

Id Cendoj: 28079230062004100966
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 892 / 2000
Nº de Resolución: 6/2004
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Sexta

Número Recurso: 867/2000 (y 869/2000 y 892/2000 acumulados)

Número Registro General: 7406/2000 (y 7415/2000 y 7731/2000 acumulados)

Demandante: Artistas e Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE)

Procurador: Pablo Hornedo Muguero

Demandante: Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión de España (AISGE)

Procuradora: María Jesús Pérez Arroyo

Demandante: Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA)

Procuradora: Eva de Guinea y Ruenes

Demandado: Tribunal de Defensa de la Competencia

Codemandado: Sol Melia, S. A.

Procurador: Juan Antonio García San Miguel y Orueta

Codemandado: Agrupación Hotelera de Zonas Turísticas de España (ZONTUR)

Procuradora: Teresa Castro Rodríguez c

Codemandado: Federación Española de Hoteles (FEH)

Procurador: Antonio Ramón Rueda López

Ponente Ilmo. Sr. D.: José M^a del Riego Valledor

SENTENCIA Nº: 6

Ilmos. Sres.:

Presidente:

Dña. Margarita Robles Fernández

Magistrados:

Dña. Mercedes Pedraz Calvo

D. José M^a del Riego Valledor

Dña. Concepción Mónica Montero Elena

Madrid, a 14 de enero de dos mil cuatro.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el numero 867/2000 (y 869/2000 y 892/2000 acumulados), se tramita, a instancia de Artistas e Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE), representada por el Procurador D. Pablo Hornedo Muguero, Artistas intérpretes, Sociedad de Gestión de España (AISGE), representada por la Procuradora Dña. María Jesús Pérez Arroyo y Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), representada por la Procurador Dña. Eva de Guinea y Ruenes, contra Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), de fecha 27 de julio de 2000 (Expte. 465/99), sobre conductas abusivas de posición de dominio, en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, y han intervenido como partes codemandadas Sol Melia, S. A., representada por el Procurador D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta, la Agrupación Hotelera de las Zonas Turísticas de España (ZONTUR), representada por la Procuradora Dña. Teresa Castro Rodríguez y la Federación Española de Hoteles (FEH), representada por el Procurador D. Antonio Ramón Rueda López.

La cuantía del presente recurso es de 30.050,61 euros (5 millones de pesetas), 60.101,21 euros (10 millones de pesetas) y 270.455,45 euros (45 millones de pesetas).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la indicada Resolución del TDC se interpuso recurso contencioso administrativo por la representación procesal de la entidad Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE) el 20 de septiembre de 2000, en igual fecha se interpuso recurso por Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión de España (ATSGE) y por la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) se interpuso el recurso el 30 de septiembre de 2000. La Sala, por providencias de fechas 11 de octubre, 15 de diciembre y 6 de octubre, todas del año 2000, acordó tener por interpuestos los recursos y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

El 2 de noviembre de 2000 la representación procesal de Sol Melia S. A. presentó escrito solicitando ser tenida por parte en el presente recurso, y con la misma solicitud presentaron escritos el 3 de noviembre de 2000 la Agrupación Hotelera de las Zonas Turísticas de España (ZONTUR) y el 6 de noviembre de 2000 la Federación Española de Hoteles (FEH). Por providencias de fechas 27 de octubre y 19 y 21 de diciembre de 2000, la Sala tuvo a las anteriores entidades por personadas en calidad de parte codemandadas.

Por auto de 18 de diciembre de 2000, la Sala acordó la acumulación de todos los recursos y la continuación de su tramitación bajo el número de registro del más antiguo (867/2000).

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a las partes recurrentes, para que en el plazo legal formularan escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimaron oportunos, y suplicando lo que en sus escritos de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal, la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno. Igualmente las partes codemandadas contestaron a la demanda en los términos que consta en sus respectivos escritos.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que consta en las actuaciones, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y Fallo, para lo que se acordó señalar el día 13 de enero de 2004.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José M^a del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Tribunal de Defensa de Ja Competencia, de 27 de julio de 2000, que en su parte dispositiva decía lo siguiente:

1) Declarar que EGEDA, AISGE y AIE han explotado abusivamente su posición de dominio en la gestión de los derechos de propiedad intelectual cuya gestión tienen encomendados, con vulneración del *art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia* y del *art. 86 del Tratado de la Comunidad Europea*: a) la primera, individualmente, al tratar de imponer sin negociación sus tarifas a los hoteles en 1994; EGEDA y AISGE, conjuntamente, al pretender imponer a los establecimientos hoteleros unas inequitativas tarifas en 1995, unilateralmente establecidas; EGEDA, AISGE y AIE, colectivamente, al pretender en 1997 aplicar unas tarifas no equitativas sin negociación.

2) Intimar a EGEDA, AISGE y AIE para que cesen inmediatamente en este tipo de conductas prohibidas,

3) Imponer las siguientes multas: a) a EGEDA, 45 millones de pesetas, b) a AISGE, 10 millones de pesetas, y c) a AIE, 5 millones de pesetas.

4) Ordenar a EGEDA, AISGE y AIE la publicación a su costa de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en dos diarios de circulación nacional, respondiendo solidariamente del incumplimiento de esta obligación que deberán comunicar); en el plazo de un mes, al Servicio de Defensa de la Competencia,

SEGUNDO.- EGEDA alega en su demanda: 1) Caducidad del expediente administrativo, 2) Vulneración del derecho de defensa, 3) Infracción del principio de confianza legítima, 4) Infracción del principio de objetividad, con quiebra del principio de tipicidad y del de presunción de inocencia, 5) Inexistencia de posición de dominio, y 6) No haber incurrido en las tres conductas abusivas que le imputa el TDC.

AIE y AISGE alegan en sus demandas: 1) No existe posición de dominio, 2) No es válida la definición de mercado de producto relevante efectuada en la Resolución recurrida, 3) No existe abuso de posición de dominio, 4) Vulneración del principio de culpabilidad, 5) Vulneración del principio de presunción de inocencia, 6) Vulneración del principio de confianza legítima, 7) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por conculcación del derecho al libre acceso a la jurisdicción, 8) Vulneración del principio de objetividad e imparcialidad: desviación de poder, y 9) El acto administrativo impugnado es de contenido imposible.

El Abogado del Estado, Sol Melia, S. A., Zontur y FEH, en sus escritos de contestación, solicitaron la desestimación de los recursos y la confirmación íntegra de la Resolución impugnada, por ser conforme a derecho.

