ni diferenciado del resto de los argumentos esgrimidos en la demanda sino como elementos demostrativos, en su opinión, de la falta de imposición o aplicación de condiciones desiguales a las entidades denunciadas del grupo Sogecable, esto es, se inserta en la alegación sustancial esgrimida sobre la licitud de la conducta desarrollada y la ausencia de discriminación en las condiciones económicas, cuestión esta esencial, a la que el Tribunal, como hemos indicado, sí se refiere de forma expresa. En fin, la respuesta ofrecida por la Audiencia Nacional atiende a las pretensiones contrapuestas de las partes y expresa suficientemente y de manera motivada las razones que justifican el rechazo de las alegaciones sustanciales planteadas por las recurrentes. De manera que procede rechazar los tres primeros motivos de casación deducidos.

SEXTO - En cuanto a los motivos cuarto quinto y sexto del recurso de casación acogidos al apartado d) del art. 88.1 LJCA, que se refieren ya al fondo del asunto, el planteamiento se hace en términos muy similares a los que analizamos en nuestra sentencia de 13 de marzo de 2013, RC 2125/2009, que versaba sobre una sanción impuesta por la Comisión de Defensa de la Competencia a AGEDI por una conducta de abuso de posición de dominio por el establecimiento de diferentes tarifas por prestaciones equivalentes, en aquella ocasión, en relación con el trato discriminatorio respecto a Antena 3 TV.

Basta remitirnos a lo manifestado en nuestro pronunciamiento para desestimar los motivos cuarto al sexto de casación, en la medida que las alegaciones y la conducta imputada a las recurrentes es del todo semejante a la que entonces examinamos, y salvo mínimas diferencias, la fundamentación jurídica resulta plenamente aplicable al supuesto que ahora enjuicamos.

En el motivo de casación cuarto se hace mención a la existencia de negociaciones entre la recurrente y las empresas del grupo Sogecable y los distintos intentos de sometimiento a arbitraje, a lo que añade la suscripción del Acuerdo de 24 de Julio de 2008 que resuelve las reclamaciones económicas entre las partes.

Pues bien, decíamos en nuestra sentencia de 13 de marzo de 2013 con una argumentación totalmente trasladable al presente proceso, " *no habiéndosele imputado la "imposición" de precios, deja de ser relevante a los efectos que aquí importan que AGEDI estuviera dispuesta a sujetarse a arbitraje sobre aquéllos o renunciase a "imponerlos". Aunque el argumento sobre la "ausencia de conducta de imposición por parte de AGEDI" le conduce a defender la "imposibilidad de considerarla incurso en la infracción descrita en el art. 6.2.d) LDC "*, lo cierto es que todo su desarrollo va más dirigido a descalificar el reproche inicial de "imposición" (letra a) del mismo artículo y apartado) que a rebatir la pertinencia del cargo finalmente apreciado. Lo cual se advierte, entre otras razones, al comprobar cómo el núcleo de este motivo casacional coincide con las alegaciones que en la vía administrativa hizo AGEDI (folios 1353 y siguientes del expediente) para oponerse, con éxito, a la primera de las imputaciones que figuraban en el pliego de cargos, precisamente la relativa a la "imposición" de los precios y otras condiciones a "Antena 3 de Televisión, S.A." y a "Gestevisión Telecinco, S.A."

La "disposición" al arbitraje, por lo demás, no equivale de suyo a "renunciar" a las "ventajas que configuran la posición de dominio". AGEDI mantenía dicha posición dominante en grado máximo, en cuanto era "la" entidad, sin concurrencia de otras, que podía establecer de modo unilateral las tarifas aplicables, no sometidas a intervención o aprobación administrativa previa ni posterior. Precisamente dicha posición dominante le exigía, para no degenerar en explotación abusiva de su monopolio de gestión, que, sin mengua del respeto a los derechos económicos de los creadores de fonogramas, ofreciera a los usuarios de éstos un marco de relaciones contractuales -especialmente de tarifas- presidido por la objetividad, el trato igual (con más propiedad, no discriminatorio) y la transparencia.

Más en particular, resultaba exigible a la entidad de gestión colectiva de los derechos -que, repetimos, podía fijar a su arbitrio la remuneración de éstos sin autorización ni control administrativo previo o posterior- que, como contrapartida a su privilegiada situación de gestor único de un recurso necesario para la difusión audiovisual (los fonogramas), informara a los usuarios comerciales no sólo de la existencia de las tarifas generales sino también de otros acuerdos ya alcanzados en su ámbito territorial, concertados con operadores del mismo sector. A ello conducían unas exigencias mínimas de transparencia en las relaciones comerciales, como contrapeso a su privilegiada posición.

