

Id. Cendoj: 28079230062009100116
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 06/04/2009
Nº de Recurso: 169/2007
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a seis de abril de dos mil nueve.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha

promovido Asociación de Promotores Musicales (APM), y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a María José

Bueno Ramírez, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución

del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 8 de marzo de 2007, relativa a archivo de actuaciones, siendo

Codemandada Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), y la cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Asociación de Promotores Musicales (APM), y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a María José Bueno Ramírez, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 8 de marzo de 2007, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución que nos ocupa.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de 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 e igualmente hicieron los codemandados.

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día treinta y uno de marzo de dos mil nueve.

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 8 de marzo de 2007, por la que se acuerda el archivo de actuaciones realizadas como consecuencia de la denuncia presentada por la hoy recurrente frente a la codemandada, al entender el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia, que no concurrían indicios racionales de infracción administrativa que justificaran la continuación de actuaciones encaminadas a perseguirla.

Los hechos que han dado origen al presente recurso son los que siguen: la recurrente denunció a la hoy codemandada por:

- 1.- desproporción de la tarifa del 10% de los ingresos del promotor para obtener la licencia para organizar conciertos,
- 2.- prohibición impuesta al promotor de vender entradas del concierto sin contar con la licencia de SGAE, y
- 3.- exigencia de fianza o de contar con un operador de ticketing homologado por SGAE.

La recurrente sostiene que los hechos descritos son constitutivos de la infracción tipificada en el artículo 6 de la Ley 16/1989 .

Además se sostiene por la recurrente que el acuerdo de representación exclusiva recíproca suscrito con PRS y demás entidades de gestión europeas es constitutivo de una conducta de concertación prohibido por el artículo 1 de la Ley 16/1989 .

SEGUNDO: El examen del alcance jurídico de los hechos establecidos, pasa por el análisis de varios preceptos, esenciales en la resolución del presente supuesto:

A) El artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio , en su redacción dada por Ley 52/1999 de 28 de diciembre , dispone: " 1 Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. d) 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. e) La subordinación de la

celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos."

El artículo 6 de la misma norma en su redacción igualmente por Ley 52/1999 establece: "Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas:

- a. De su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.
- b. De la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.

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

- a. La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos.
- b. La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.
- c. La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.
- d. La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.
- f. La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de 6 meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas por el proveedor o en caso de fuerza mayor.
- g. Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas.

3. Se aplicará también la prohibición a los casos en que la posición de dominio en el mercado de una o de varias empresas haya sido establecida por disposición legal."

B) El artículo 10.1 del propio Texto Legal, establece: "El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7 ... Multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas..." - hoy la suma ha de entenderse de 901.518,16 euros -.

De los preceptos citados resulta: 1) La actividad tipificada en el tipo sancionador del artículo 1 lo es cualquier acuerdo o conducta concertada o conscientemente paralela tendente a falsear la libre competencia, lo que exige la concurrencia de voluntades de dos o más sujetos a tal fin. El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. La conducta ha de ser apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia.

2) El tipo sancionado en el artículo 6 lo es el abuso de posición de dominio, lo que presupone dos elementos, la existencia de una posición de dominio o dependencia económica en el mercado de referencia y el abuso de tal posición. Las conductas que se consideran abusivas y se explicitan en el propio precepto, lo son a título enunciativo, pues el elemento esencial lo es que la conducta sea efectivamente abusiva aún no respondiendo a alguno de los supuestos señalados por la norma. El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que la conducta sea objetivamente apta para alcanzar tal fin, tenga éxito o no la misma.

En relación al segundo de los preceptos citados, conviene destacar, de un lado, que la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico - término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado -; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos. De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa - claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o negligente -, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.

TERCERO: El tipo descrito en el artículo 1 de la Ley 16/1989 requiere la concurrencia de dos o más sujetos - lo que el TDC ha denominado en otras ocasiones la bilateralidad -. Esta concurrencia ha de consistir en un comportamiento coordinado, pues se trata de un acuerdo, expreso, tácito o comportamiento consciente, tendente a uniformar actuaciones en el mercado susceptibles de vulnerar la libre competencia y que, por ello, ha de realizarse entre competidores.

Para que una conducta pueda ser subsumida en el artículo 6 de la Ley 16/1989, en relación al abuso de dominio, es necesario que concurren dos elementos, el primero que exista una posición de dominio o de dependencia económica en el mercado de referencia, y otro, que exista un comportamiento abusivo.

A la luz de la doctrina general expuesto analizaremos las cuestiones que se discuten en autos.