TERCERO.- Examinamos en primer término las alegaciones efectuadas por EGEDA, si bien muchos de los temas que seguidamente se abordarán son comunes a los planteados por las otras dos recurrentes, AIE y AISGE, en sus escritos de demanda.

La primera cuestión que plantea la demanda formulada por EGEDA es la caducidad del expediente administrativo. Se basa la demandante para mantener esta pretensión en que el expediente ante el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) se inició en diciembre de 1997 y que es de aplicación en este caso el *R. D. 1398/1993, de 4 de agosto*, por el que se aprueba el *Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (REPS)*, cuyo artículo 20.6 prescribe que si no hubiera recaído resolución transcurridos 6 meses desde la iniciación, se iniciará el cómputo del plazo de caducidad establecido en el *artículo 43.2 de la ley 30/1992*.

La Sala, por el contrario, considera que son distintas, tanto la fecha de inicio del cómputo del plazo de caducidad, como la normativa aplicable al expediente tramitado por el SDC.

Es cierto que las denuncias de FEH y ZONTUR tuvieron entrada en el registro del Ministerio de Economía y Hacienda el 3 de diciembre de 1997 (folio 1 del Tomo I del expediente del SDC), y que la Subdirectora General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia remitió el 26 de diciembre de 1997

(folio 45 del Tomo I del expediente) una nota de régimen interior para la asignación del expediente, en la que se pedía que, a la mayor brevedad posible y a la vista de la documentación obrante se propusiera por el instructor la incoación del expediente sancionador, pero dicha incoación del expediente sancionador fue acordada por providencia de fecha 4 de febrero de 1998 por el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia (folios 353 y 354 del Tomo II).

El artículo 56 de la ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), en la redacción dada por el artículo 100 de la ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, establece un plazo máximo de duración de 18 meses para la fase del procedimiento sancionador que tiene lugar ante el SDC "...a contar desde la incoación del mismo..." Este plazo es aplicable, de acuerdo con la *disposición transitoria 12a de la citada ley 66/97*, a los expedientes que se inicien a partir del 1 de enero de 1998.

No cabe duda, por tanto, de que la redacción dada al artículo 56 LDC por la ley 66/97 estaba vigente el 4 de febrero de 1998, que conforme hemos visto fue la fecha de incoación del expediente sancionador, y por tauto, era aplicable el plazo máximo de duración de 18 meses al expediente instruido por el SDC.

El cómputo del plazo de 18 meses se inicia en la fecha de incoación del procedimiento sancionador, y no en la fecha de la denuncia o en la de actuaciones administrativas preliminares, como pretende el recurrente. Así lo expresa claramente el artículo 56 LDC, que indica que el plazo máximo del procedimiento "...será de dieciocho meses a contar desde la incoación del mismo."

Y no cabe ninguna confusión entre la incoación del procedimiento y las actuaciones administrativas preliminares. El artículo 36 LDC distingue perfectamente dos actuaciones diferentes, de un lado, la incoación del expediente mediante providencia, en la que se acuerde además el nombramiento de Instructor y Secretario, y, de otro lado, la instrucción de una información reservada anterior a la iniciación del expediente y/o el archivo de las actuaciones. Se traía, sin duda, de actos distintos, pues el propio artículo 36 LDC prevé la posibilidad de que, con o sin información reseñada, el SDC decida no iniciar el procedimiento sancionador y acordar el archivo de las actuaciones.

Por otro lado, en contra de la tesis actora, el REPS no es aplicable en el presente caso, porque su artículo 1, al referirse a su ámbito de aplicación, señala que sus disposiciones regirán el ejercicio de la potestad sancionadora en defecto total o parcial de procedimientos específicos, lo que deja al margen los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia, para los que la LDC prevé un específico procedimiento, que incluye como hemos visto, un propio límite máximo de duración, vigente para todos aquellos expedientes incoados a partir del 1 de enero de 1998.

Por tanto, incoado el procedimiento sancionador el 4 de febrero de 1998 y concluida la fase de instrucción ante el SDC por informe Propuesta de 30 de julio de 1999 (folios 3864 a 3928, Tomo XVI) y remitidas las actuaciones y recibidas por el TDC el 3 de agosto de 1999 (folio 1 del Tomo I del TDC), cabe concluir que el SDC no superó el plazo máximo de 18 meses del que disponía para instruir el expediente sancionador.

CUARTO.- Mantiene el demandante que se ha vulnerado su derecho de defensa porque se han incorporado al expediente documentos redactados en idiomas distintos al español, sin su correspondiente traducción.

La Sala considera que, aunque sea cierto que se han incorporado al expediente documentos en idiomas distintos al español, ello no ha causado ninguna indefensión al recurrente. El Tribunal Constitucional ha venido de antiguo hablando de indefensión material y no formal, para la cual resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, siendo inexcusable la falta de esta cuando se produce de hecho y como consecuencia de aquella. Es decir, no basta la existencia de un defecto procesal si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación del derecho a la defensa (SSTC 316/1994, de 28 de noviembre, 137/1996, de 16 de septiembre, y 13/2000, de 17 de enero, entre otras).

En este caso no se ha producido ninguna efectiva privación del derecho a la defensa.

En primer lugar, porque la parte recurrente en ningún momento ha solicitado del SDC, o posteriormente, del TDC, la traducción de dichos documentos al español. Constan en el expediente numerosas diligencias (folios 1052, 1402 y 1536, entre otras), en las que se acredita la viste del expediente por los representantes de EGEDA, en las que, a su petición, se les hace entrega de fotocopias de los

documentos solicitados, entre los que se encuentran los redactados en lengua extranjera (folios 892, 1012, 1014, 1016-17, 1019-20, 1022-23, 1150-58, 1159, 1161, 1562, 1176-84, 1269-1279, 1285, 1287-88 y 1297-98, entre otros), sin que en dicho momento de entrega, ni posteriormente, EGEDA haya alegado incompreensión del contando de dichos documentos y solicitado su traducción al español. Existe por tanto una inactividad relevante o falta de diligencia de la parte recurrente que empaña o debilita la pretendida vulneración del derecho fundamental alegado, pues es patente el desinterés demostrado, a lo largo de todo el procedimientos sancionador, por obtener una traducción de esos documentos o, al menos, poner en conocimiento del Instructor o del TEC las dificultades que tema para comprender su contenido.