Si la "disposición" al arbitraje se realiza, como sucedió en este caso, a partir de unas ofertas que en sí mismas estaban viciadas de origen (por la evidente discriminación y por el ocultamiento intencionado de datos relevantes) y en las que se proponían unas tarifas claramente desproporcionadas además de discriminatorias, aquella "disposición" no puede exonerar de responsabilidad a quien ya había incurrido, previamente, en el abuso de su posición de dominio en el mercado de la difusión de fonogramas. Es el ocultamiento unido a la fijación o establecimiento de tarifas generales en condiciones no equitativas ni comparables a las que disfrutaba el operador público, lo que constituye la clave o núcleo de la conducta imputada, contraria al deber y especial responsabilidad que AGEDI tenía, dada su posición de dominio absoluto del mercado relevante, sin rivales posibles, de extremar su diligencia para no incluir remuneraciones excesivas ni discriminar injustificadamente a quienes con ella iban a contratar la utilización de fonogramas.

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).

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, acompañada del ocultamiento al que asimismo hemos hecho referencia.

En un pasaje de su escrito de recurso AGEDI trae a colación, como argumento en apoyo de su tesis, la doctrina contenida en la sentencia de esta Sala de 20 de junio de 2006 (recurso de casación 9174/2003) sobre la admisión de algunas conductas de los agentes con posición de dominio. Decíamos en ella que podían ser legítimas ciertas "respuestas de una empresa con posición dominante que ve amenazados sus propios intereses comerciales por los competidores (y puede reaccionar frente a ellos adoptando las medidas razonables que estime oportunas, pues su posición de dominio no le obliga a la mera pasividad)". Sin duda la que ahora examinamos no es una de ellas, entre otras razones porque la entidad de gestión colectiva no tiene competidor alguno en su ámbito, esto es, no responde a la eventual presión competitiva de un rival, y la explotación abusiva de su previa posición dominante la aplica a algunos de sus clientes en detrimento de ellos y simultáneo beneficio de otros".

Y en el fundamento jurídico décimo de la reseñada sentencia de 19 de marzo de 2013 , rechazamos que la resolución sancionadora vulnerara la jurisprudencia comunitaria, nacional y la doctrina constitucional en los siguientes términos:

<< En el segundo bloque de alegaciones de este apartado AGEDI expone las razones que hubiera podido oponer para justificar su "legítima resistencia a que las

condiciones pactadas [...] en 1986 fueran trasladadas sin más a los contratos que habían de regir las relaciones" con el resto de operadores jurídicos, y que dicho contrato, además de estar desfasado y constituir un "fósil desde el punto de vista económico", no podía considerarse como "único referente". Y concluye por enésima vez subrayando su disposición a negociar y cómo "Antena 3 de Televisión, S.A." y "Gestevisión Telecinco, S.A." hubieran podido sostener ante el órgano arbitral las alegaciones que consideraran oportunas para trasladar las condiciones contractuales pactadas con Televisión Española a sus propios contratos.

Las alegaciones parten de una base no acorde con la realidad de los hechos que la Sala de instancia ha considerado probados y cuya revisión casacional ya no es posible. Fuesen cuales fuesen los motivos que hubiera podido aducir AGEDI para relativizar la importancia del contrato suscrito con Televisión Española, en la instancia se ha considerado como hecho probado que aquel contrato -ahora calificado de "fósil" y en la demanda también de "dinosaurio"- estaba en vigor y surtía efectos entre ambas partes, lo que hacía inexplicable (y jurídicamente reprochable) su ocultamiento, por parte de la entidad dominante AGEDI, a los operadores de televisión privada, competidores con el operador público en el mercado "descendente" de la adquisición de derechos"

Recordaremos, a estos efectos, que, según los hechos probados que la Sala admite, se encuentra que "[...] TVE respetó el contenido del contrato suscrito el 3 de marzo de 1986 y pagó a los productores de fonogramas por el uso de los derechos de comunicación pública y reproducción de los fonogramas en sus dos canales de televisión las siguientes cantidades anuales en pesetas correspondientes a los años 1985 a 2002 [se incorpora el cuadro de cantidades reproducido anteriormente]". Quiérese decir pues, que aquel marco contractual -ahora calificado por AGEDI como fósil- seguía vigente (vivo) cuando la entidad de gestión, que había percibido de Televisión Española las cantidades de él derivadas, se dirigió en el año 2001 a los operadores privados para requerirles el cobro de la remuneración conforme a las "tarifas generales", ocultándoles la existencia del contrato de 1986.>>