En primer lugar nos referiremos al problema del abuso de posición de dominio.

Como se recoge en la Resolución impugnada, la recurrente es una asociación que engloba a promotores musicales, organizadores de dos tercios de conciertos privados que se celebren en España. La codemandada, es una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual, de carácter privado.

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 SGAE, "...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 2001071). 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 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." (Sentencia de 14 de enero de 2004, dictada por esta Sala en el recurso 867/2000).

En el presente caso no se cuestiona la posición de dominio en el mercado de la entidad codemandada, entraremos por tanto en el análisis de la conducta.

En cuanto a la imposición de las tarifas, el 10% sobre el beneficio bruto, hemos de recordar la doctrina declarada en nuestra sentencia anteriormente citada:

"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).

No es por tanto indiferente, como se señala en la Resolución impugnada, que las tarifas aplicadas por la codemandada sean superiores a las usualmente aplicadas en otros países de la UE, siendo necesaria la apreciación de razones que justifiquen tales diferencias, como único medio para aceptarlas ajustadas a las exigencias de la libre competencia.

En relación con el carácter equitativo de las tarifas que nos ocupa, la reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala I, dictada en el recurso de casación 2157/2003 , con fecha de 18 de febrero de 2009, ha analizado la cuestión en su fundamento jurídico séptimo, afirmando, en primer lugar, que el hecho de que la Administración no haya opuesto objeciones a las tarifas comunicadas no determinan su obligatoriedad, ya que la LPI no le atribuye competencias de aprobación. En segundo lugar, se dice que la existencia de un proceso negociador previo no justifica que las tarifas se ajusten al requisito de la equidad. Y en tercer lugar, no admite como equitativas unas tarifas establecidas exclusivamente en atención a los rendimientos de explotación de la licenciataria.

Esta doctrina es coincidente con la sostenida por esta Sala y por el propio TDC en anteriores Resoluciones.

Hemos de concluir respecto de las tarifas:

a) que la equidad de las mismas ha de establecerse en atención a las existentes en los restantes países de la unión,

b) que la existencia de negociaciones previas no justifica, como parece entender la Resolución impugnada, que las tarifas sean equitativas ya que la efectividad de negociación con una entidad en posición de dominio en el mercado o de la que se tiene dependencia económica, es muy reducida, de ahí las precauciones de la Ley de Defensa de la Competencia al definir como abusiva la imposición de precios o condiciones no equitativas.

Debe pues la CNC entrar en el estudio pormenorizado de esta cuestión y determinar si concurre causa que justifique tanto la cuantía de las tarifas como los criterios de fijación en comparación con los países de la UE y con respeto a la doctrina emanada del TS y TJCE. Respecto de ésta última, es relevante la sentencia de 11 de diciembre de 2008, asunto C-52/07 , que declara:

"1) El artículo 82 CE debe interpretarse en el sentido de que una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual que tiene una posición dominante en una parte sustancial del mercado común no explota de forma abusiva dicha posición cuando, en concepto de retribución debida por la difusión por televisión de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual, aplica a las cadenas de televisión privadas un sistema de tarifas según el cual los importes de dichas tarifas corresponden a una parte de los ingresos de esas cadenas, siempre que dicha parte sea globalmente proporcional a la cantidad de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual realmente emitida o que pueda emitirse y salvo que exista otro método que permita identificar y cuantificar de forma más precisa la utilización de dichas obras así como la audiencia, sin que por ello aumenten desproporcionadamente los gastos a que da lugar la gestión de los contratos y el control de la utilización de dichas obras."

En cuanto a la exigencia de fianza o de contar con un operador de ticketing

homologado por SGAE y prohibición impuesta al promotor de vender entradas del concierto sin contar con la licencia de SGAE, no resulta esclarecido si efectivamente estos comportamientos se han producido, pues no está claro que ello sea un requisito impuesto a los Promotores. Debe pues indagar la CNC sobre si tales exigencias se han producido, y si las mismas se encuentran justificadas desde el punto de vista de la libre competencia, sin olvidar la prohibición del apartado 2 e) del artículo 6 de la Ley 16/1989 "La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos". En la Resolución impugnada, y respecto de esta cuestión se hace referencia a la existencia de dos contratos, uno anterior a 2003 y otro posterior, y a la existencia de un caso en el que se contrato a un operador de ticketing, pero no queda establecido si efectivamente el comportamiento referido existió en un número de casos relevante para el interés público, y si tales imposiciones pueden entenderse ajustadas a los usos comerciales, o, por el contrario, la conducta no encuentra justificación desde la perspectiva de la libre competencia.