También tenemos presente que una traducción de las partes esenciales de los documentos redactados en lenguas extranjeras aparece en el Pliego de Concreción de Hechos (folios 3398 a 3452, Tomo XV, SDC), sin que la parte recurrente haya alegado siquiera defectos o inexactitudes en dicha traducción.

Además de no solicitar la traducción de los documentos redactados en idioma extranjero, la defensa de EGEDA, en su escrito de alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos (folios 3713 a 3788) demuestra que llegó a conocer el contenido de esos documentos, en especial los que se refieren a las tarifas aplicadas por entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual de otros países, pues dedica un apartado (folios 3766 a 3770) al rebatir las conclusiones a que había llegado el Instructor sobre este punto, de la misma forma que las otras dos partes actoras, AIE y AISGE, que no alegaron vulneración del derecho a la defensa, dedican un apartado de sus respectivas demandas a comentar el contenido de los citados documentos en idioma extranjero, demostrando haber comprendido su contenido.

Finalmente sobre este apartado de la demanda, la propia demandante ha aportado al expediente documentos redactados en lengua extranjera sin traducción al español (folios 1825-26 en inglés y 2042-49 en francés), que figuran entre los citados en su demanda como vulneradores de su derecho a la defensa, y no es razonable sostener el desconocimiento de los documentos que la propia parte incorpora al expediente.

QUINTO.- Denuncia la demandante la existencia de una infracción del principio de confianza legítima, porque comunicó sus tarifas en 1994, 1995 y 1998 al Ministerio de Cultura, en cumplimiento de lo dispuesto por el *artículo 144.3 de la ley 22/1987, de 11 de noviembre (LPI)*, hoy *artículo 159.3 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*, aprobado por *Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril (TRLPI)*, sin que dicho Ministerio haya efectuado manifestación alguna.

El principio de confianza legítima fue recogido en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1990 (RJ 1990\1258), y ha sido aplicado posteriormente por el mismo Alto Tribunal en el ámbito del derecho de la competencia, así en STS de 28 de julio de 1997 (RJ 1997\6890) y 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000\7047). De acuerdo con esta última sentencia, el principio de confianza legítima debe aplicarse "...cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le...(al particular beneficiado)... induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de actuación administrativa." En la sentencia que comentamos, el signo externo suficientemente concluyente consistió en la admonición de la Administración, precisamente del Ministerio de Educación y Ciencia, a los editores de libros y material de enseñanza, de la necesidad de que las subidas de precios de los libros de texto fueran limitadas. Es decir, existió una recomendación expresa, probada en el procedimiento, de la Administración a una Asociación de empresarios para que limitaran unos aumentos de precios.

En este caso no existe ningún signo externo concluyente de parte de la Administración que sirva de base al principio que invoca el recurrente. Como reconoce la propia demanda, no existe ninguna manifestación por parte del Ministerio de Cultura acerca de las tarifas comunicadas por EGEDA, pero ello no puede interpretarse, como pretende la recurrente, como una suerte de aprobación tácita de las tarifas, sencillamente porque las tarifas generales no están sujetas ni en la LPI, ni en el TRLPI a ninguna clase de autorización, expresa o tácita, por parte del dicho Ministerio.

En efecto, a diferencia de la autorización del Ministerio de Cultura, prevista en el *artículo 147 TRLPI*, que es preceptiva para que las entidades de gestión puedan ejercer la representación y los derechos de propiedad intelectual confiados a su gestión, corresponde el establecimiento de las tarifas generales a las propias entidades de gestión (*artículo 157.1 b TRLPI*), las cuales están obligadas a "notificar" las tarifas al Ministerio de Cultura. Así pues, el silencio de dicho Ministerio, después de la notificación por EGEDA de sus tarifas, no tiene el significado de ninguna clase de aprobación tácita, porque tal aprobación excede de las facultades de la Administración.

Es más, ni siquiera en el caso de que no se llegue al acuerdo sobre la remuneración con los usuarios, de acuerdo con lo previsto por el *artículo 122.3 TRLPI*, tiene posibilidad el Ministerio de Cultura de intervención de ninguna clase para determinar las tarifas, sino que el *artículo 159.2.b) TRLPI* atribuye tal función de fijar la cantidad sustitutoria de las tarifas generales, a la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, de la que forman parte representantes de las entidades de gestión y de las asociaciones de usuarios.

En definitiva, la ausencia de manifestaciones de cualquier clase por el Ministerio de Cultura, una vez que fue notificado por EGEDA de sus tarifas generales, no puede interpretarse como signo externo suficientemente concluyente para basar en él la confianza legítima acerca de la legalidad de su actuación. Las diferencias con el supuesto en el que el Tribunal Supremo admitió la aplicación del principio de confianza legítima, en la STS citada de 26 de septiembre de 2000, saltan a la vista, pues en aquél caso si existió una admonición o recomendación expresa, acreditada en el procedimiento, del Ministerio de Educación y Ciencia.

SEXTO.- Trata también la demanda de la infracción del principio de objetividad por el TDC, que se posiciona en contra tanto del sistema (sic), como de las actividades de las entidades de gestión, lo que en criterio de la recurrente ha producido como consecuencia la quiebra de dos principios del procedimiento sancionador, el principio de tipicidad y el de presunción de inocencia.

Las consideraciones que contiene la Resolución impugnada, acerca de la pugna entre las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual y las empresas hoteleras, y sobre la evolución del marco normativo que rige los derechos de propiedad intelectual no suponen la pérdida de la objetividad del TDC como se alega en la demanda. La pugna entre entidades de gestión y empresas hoteleras es un hecho notorio, traducido en decenas de procedimientos judiciales entre dichas partes, cuya realidad es reconocida en las mismas demandas. Y los comentarios que efectúa el TDC sobre la evolución normativa en la regulación de los derechos de propiedad intelectual son manifestaciones "obiter dicta" que no afectan a la razón de decidir de la Resolución que se recurre.

Como consecuencia de su pérdida de objetividad, la recurrente considera que el TDC ha quebrado el principio de tipicidad. Se basa tal afirmación en que el TDC ha considerado que la fijación unilateral de las tarifas por parte de EGEDA supone una conducta prohibida por el *artículo 6 LDC*, cuando la fijación de esas tarifas es un acto obligado para EGEDA, por disposición del *artículo 157.1 b) TRLPI*.