Con arreglo a nuestro criterio, la existencia de intentos previos de someter la controversia a arbitraje o los intentos de negociación -incluido el Acuerdo suscrito con las empresas del grupo Sogecable en el año 2008- no inciden ni desvirtúan las consideraciones de la Comisión de Defensa de la Competencia sobre la conducta desarrollada por AGEDI y AIE que, en definitiva, reclamaron a las entidades del grupo Sogecable unas condiciones económicas diferentes y superiores a las exigidas a TVE, con ocultación de la información de los contratos concertados con otros operadores como se desprende de los antecedentes fácticos de la resolución recurrida, asumidos en la instancia.

En suma, la conducta que ahora analizamos consistente en la aplicación de esas diferentes condiciones económicas por el uso de fonogramas a unos y otros operadores, implica la explotación abusiva por parte de las recurrentes de su posición dominante al establecer unas tarifas distintas y discriminatorias en detrimento de alguno de ellos y beneficio de otros, que carece de toda justificación objetiva, todo ello con independencia de que no se reflejaran en ese momento en una concreta detracción o a un montante económico determinado o de la existencia de un ulterior acuerdo entre las partes, ajeno a la consumación de la conducta.

Por lo demás, las específicas consideraciones vertidas en la demanda, tampoco pueden prosperar por las razones que seguidamente exponaremos:

A) Las alegaciones sobre el período de comparación y la propuesta de la recurrente, según la cual la valoración de la conducta de las recurrentes ha de realizarse sobre los años 1990 a 2006 en vez del periodo tomado contemplado en la resolución sancionadora, que abarca de 1990 a 2002, no resultan atendibles, pues tal determinación temporal responde al subjetivo interés de las recurrentes, sin que pueda percibirse que el tomado en consideración por el órgano sancionador resulte inadecuado, antes bien, obedece a un criterio objetivo, según lo razonado en la propia resolución sancionadora, sin que se haya desvirtuado por la aportación de un informe de parte que acota el período más ventajoso para las recurrentes.

B) La singular naturaleza de TVE como un servicio público esencial, en nada altera ni modifica las anteriores conclusiones, pues la sentencia considera que las televisiones de pago y no pago son competidoras en el mercado a los efectos examinados, como se razona en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida y la configuración de RTVE como entidad que gestiona un servicio público de televisión cuya titularidad corresponde al Estado, no constituye una justificación del trato diferenciado en las circunstancias analizadas, en orden a la remuneración por el mismo uso de fonogramas.

C) Por otra parte, la mera invocación de la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de Diciembre de 2008, asunto C-52/07 , promovido por Kanal 5 Ltd y TV 4 AB, no resulta suficiente pues tan siquiera se razona en el recurso de casación sobre su aplicación al caso de autos. Las recurrentes se limitan a su cita y a remitirse a lo expuesto en el motivo de casación segundo, relativo a la incongruencia de la sentencia, sin desarrollar de forma convincente su planteamiento. No obstante, la doctrina de dicha sentencia reafirma, precisamente, la apreciación de la existencia de una conducta abusiva por parte de los entes gestores sancionados, en la medida que se declara que las sociedades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual pueden explotar de forma abusiva su posición dominante a efectos del artículo 82 CE cuando aplican condiciones desiguales para prestaciones equivalentes y les ocasionan por este motivo una desventaja competitiva, <<salvo que tal práctica pueda estar objetivamente justificada>>, lo cual no sucede en este caso, en el que las entidades AGEDI y AIE no han ofrecido una justificación objetiva a tal trato discriminatorio en las tarifas exigidas por un servicio equivalente, a las distintas entidades reseñadas, no siendo suficiente, a los efectos debatidos, la sola referencia al aspecto subjetivo de TVE, en sí mismo irrelevante en el enjuiciamiento de la conducta que analizamos.

SÉPTIMO.- En el séptimo y último motivo de casación se aduce la quiebra del principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción pecuniaria impuesta que asciende a 850.000 Euros en el caso de AGEDI y a 615.000 Euros para AIE.