CUARTO: Por lo que se refiere a la conducta colusoria imputada, se centra en un contrato de representación exclusiva recíproca suscrito por SEAGE con PRS y demás entidades de gestión europeas. Mientras la actora sostiene que la exclusividad duró formalmente hasta el 2 de febrero de 2006 y se sigue aplicando, nada se razona sobre este particular en la Resolución impugnada. Es por ello una cuestión que también ha de ser analizada.

La sentencia de 13 de julio de 1989, dictada en el asunto 395/87 por el TJCE declara en su parte dispositiva:

"2) El artículo 85 del Tratado CEE debe interpretarse en el sentido de que prohíbe toda práctica concertada entre sociedades nacionales de gestión de derechos de propiedad intelectual de los Estados miembros que tenga por objeto o efecto que cada sociedad deniegue el acceso directo a su repertorio a los usuarios establecidos en otro Estado miembro. Corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar si efectivamente ha tenido lugar una concertación al respecto entre dichas sociedades de gestión."

En la citada sentencia, y para sostener la declaración antes transcrita, el TJCE razonaba:

"16 La segunda cuestión versa sobre la práctica seguida por las sociedades nacionales de gestión de derechos de propiedad intelectual de los diferentes Estados miembros en sus relaciones mutuas. Dicha cuestión se refiere, por una parte, a la organización por las mencionadas sociedades de una red de contratos recíprocos de representación, y, por otra parte, a la práctica seguida por dichas sociedades de negarse colectivamente a que tengan acceso a sus respectivos repertorios los usuarios establecidos en otros Estados miembros.

17 Sobre el primer punto, antes de nada procede precisar que, según consta en autos, por el "contrato recíproco de representación" a que se refiere el órgano jurisdiccional nacional debe entenderse un contrato celebrado entre dos sociedades nacionales de gestión de derechos de propiedad intelectual en materia musical, en virtud del cual dichas sociedades se otorgan mutuamente el derecho de conceder, en el territorio a su cargo, las autorizaciones requeridas para toda comunicación pública de obras musicales amparadas por los derechos de propiedad intelectual de los miembros de las restantes sociedades, y de someter dichas autorizaciones a determinados requisitos,

de conformidad con las leyes aplicables en el territorio de que se trate. Entre los mencionados requisitos se incluye el pago de remuneraciones, cuya recaudación la lleva a cabo la sociedad mandataria por cuenta de la otra sociedad. El contrato especifica que cada sociedad, en lo relativo a las obras del repertorio de la otra sociedad, aplicará las mismas tarifas, métodos y modos de recaudación y de reparto de las remuneraciones que los que aplique a las obras de su propio repertorio.

18 A continuación, conviene recordar que, con arreglo a los convenios internacionales aplicables en materia de propiedad intelectual, los titulares de derechos de propiedad intelectual reconocidos en virtud de la legislación de un Estado miembro contratante disfrutarán, en el territorio de cualquier otro Estado contratante, de la misma protección contra la infracción de dichos derechos que los nacionales de este último Estado, así como de la posibilidad de ejercitar los mismos recursos que se conceden a dichos nacionales.

19 En vista de lo cual, resulta que los contratos recíprocos de representación entre sociedades de gestión persiguen un doble objetivo: por una parte, pretenden someter a la totalidad de obras musicales protegidas, con independencia del origen de las mismas, a requisitos idénticos con respecto a los usuarios establecidos en un mismo Estado, de conformidad con el principio recogido en la normativa internacional; por otra parte, hacen posible que, para la protección de su repertorio en otro Estado, las sociedades se apoyen en la organización creada por la sociedad de gestión que ejerce sus actividades en dicho Estado, sin necesidad de tener que añadir a dicha organización sus propias redes de contratos con los usuarios y sus propios controles sobre el terreno.

20 De las consideraciones anteriores se desprende que los contratos recíprocos de representación que se discuten son contratos de prestación de servicios que no restringen por sí mismos la competencia de modo que les resulte aplicable la prohibición prevista en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado. Podría ser otra la apreciación si los referidos contratos estableciesen una exclusiva, en el sentido de que las sociedades de gestión se hubiesen comprometido a no facilitar el acceso directo a su repertorio a los usuarios de música grabada establecidos en el extranjero; sin embargo, consta en autos que este tipo de cláusulas de exclusiva, que con anterioridad figuraban en los contratos recíprocos de representación, fueron suprimidas a instancia de la Comisión.