No existe la aparente contradicción que expone el recurrente. Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, al tratar sobre las alegaciones del recurrente sobre el fondo del asunto, el TDC no ha sancionado a EGEDA por establecer unas tarifas, a lo que evidentemente está autorizado por TRLPI, sino por establecer unas tarifas no equitativas sin negociación, que es algo diferente. Desde la perspectiva del principio de tipicidad, tal conducta se describe precisamente por el *artículo 6 LDC*, que sanciona la explotación abusiva de la posición de dominio, una de cuyas manifestaciones es, según indica el propio *artículo 6 LDC, en su apartado 2 a)* la imposición de precios no equitativos.

Al tratar de la quiebra de la presunción de inocencia el recurrente está en realidad admitiendo la existencia del material probatorio reunido durante las fases ante el SDC y TDC, si bien discrepa de la valoración de la prueba efectuada por el TDC, pues en su opinión la prueba no permite llegar a las conclusiones que se exponen en la resolución impugnada. Se admite, efectivamente, que están aportadas al expediente las tarifas de otras entidades de gestión, si bien no comparte EGEDA las conclusiones a que llega el TDC tras la comparación de unas y otras tarifas. Asimismo, en el expediente existe prueba suficiente sobre las posturas de la recurrente y las empresas codemandadas en el ámbito de la negociación de las tarifas, tales como circulares, cartas (incluso por conducto notarial), y las propias actas de la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, si bien EGEDA discrepa que de dichos documentos pueda llegarse a la conclusión de su falta de voluntad negociadora.

Por tanto, se ha practicado en el expediente administrativo una actividad probatoria, y la Sala considera que con las garantías necesarias para preservar el derecho de defensa. Más adelante, al examinar las alegaciones sobre el fondo, entraremos a valorar dichas pruebas y a cotejar los resultados de nuestra valoración con la que ha efectuado el TDC, bastando ahora, a los efectos del punto de la demanda que comentamos, la constatación de que se ha practicado una actividad probatoria de cargo constitucionalmente válida. Por razones de coherencia expositiva examinaremos más adelante si dicha prueba es suficiente para sostener la conducta de abuso de posición de dominio por la que el TDC sancionó al recurrente.

SÉPTIMO.- En cuanto a la existencia o no de posición de dominio debemos partir de la consideración de que el régimen de explotación de los derechos de autor, o de los derechos afines a éste, como los que gestiona EGEDA, no es en absoluto ajena a las exigencias de la LDC, vinculantes para todos los sujetos, entidades, asociaciones o grupos de intereses que actúan en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual, como ha señalado el Tribunal Supremo en su sentencia de 1 de marzo de 2001 (RJ 2001\3071).

Es la propia recurrente la que reconoce en su demanda que ostenta un monopolio de hecho en la gestión colectiva de los derechos de los productores de obras y grabaciones audiovisuales. De ello se deriva sin dificultad que la empresa o entidad monopolista, que no se enfrenta a ninguna competencia en su ámbito de actividad, se encuentra en una posición de dominio. A esta conclusión -la existencia de una posición de dominio- llegó el TJCE en relación con la Sociedad de Autores, Compositores y Productores de música (SACEM), que es la sociedad francesa de gestión de derechos de propiedad intelectual en materia musical, en su sentencia de 13 de julio de 1989 (asuntos acumulados 110/88, 241/88 y 242/88).

La constatación de que una empresa o entidad se encuentra en una posición dominante en un determinado mercado tiene dos consecuencias ya clásicas en el derecho de la competencia, formuladas por el TJCE (sentencia de 9 de septiembre de 1983, asunto Michelin, caso 322/81): a) declarar que una empresa tiene una posición dominante no es por sí mismo un reproche, y b) incumbe a la empresa con posición dominante una especial responsabilidad en el mantenimiento en el mercado de unas condiciones no distorsionadas de la competencia, lo que implica que la conducta de la empresa dominante, para ser legítima, debe tener una justificación objetiva.

OCTAVO.- Examinamos seguidamente si EGEDA ha incurrido en las tres conductas abusivas que le imputa el TDC: 1) individualmente, al tratar de imponer sin negociación sus tarifas a los hoteles en 1994, 2) conjuntamente con AISGE, al pretender imponer a los establecimientos hoteleros unas inequitativas tarifas en 1995, unilateralmente establecidas; y 3) colectivamente con AISGE y AIE, al pretender en 1997 aplicar unas tarifas no equitativas sin negociación.

Las conductas abusivas imputadas se produjeron en el establecimiento de las tarifas por el concepto de remuneración de los derechos de comunicación pública audiovisual que gestiona EGEDA. Más en concreto, se trataba de las tarifas por la comunicación audiovisual que se produce en las habitaciones de los establecimientos hoteleros.

En este punto se hace necesaria una precisión. Los *artículos 122 y 20* TRLPI establecen la obligación de los usuarios de las grabaciones audiovisuales que se utilicen para los actos de comunicación pública de pagar una remuneración equitativa y única a los productores de tales grabaciones (y también a los artistas intérpretes o ejecutantes), pero tal obligación no existe cuando la comunicación no sea pública, esto es, cuando se produzca dentro de un ámbito estrictamente doméstico.

En la fecha en que se redacta esta sentencia, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre tal cuestión, en su sentencia de 10 de mayo de 2003 (RJ 2003\3036), en la que cambia su criterio anterior. Explica en Tribunal Supremo en dicha sentencia que si las habitaciones de hoteles resultan residencias privadas en el ámbito penal, con equivalencia al domicilio, no existe ninguna razón, ni lógica ni jurídica, que impida extender tal consideración al ámbito civil, de lo que resulta que las actividades difusoras de grabaciones audiovisuales en las habitaciones de los hoteles no constituyen actos de comunicación pública, ni por tanto, generan los derechos de propiedad intelectual reconocidos en el TRLPI.

Sin embargo, las cosas no estaban tan claras en los años 1994 a 1997, que es el período de tiempo examinado en la Resolución del TDC. En aquellos años existía una cierta discrepancia, incluso entre Juzgados y Tribunales, acerca de si constituía o no acto de comunicación pública la difusión de obras audiovisuales en las habitaciones de los hoteles, si bien, como ha señalado la sentencia del juzgado del Primera Instancia nº 5 de Oviedo, de 24 de abril de 2000 (AC 2000\795), que estudió ampliamente los precedentes judiciales sobre la materia, la postura mayoritaria (no exenta de excepciones) de los órganos jurisdiccionales era en aquél entonces favorable a las tesis de EGEDA, y la mayoría de las sentencias judiciales sostenía que la difusión de que tratamos era un acto de comunicación pública.