La Sala de instancia desestima dicha alegación asumiendo las razones expuestas por la Comisión Nacional de la Competencia para determinar tal cuantía, reproduciendo literalmente los razonamientos de la resolución sancionadora.

En esencia, la mencionada Comisión considera la infracción realizada por las recurrentes tiene el carácter de muy grave, en cuanto se trata de una conducta realizada por entidades de gestión cuya posición de dominio es indudable, de monopolio de hecho, se dice, apoyándose en un privilegio que concede la Ley de Propiedad Intelectual, de fijar de forma unilateral y sin sujeción, *a priori* , a un criterio objetivo, las tarifas generales que funcionan como un precio del *input* en defecto de acuerdo con el usuario del repertorio.

El órgano sancionador aprecia la concurrencia de varias circunstancias agravantes de la responsabilidad: por un lado, 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 no tiene, en muchos casos, sustitutivo en la música en directo. Por otra parte, se considera como agravante que 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 si, entre los que existe cierta presión competitiva.

Como circunstancia de agravación se añade también la larga duración de la conducta infractora, que abarca desde 1990 hasta el año 2002 y perdura hasta el 24 de julio de 2008, fecha en la que los denunciados y las recurrentes alcanzaron un acuerdo económico, entendiéndose que si bien los efectos de la discriminación se extienden en el largo periodo señalado, de 12 años, la negativa a aplicar las mismas condiciones pactadas con TVE se ha prolongado hasta el año 2008. Y respecto a ONO, la conducta discriminatoria se fija entre la fecha de la firma del contrato en julio de 2006 y el mencionado acuerdo del año 2008.

Como circunstancia atenuante de la responsabilidad se valora el dato acreditado de que, pese a las diferentes condiciones de acceso al repertorio de las entidades de gestión, las operadoras denunciadas han podido hacer uso del mismo durante ese tiempo, así como la suscripción del mencionado acuerdo en el año 2008, en el que las partes pactan las cantidades a abonar por los servicios entre 1999 y 2008, con establecimiento de las bases de futuro, y renuncia a proseguir con los procesos abiertos.

Pues bien, en nuestro criterio la decisión de la Comisión Nacional de la Competencia resulta respetuosa con el principio de proporcionalidad, pues se valoran de forma adecuada las diferentes circunstancias agravantes y atenuantes de la responsabilidad concurrentes, según hemos expuesto.

Las alegaciones de AGEDI y AIE en las que denuncian la inaplicación del principio de proporcionalidad son muy generales y en ellas se omite la crítica detallada de los criterios de individualización de la multa que han sido expuestos por la Comisión y asumidos por la Sala de instancia. Únicamente se insiste en la importancia del acuerdo económico alcanzado por las partes en el año 2008 y en el hecho acreditado de que hasta ese momento las entidades denunciadas no abonaron ninguna cantidad como contraprestación por el acceso a los fonogramas. Pero precisamente la concurrencia de tales circunstancias ha sido debidamente ponderada por la Comisión en la resolución sancionadora como atenuante de la responsabilidad, en la que se modera el importe de la sanción final impuesta a ambas entidades gestoras.

No se advierte, en fin, la quiebra del principio de proporcionalidad, antes bien, estamos ante la aplicación de los específicos criterios legales de graduación y en atención a los límites previstos en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia. La concurrencia de varias circunstancias de agravación y de atenuación de la responsabilidad expresa y razonadamente ponderadas en la resolución impugnada determina que el importe de la sanción impuesta a cada una de las entidades recurrentes haya de considerarse adecuada y proporcionada.

Así las cosas, no hay base suficiente para apreciar que la Comisión de Defensa de la

Competencia haya infringido en este caso el principio de proporcionalidad y que su resolución, en el concreto dato de su cuantía, deba ser, en consecuencia, minorada.

OCTAVO .- Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso de casación con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional . A tenor del apartado tercero de este artículo, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de cinco mil euros la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte contraria.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Primero.- Desestimar el recurso de casación 2877/2010 interpuesto por la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y Artistas Intérpretes o Ejecutantes Sociedad de Gestión de España (AIE) contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional con fecha 10 de marzo de 2010 en el recurso número 75/2009 .

Segundo.- Imponemos a la parte recurrente las costas de su recurso en los términos precisados en el último de los fundamentos de la sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricado.- **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excm. Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretaria, certifico.