21 La Comisión señala, sin embargo, que la supresión de esta cláusula de exclusiva en los contratos no tuvo por efecto modificar el comportamiento de las sociedades de gestión, pues éstas se negaban a conceder una licencia o a confiar su repertorio en el extranjero a una sociedad distinta de la implantada en el territorio en cuestión. Esta afirmación conduce al examen del segundo problema suscitado por la cuestión prejudicial, el de determinar si las sociedades de gestión conservaron de hecho su exclusiva mediante una práctica concertada.

22 A este respecto, la Comisión y la SACEM alegan que las sociedades de gestión no tienen ningún interés en utilizar un método distinto al del mandato conferido a la sociedad implantada en el territorio de que se trate, y que, en esas condiciones, no resulta realista considerar que la negativa de las sociedades de gestión a conceder a los usuarios extranjeros el acceso directo a su repertorio corresponda a una práctica concertada. Los empresarios de discotecas, aun reconociendo que las sociedades extranjeras encomiendan la gestión de su repertorio a la SACEM porque resultaría demasiado oneroso establecer en Francia un sistema de recaudación directa,

consideran que dichas sociedades siguieron una práctica concertada con ese fin. Para fundamentar dicha tesis, hacen referencia a las cartas que los usuarios franceses recibieron de diversas sociedades de gestión extranjeras y por las que se les negaba el acceso directo al repertorio en términos sensiblemente idénticos.

23 Procede señalar que debe considerarse que una concertación entre sociedades nacionales de gestión de derechos de propiedad intelectual que tenga por efecto denegar sistemáticamente a los usuarios extranjeros el acceso directo a los repertorios respectivos de dichas sociedades implica una práctica concertada restrictiva de la competencia y que puede afectar al comercio entre los Estados miembros.

24 Como ha declarado este Tribunal de Justicia en su sentencia de 14 de julio de 1972 (*Imperial Chemical Industries*, 48/69, Rec. 1972, p. 619), un mero comportamiento paralelo puede, en determinadas circunstancias, constituir un indicio fundado de una práctica concertada, cuando da lugar a unas condiciones en la competencia que no correspondan a las condiciones normales de ésta. Sin embargo, cuando el comportamiento paralelo pueda explicarse por razones distintas a la existencia de una concertación, no podrá presumirse una concertación de esa naturaleza. Así podría ser si las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual de los restantes Estados miembros, en el supuesto de acceso directo a su repertorio, se viesen obligadas a organizar su propio sistema de gestión y de control en otro territorio.

25 Por consiguiente, la cuestión de si ha tenido lugar, efectivamente, una práctica concertada prohibida por el Tratado depende de la apreciación de ciertas presunciones y de la valoración de determinados documentos y de otros medios de prueba. En el marco de la distribución de competencias que prevé el artículo 177 del Tratado, esta tarea incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales.

26 Por consiguiente, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 85 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que prohíbe toda práctica concertada entre sociedades nacionales de gestión de derechos de propiedad intelectual de los Estados miembros que tenga por objeto o efecto que cada sociedad deniegue el acceso directo a su repertorio a los usuarios establecidos en otro Estado miembro. Corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar si efectivamente ha tenido lugar una concertación al respecto entre dichas sociedades de gestión.

Por ello hemos de concluir:

- 1.- aunque formalmente no se recoja un acuerdo de exclusividad del tipo señalado por el TJCE, esta práctica puede existir y por ello ha de ser examinada,
- 2.- este examen y análisis corresponde a los órganos nacionales, y
- 3.- una práctica de exclusividad en los términos analizados por la sentencia parcialmente transcrita, sería contrario a la libre competencia.

Ahora bien, a la vista de lo razonado, nuestro pronunciamiento ha de consistir en la anulación de la Resolución impugnada, y la orden de retroacción a fin de que continúen las actividades instructoras, para establecer los aspectos que no han sido fijados, y a la vista de ello se resuelva por la CNC, sin determinar los pronunciamientos de la misma, pues ello dependerá del resultado de la fase

instructora.

De lo expuesto resulta la estimación parcial del recurso.

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

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

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por Asociación de Promotores Musicales (APM), y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a María José Bueno Ramírez, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 8 de marzo de 2007, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos anularla y la anulamos, ordenando la retroacción de lo actuado a la fase instructora a fin de que se establezcan los hechos denunciados, y posteriormente se dicte la Resolución que proceda en Derecho, sin imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.