Por tanto, aunque hoy es claro que la difusión de grabaciones audiovisuales en las habitaciones de los hoteles no es un acto de comunicación pública, ni genera derecho a percibir una remuneración a los autores, productores y titulares de derechos afines, de acuerdo con la sentencia del TS de 10 de mayo de 2003 , más arriba citada, en los años 1994 a 1997 la cuestión era distinta y la tesis de que se trataba de un acto de comunicación pública era mayoritaria en Juzgados y Audiencias, de forma que la exigencia por EGEDA de la remuneración de los derechos de propiedad intelectual de sus representados, mediante el

establecimiento de las correspondientes tarifas, era una actuación que debía calificarse -en dicho años y conforme al criterio citado- de legítima o conforme a derecho.

Cuestión distinta es si EGEDA, al pretender la efectividad del derecho a obtener una remuneración por los actos de comunicación de grabaciones audiovisuales, respetó la exigencia del *artículo 122 TRLPI* que se refiere a una remuneración "equitativa".

NOVENO.- La exigencia de que la remuneración sea equitativa no se deriva para la recurrente únicamente del citado *artículo 122 TRLPI*, sino también, como para las demás empresas o entidades que se encuentren en posición dominante, del *artículo 6 LDC* que considera abuso de dicha situación, entre otros supuestos, la imposición de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos.

A falta de una definición legal de precio no equitativo, debemos acudir a la jurisprudencia del TJCE, que entiende por tal, desde la sentencia de 14 de febrero de 1978 (caso *United Brands*, asunto 27/76, apartado 250), continuada por las de 5 de octubre de 1994 (asunto C-323/1993, apartado 25) y de 17 de julio de 1997 (asunto C-242/95, apartado 39) un precio excesivo que no guarde una relación razonable con el valor económico del servicio prestado.

No obstante, en casos como el presente, en el que existen dificultades evidentes en determinar el coste o valor económico de los servicios prestados, cabe acudir a otros parámetros para averiguar si el precio es o no equitativo. En concreto, en un caso similar al presente, el TJCE, en su sentencia de 13 de julio de 1989, antes citada, admitió la comparación con la situación existente en otros países miembros de la Unión Europea y señaló que una sociedad nacional de gestión de derechos de propiedad intelectual, que se encuentre en posición dominante, "... impone condiciones de contratación no equitativas cuando las retribuciones que cobra son notablemente más elevadas que las que se aplican en los restantes Estados miembros, siempre que la comparación entre las cuantías de las tarifas se haya llevado a cabo con arreglo a una base homogénea..." (apartado 46).

DÉCIMO.- Para comprobar si existen diferencias en la retribución de los derechos de propiedad intelectual que se comentan en este recurso, el SDC dirigió escritos a las entidades de gestión de los derechos de productores de otros países europeos (folio 1669, Tomo VIII, SDC), que reiteró a las entidades que no contestaron (folio 2028, Tomo IX, SDC). Y posteriormente el propio SDC en su Informe Propuesta (folios 3864 a 3928, Tomo XVI) y el TDC en la Resolución impugnada procedieron a comparar las tarifas aplicadas en otros países europeos con las establecidas por las entidades demandantes:

I.- Tarifas de EGEDA, AISGE V AIE.

La Sala tiene por acreditadas las tarifas de las entidades demandantes que se indican en la Resolución impugnada, que no son otras que las comunicadas por aquéllas al Ministerio de Educación. Sin perjuicio de tenerlas ahora por reproducidas, se resumen las cifras de mayor interés.

a) El 19 de junio de 1994 EGEDA comunicó al Ministerio de Educación sus Tarifas Generales (folios 3149 a 3186, SDC, Tomo XIV). En el epígrafe 3.B.3 figuran las tarifas aplicables a los establecimientos dedicados al hospedaje, para los que se establecen unas tarifas que van desde las 30 pesetas/mes por cada emisión retransmitida y habitación ocupada (si se trata de programación generalista) hasta 104 pesetas/mes por emisión y habitación ocupada (si se trata de programación temática). En septiembre de 1994, EGEDA dirige cartas (folios 660 a 666, SDC, Tomo I), a diversos establecimientos hoteleros, a fin de que rellenen un cuestionario para remitirles la autorización de retransmisión y las tarifas, con el apercibimiento de que, si no proceden a remitir el cuestionario, emprenderán las acciones previstas en el TRLPI que pueden llevar aparejado el precinto judicial del sistema de recepción y distribución de señales de televisión.

De acuerdo con dichas tarifas, un hotel de 50 habitaciones, con una ocupación del 70%, con televisiones con 4 canales generalistas, pagaría entre un mínimo de 4.200 pesetas y un máximo de 14.560 pesetas al mes, siendo la media entre ambas cantidades 9.380 pesetas.

b) El 31 de marzo de 1995 EGEDA y AISGE comunican al Ministerio de Educación sus tarifas conjuntas (folios 3189 a 3202, SDC, Tomo XIV). La tarifa 1.A.3, aplicable a establecimientos hoteleros, es de 60 pesetas por cada emisión y/o transmisión retransmitida, día y habitación o apartamento ocupado, con un límite de 360 pesetas por día y habitación o apartamento ocupado.

En el mismo ejemplo del hotel de 50 habitaciones con un 70% de ocupación y 4 canales generalistas, el resultado de aplicar tales tarifas es el pago de 252.000 pesetas al mes (60 pesetas x 35 habitaciones x 4

canales x 30 días), de las que 189.000 pesetas (el 75%) corresponderían a EGEDA y las restantes 63.000 pesetas (25%) a AISGE.

c) El 19 de diciembre de 1997 EGEDA comunica al Ministerio de Educación y Cultura (folios 3203 a 3227, SDC, Tomo XIV), sus nuevas tarifas, que anulan a las anteriores. La tarifa 1.A.3, aplicable a los hoteles, es para los años 1998 y 1999 de 45 pesetas por cada emisión y/o transmisión retransmitida, día y habitación o apartamento ocupado, con el límite de aplicación sobre 6 señales, esto es, un máximo de 270 pesetas. Las tarifas pasan de 45 pts por habitación ocupada y día en 1998/99 a 90 pts/día en 2000/01, a 150/pts/día en 2002/03 y 270 pts/día en 2004/05.

En el ejemplo que conocemos, si el hotel es de 4 estrellas, la cantidad a pagar a EGEDA sería la de 189.000 pesetas mensuales (45 pesetas x 4 canales x 35 habitaciones x 30 días).

d) El 10 de febrero de 1998 EGEDA, AISGE y AIE comunican al Ministerio de Educación y Cultura (folios 3357 a 3364, Tomo XIV, SDC), que han llegado a un acuerdo para la gestión de los derechos de remuneración previstos en la TRLPI, que han encomendado a EGEDA que actúe como gestor directo para la realización de la totalidad de los actos necesarios para la efectiva, recaudación de las indicadas remuneraciones y comunican unas tarifas conjuntas, que en el caso de los hoteles de 4 y 5 estrellas, y durante los años 1995 a 1999, es de 60 pesetas por habitación o apartamento ocupado y día.

No sólo está acreditado en el expediente la comunicación de las tarifas por las entidades demandantes al Ministerio de Educación, sino también su exigencia a los hoteles, a través de cartas, como las citadas, a través de comunicaciones con las patronales hoteleras que han actuado en este recurso como codemandadas, y a través de numerosos procedimientos judiciales, de los que son muestra las numerosas sentencias judiciales que las partes han aportado al expediente. Como mejor muestra, que ilustra la exigencia de las cantidades resultantes de la aplicación de las tarifas que antes hemos citado, EGEDA obtuvo sentencia favorable al pago de las tarifas en procedimiento contra los hoteles María Cristina y Londres y de Inglaterra de San Sebastián, y mediante escrito de 3 de noviembre de 1997 (folios 1589 a 1593, SDC, Tomo VII), dirigido al Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián, solicitó la ejecución provisional de la sentencia favorable en tanto se resolvían los recursos interpuestos por los hoteles demandados. En dicho escrito, EGEDA aplicó las tarifas correspondiente a la retransmisión de más de 12 canales de televisión (360 pesetas por día y habitación ocupada), por lo que reclamó el pago las tarifas correspondientes a 3 años (1993, 1994 y 1995), atendiendo al número de habitaciones e índice de ocupación de cada hotel que ascendía a 36.010.170 pesetas en el caso del hotel Londres y de Inglaterra (una media de 1.000.283 pesetas/mes) y 26.561.334 pesetas en el caso del hotel María Cristina (un promedio de 737.815 pesetas/mes).

II.- Tarifas de otras entidades de gestión en otros países europeos.

Ya se ha dicho que el SDC consultó a diversas entidades de gestión de derechos de productores de otros países de Europa. De sus contestaciones resulta que en algunos países (Austria, Alemania e Irlanda) no existe derecho de las entidades de gestión de los productores audiovisuales a obtener remuneración por la utilización de las televisiones en las habitaciones de los hoteles, como es la situación actual de España, tras la comentada STS de 10 de mayo de 2003 citada. En otros países (Suiza y Finlandia) sólo deben pagar los hoteles abonados a una red de retransmisión por cable, sin que exista derecho de remuneración cuando la señal llegue por vía atmosférica o satélite.

En el ejemplo del hotel de 3 estrellas, con 4 canales de TV, 50 habitaciones y un 70% de Ocupación, las cantidades máximas a pagar serían de 2.473 pesetas (Suiza), 2.549 y 3.357 (Finlandia), 777 pesetas (Suecia), 494 pesetas (Noruega). El mismo hotel, si se aplican la tarifas comunicadas por EGEDA al Ministerio de Cultura el 19/12/97, en las cantidades previstas para los años 1998 y 1999, tendría que pagar 105.000 pesetas al mes (25 pts x 4 canales x 30 días x 35 habitaciones).

Si se quiere, en la interpretación más favorable para EGEDA, entendiendo en contra de la letra de sus tarifas (folio 3214, SDC, Tomo XIV), que éstas se aplican únicamente por día y habitación ocupada, sin tener en cuenta el número de emisiones o transmisiones;, la cantidad a pagar a EGEDA por el hotel del ejemplo sería la de 26.250 pesetas al mes (25 pts x 30 días x 35 habitaciones).

La diferencia entre estos precios y los aplicados en otros países europeos es evidente, pues en el caso más favorable para EGEDA sus tarifas multiplican por 8 las de la entidad europea con precios más altos.

La actora, que es miembro de AGICOA (Association de Gestion Internationale Collective des Oeuvres Audiovisuelles/Association for the International Collective Management of Audiovisual Works), junto con entidades de gestión de 17 países, se limita a criticar los datos reunidos por el SDC, sin ofrecer dato alternativo alguno, cuando le era sumamente sencillo aportar las tarifas de otros entes de gestión europeos similares con los que se encuentra unida en AGICOA. No actuó de esta manera, por lo que queda en pie el indicio de precios no equitativos en base a la comparación con las tarifas de otros países europeos reunidas en el expediente.

Debe añadirse que una consecuencia de que la diferencia de tarifas establecida en el expediente sea considerada como un indicio de explotación abusiva de una posición dominante, es el desplazamiento a la demandante de la carga de justificar tales diferencias, basándose en la existencia de divergencias objetivas entre la situación de nuestro país y la situación en los Estados miembros (apartado 38 de la SJCE de 13 de julio de 1989 citada), sin que la recurrente haya intentado siquiera ni probar la inexistencia de diferencias ni de justificarlas.

DÉCIMOPRIMERO.- Cabe también la comparación entre las tarifas de EGEDA y las tarifas de la misma época de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE). Es obvio que los derechos que gestionan ambas entidades no son idénticos, pero entre ellos si existen elementos comunes, pues en ambos casos se trata de derechos de propiedad intelectual y no en vano el legislador se refiere los derechos de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de grabaciones audiovisuales como "otros derechos afines" al derecho de autor.

Es una cuestión ajena a esta sentencia tratar de los criterios de reparto del universo de los derechos de propiedad intelectual que una empresa hotelera puede utilizar. Sin embargo, a efectos de determinar si las tarifas de EGEDA son abusivas, es de interés su comparación con las de otras entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual. En particular, para su comparación con las tarifas de la SGAE puede tenerse en cuenta el criterio del *artículo 36 del Real Decreto 1434/1992, de 27 de diciembre*, que regula la remuneración de la reproducción exclusivamente para uso privado de publicaciones en videogramas o cualquier otro soporte visual o audiovisual, con una distribución de un tercio para los autores, un tercio para los artistas intérpretes o ejecutantes y un tercio para los productores. También puede tenerse en cuenta el propio criterio de EGEDA, expresado en su escrito presentado el 25 de marzo de 1998 ante el SDC, que considera aceptable (folio 835, Tomo IV) que EGEDA detente el 75% de los derechos de propiedad intelectual que utilice una empresa hotelera, mientras que a SGAE le correspondería el 25% restante, a repartir por mitad con los demás titulares de derechos de propiedad intelectual (artistas y productores de fonogramas).

Pero las tarifas de EGEDA también resultan desproporcionadas, en comparación con las de la SGAE, tanto utilizando el criterio del reparto por tercios, como el considerado aceptable por la propia demandante de distribuir el 75% a los productores y el 25% a los autores.

En efecto, la tarifa aplicada por SGAE a un hotel de 3 estrellas de hasta 50 habitaciones es la de 1.662 pesetas (folio 445, SDC, Tomo 2), 63 veces superior a tarifas reclamadas por EGEDA en el mismo supuesto en el año 1998, que ascendían a 105.000 pesetas al mes como ya se ha indicado anteriormente, o 15,7 veces superior al resultado de 26.250 pesetas al mes, en el caso más favorable a la demandante de que se interpretara, en contra de lo que dice su texto, que sus tarifas se aplican únicamente por día y habitación ocupada, sin tener en cuenta el número de emisiones.

DÉCILOSEGUNDO.- A la conclusión de que estamos en presencia de una práctica abusiva de posición dominante no sólo se llega por la constatación de que las tarifas de las demandantes no eran equitativas, al ser notablemente más elevadas que las aplicadas por cualquier otra entidad de gestión en otros países europeos, sin que existan divergencias objetivas que justifiquen tal diferencia. También llegamos a idéntica conclusión de que estamos en presencia de una conducta abusiva si examinamos el comportamiento de las demandantes en los intentos de negociación de las tarifas con las asociaciones de empresas hoteleras.

Dice el *artículo 20.4*, letra g), TRLPI que 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*.

Debemos recordar en este punto que EGEDA, en virtud del acuerdo con AISGE y AIE, comunicado al

Ministerio de Educación y Cultura el 17 de febrero de 1998, antes citado, actuó en nombre propio y en nombre de las otras dos entidades de gestión demandantes (folios 3357, SDC, Tomo XIV), en la negociación y contratación con los establecimientos de hostelería.

El 30 de enero de 1998, EGEDA, tras recabar el parecer de AISGE y AIE, comunicó a la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, del Ministerio de Educación y Cultura, que "...ha acordado no someterse..." al procedimiento arbitral instado por las Asociaciones de Hoteles FEH y ZONTUR, al fin de fijar una cantidad sustitutoria de las tarifas generales de comunicación de señales de televisión en los hoteles (folios 609 y siguientes y 631 y siguientes, SDC, Tomo III).

Pero no sólo las demandantes rechazaron la mediación de la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, sino que tampoco mostraron mucho interés en la negociación con las asociaciones de hoteles para la determinación de las tarifas. Así, EGEDA estableció individualmente las tarifas de 1994, sin ninguna negociación previa con los hoteles, y de igual forma procedieron EGEDA y AISGE en la fijación de las tarifas de 1995. E incluso, iniciado un procedimiento de negociación a principios de 1998, EGEDA, en su nombre y en el nombre de AISGE y AIE, vuelve a comunicar unas tarifas al Ministerio de Educación y Cultura el 10 de febrero de 1998 (antes citadas), cuando todavía no había concluido dicho proceso negociador.

La mejor muestra de esa escasa voluntad negociadora de EGEDA, AISGE y AIE aparece en su escrito al Ministerio de Educación y Ciencia, de fecha 21 de mayo de 1998 (folios 3370 y siguientes, SDC, Tomo XIV), en el que, después de 5 meses de intentos de negociación y prácticamente rotas las conversaciones, comunica a la Comisión Mediadora y Arbitral su "...voluntad negociadora...", al mismo tiempo que remite una propuesta de acuerdo con los hoteles en el que mantiene inalteradas sus tarifas (cláusula decimotercera: 60 pesetas por día y habitación ocupada).

DECIMOTERCERO.- EGEDA, AISGE y AIE acompañan sus demandas con un estudio sobre "...la remuneración de los derechos de comunicación pública audiovisual en las habitaciones de los establecimientos hoteleros...", que trata de demostrar que las tarifas exigidas a los hoteles son equitativas.

Lo primero que debe decirse sobre dicho estudio es que es de fecha 8 de junio de 2001, es decir, muy posterior al establecimiento de las tarifas de 1994, 1995 y 1997, luego no pudo tenerse en cuenta por las demandantes en el momento de la determinación de sus tarifas.

La Sala no comparte las conclusiones de dicho estudio, que acude a un método económico estadístico para definir la remuneración equitativa\eficiente, que asocia "...a la ausencia de ineficiencias en la asignación del excedente...(apartado 6), porque dicho estudio se aparta de la jurisprudencia del TJCE que ya hemos comentado, que para conocer si la retribución es equitativa, en el caso de los derechos de propiedad intelectual, utiliza el criterio de la comparación sobre bases homogéneas con las tarifas que se aplican en otros Estados miembros.

DECIMOCUARTO.- A algunas de las cuestiones que plantean las demandas de AISGE y AIE le son aplicables los razonamientos hasta aquí expuestos (infracción del principio de confianza legítima, inexistencia de posición de dominio y abuso de posición dominante).

Sobre la vulneración del principio de culpabilidad, las entidades gestoras demandantes, en la fijación de las tarifas a las que nos venimos refiriendo, no pueden alegar el desconocimiento de su falta de equidad, pues están relacionadas con entidades de gestión similares de otros países europeos (ya se ha comentado que EGEDA es miembro de AGICOA), y les era sumamente sencillo conocer que las tarifas que comunicaban al Ministerio de Educación y Cultura (las tarifas comunicadas en 1994, 1995 y 1997/98) eran más que notablemente elevadas en relación con las que se exigían por otras entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual a los hoteles en otros países de la Unión Europea.

Respecto de la vulneración del principio de presunción de inocencia, en el expediente administrativo se ha reunido un material probatorio suficiente, mediante la aportación tanto de las tarifas de las demandantes como las de otras entidades de gestión de otros países europeos, que lleva inequívocamente a la conclusión de que las tarifas establecidas por las demandantes eran notablemente más elevadas que las de fijadas en otros países, habiéndose realizado tal comparación con arreglo a las bases más homogéneas posibles.

Entienden AISGE y AIE que el TDC ha vulnerado su derecho al libre acceso a la jurisdicción porque imputa el abuso de posición de dominio como consecuencia de la presentación de demandas judiciales

contra los hoteles. Pero esa lectura de la Resolución impugnada es errónea, ya que en la misma no aparece un solo reproche a las demandantes por el ejercicio de acciones contra los hoteles. La Resolución del TDC es muy clara al exponer los fundamentos que le llevan a apreciar una conducta de abuso de posición dominante, que consisten en que estamos ante unas tarifas que no resisten, por desproporcionadas, comparación internacional (F. J. 12), y que no han sido resultado de una negociación, sino que fueron exigidas desde una posición de dominio, intimidatoriamente y de modo inflexible (F. J. 15), lo que resulta de las cartas y comunicaciones que EGEDA, en su propio nombre y en el de las otras dos demandantes, dirige a los hoteles y a sus asociaciones, a las que ya se ha hecho referencia.

De la misma manera, en esta sentencia se ha aludido a las acciones judiciales que EGEDA ha dirigido contra dos hoteles de San Sebastián, no para negar su derecho de acceso a la jurisdicción, sino simplemente para constatar que la demandante consideraba aplicables sus tarifas comunicadas al Ministerio de Educación y Cultura y la forma de aplicación de las mismas por la propia demandante.

DECIMOQUINTO.- Alegan AISGE y AIE la vulneración de los principios de objetividad e imparcialidad por el SDC y TDC y la existencia de desviación de poder. Sin embargo, como seguidamente veremos, lo cierto es que no existe indicio ni atisbo alguno que permita suponer que el TDC ha ejercitado sus potestades para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico (fines de "política industrial" afirman los demandantes).

Basan las partes demandantes esta alegación en la información -en su criterio- tendenciosa que remitió el SDC a diversos Juzgados Civiles que se interesaron por la marcha del expediente administrativo. En realidad, se refieren a un único informe, remitido por el SDC el 11 de mayo de 1998 (folios 1406 a 1409, SDC, Tomo VI), en contestación a una solicitud del Juzgado de 1ª Instancia de Barcelona, en el que señalaba que el SDC había admitido a trámite las denuncias de FEH-ZONTUR, SOL MELIA y CIGA Hoteles contra EGEDA, al considerar que se daban "indicios racionales de la posible existencia de práctica restrictiva de la competencia" en la actuación de EGEDA. Debe tenerse en cuenta que la información suministrada al Juzgado de Primera Instancia es sustancialmente correcta, pues efectivamente el SDC consideró que existían indicios de infracción de la LDC al dictar las providencias de incoación del expediente administrativo sancionador, ya que en caso de no existir tales indicios, por imperativo del *artículo 36.3 LDC*, no habría incoado el procedimiento, sino archivado las actuaciones.

Los argumentos de las partes demandantes relativos a la coincidencia entre el Pliego de Concreción de Hechos y el Informe Propuesta del SDC, la valoración de la documentación aportada por los denunciados y la posición del SDC respecto de las medidas cautelares no muestran indicio alguno de desviación de poder. No existe ningún inconveniente en mantener los mismos cargos en el Pliego de Concreción de Hechos y en el Informe Propuesta cuando las alegaciones efectuadas por el imputado en el Pliego de descargos no son convincentes, sin que sea verdad, además, que el SDC "... no se leyó..." el Pliego de Descargos, como lo demuestran los 40 folios del Informe Propuesta (folios 3874 a 3914, SDC, Tomo XVI) dedicados al examen de las alegaciones de las demandantes al Pliego de Concreción de Hechos.

Tampoco aparece parcialidad o preferencia alguna por el SDC en la valoración de las pruebas aportadas por las demandantes al expediente, relativas a las tarifas aplicadas en otros países europeos, pues ya se ha comentado que las demandantes no han aportado dato alguno sobre las tarifas aplicadas en los demás países miembros de la Unión Europea, a pesar de lo relativamente sencillo que les hubiera resultado al ser miembros de organizaciones supranacionales de entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, a lo que debe unirse que, sin perjuicio de los documentos aportados por las asociaciones de empresas hoteleras denunciadas, el SDC recabó y obtuvo por sí mismo la citada información sobre las tarifas en otros países.

La posición del SDC, favorable a la adopción de medidas cautelares, contradictoria con la posición final del TDC, denegatoria de las medidas cautelares, no es sino un argumento contrario a las tesis de parcialidad y desviación de poder de la Administración.

Tampoco supone parcialidad y falta de objetividad el hecho de que el Secretario General de la FEH en el inicio del expediente sea nombrado más tarde Director General de Turismo, ya que ninguna intervención ha tenido dicho Director General ni en la Instrucción del expediente sancionador ni en la Resolución impugnada.

DÉCIMOSEXTO.- Finalizan sus alegaciones AISGE y AIE sosteniendo que la Resolución impugnada es nula de pleno derecho porque se trata de un acto de contenido imposible. Tampoco comparte la Sala esa

opinión, porque esa afirmación es igual a mantener la imposibilidad de respetar las prohibiciones establecidas en la LDC. La Resolución impugnada se limita a expresar la existencia de una conducta de posición de dominio de las demandantes, a intimarlas para que cesen en las conductas prohibidas y a imponer las sanciones previstas por la LDC, de forma que, además del pago de las multas, el cumplimiento de la Resolución del TDC, y en definitiva, de la legislación de defensa de la competencia vigente, exige sencillamente -en la hipótesis de que las actividades difusoras de grabaciones audiovisuales en las habitaciones de los hoteles generen derechos de propiedad intelectual reconocidos en la TRLPI- la cesación en el abuso de la posición dominante mediante la conducta de imponer unas tarifas o precios no equitativos, habiendo establecido además la Resolución impugnada, en sus razonados fundamentos, las bases para el establecimiento de unas tarifas equitativas.

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

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR los recursos contencioso administrativos interpuestos por la representación procesal de la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión de España (AISGE) y de Artistas e Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE), contra Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 27 de julio de 2000, que se declara ajustada a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, indicando si es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Ilmo. Sr. D. José M^a del Riego Valledor, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.