

Id. Cendoj: 28079230062009100659
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 05/02/2009
Nº de Recurso: 378/2006
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Idioma:

Español

Recurso N° 006/0000378/2006

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección SEXTA

Núm. de Recurso: 0000378/2006

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03699/2006

Demandante: ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI)

Procurador: FEDERICO ORTIZ-CAÑAVATE LEVENFELD

Demandado: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Codemandado: ANTENA 3 DE TELEVISIÓN SA., SOGECABLE SA., GESTEVISIÓN
TELECINCO SA. Y ENTE PUBLICO RTVE.

Abogado Del Estado

Ponente Iltrma, Sra. D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

SENTENCIA N°

Ilmos/as. Sres/Sras.

Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ MARÍA DEL RIEGO VALLEDOR

D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a cinco de febrero de dos mil nueve.

Visto el recurso contencioso administrativo 378/2006 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador de los Tribunales Sr. Ortiz-Cañavate Levenfeld en nombre y representación de ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) frente a la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado contra resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 13 de julio de 2006, siendo la cuantía del recurso 300.000 euros, siendo codemandados: ANTENA 3 de TELEVISIÓN SA. representada por el Procurador Sr. Lanchares Perlado, SOGECABLE SA. representada por el Procurador Sr. Vázquez Guillen, GESTEVISION TELECINCO SA. representada por el Procurador Sr. Calleja García, y ENTE PUBLICO RTVE representado por el Procurador Sr. Pozas Osset. Ha sido Ponente la Magistrado D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO-. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 4 de julio de 2007 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, termino suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso, se declare nula, se anule o se revoque la resolución impugnada.

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

Las codemandadas ANTENA 3 de TELEVISIÓN SA., GESTEVISION TELECINCO SA. y SOGECABLE SA. presentaron sus respectivos escritos de contestación a la demanda en los cuales, solicitaron igualmente la desestimación del recurso.

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

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

QUINTO-. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 2 de febrero de 2009 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 13 de julio de 2006, resolviendo el expediente 593/05, Televisión, iniciado por denuncia de ANTENA 3 de TELEVISIÓN SA. contra la hoy actora ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) hoy actora, y ASOCIACIÓN FONOGRAFICA Y VIDEOGRAFICA ESPAÑOLA (AFYBE) por la posible existencia de abuso de posición de dominio contrario al artículo 6 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (LDC) con la siguiente parte dispositiva:

"Primero-. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la realización de una conducta prohibida por los artículos 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia , y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, 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 SA. frente a su competidora el Ente Público Televisión Española durante los años 1990 al 2002.

Se declara autora de dicha conducta a la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI).

Segundo-. Intimar a la citada AGEDI para que cese en la realización de la conducta declarada prohibida y para que en lo sucesivo se abstenga de repetirla.

Tercero-. Imponer a AGEDI una multa de trescientos mil euros.

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

Quinto-. La justificación del cumplimiento de lo ordenado en los apartados anteriores deberá hacerse ante el Servicio de Defensa de la Competencia.

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

TERCERO-. La recurrente plantea en primer lugar una revisión de los hechos en los siguientes términos:

I-. Los hechos no son los que se recogen en la resolución impugnada, sino los que aparecen relatados en la alegación II del escrito de 29 de abril de 2005 de la actora

(folios 1342 a 1353 del expediente). La propia actora resume sus diferencias con las codemandadas (Antena 3 y Telecinco) señalando:

a) era AGEDI quién en los años 1995 a 2000 invitaba a la negociación y fueron las televisiones las que ignoraron las invitaciones,

b) en los años 2000 y 2001 (hasta octubre) continúa la invitación al diálogo de AGEDI, las televisiones contestan por primera vez en septiembre-octubre de 2001 con una carta conjunta,

c) se celebra una reunión en octubre de 2001 y se alcanza el acuerdo de desarrollar negociaciones hasta enero del 2002, fecha en la que, de no alcanzarse un acuerdo se someterían a la decisión de la CMAPI,

d) en enero de 2002 AGEDI sugiere que las citadas televisiones como muestra de su intención de alcanzar un acuerdo le entreguen una cantidad a cuenta de la cifra final,

e) en marzo de 2002 las televisiones le envían una carta a AGEDI señalando que esta había condicionado la continuación de la negociación a la verificación de ese pago, lo que a juicio de AGEDI no era cierto. A juicio de la actora, las propuestas de las televisiones sobre pago por uso eran vagas e inconcretas,

f) se celebra una tercera reunión en abril de 2002 y las televisiones se comprometen a remitir documentación sobre su propuesta para determinar el canon,

g) en junio de 2002 AGEDI remite una carta a las televisiones señalando que ante el incumplimiento de su compromiso de remitir información acudiría, como acordaron en octubre de 2001 a la CMAPI,

h) el contrato entre AFYVE y AGEDI queda extinguido en diciembre de 2002, i) AGEDI acude a la CMAPI en octubre de 2002. Ni Telecinco ni Antena 3 comparecen. Esto determina la imposibilidad de dicha Corte de Arbitraje de proceder al mismo,

j) AGEDI acude a la jurisdicción ordinaria en febrero de 2003 ejercitando una acción de cesación y una acción indemnizatoria. Las demandas fueron estimadas por el Juzgado y confirmadas por la Audiencia Provincial.

El resumen para AGEDI es que intentó en numerosas ocasiones negociar con las codemandadas, y estas no atendieron sus invitaciones hasta octubre de 2001 en que suscribieron un pacto que luego no respetaron.

II-. El contrato suscrito por AFYVE y RTVE en 1.986 era una reliquia del pasado no solo por su lejanía en el tiempo sino por el radical cambio de circunstancias que se produce con la publicación de la ley 2/1987 y la liberalización del mercado de la televisión en abierto a partir de 1.990.

III-. No hay una conducta de imposición por parte de AGEDI.

En segundo lugar plantea que si la conducta de AGEDI ha respetado y seguido el diseño de la Ley de Propiedad Intelectual no podrá imputársele la comisión de una conducta constitutiva de abuso de posición de dominio porque la conducta no sería antijurídica.

Sostiene que el diseño de conformación de precios dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto 1/1996) para el mercado de gestión colectiva con entidades de radiodifusión está establecido en los arts. 157 y 158 , y según estos, en primer lugar debe acudir a la negociación, y si esta fracasa, al arbitraje de la CAMPI. Igualmente, siempre en la tesis actora, la LPI obliga a las entidades de gestión a establecer tarifas generales para la utilización de su repertorio y al usuario a su pago bajo reserva o consignación.

Alega que la idoneidad del sistema del arbitraje ha sido confirmado por la sentencia de 6 de febrero de 2003 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SENA/NOS)

Continúa su argumentación señalando que el art. 20.4 letra g) de la Ley de Propiedad Intelectual establece una regla de oportunidad para la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia cuando la entidad de gestión no respeta el diseño de la Ley de Propiedad Intelectual. A su juicio del juego combinado de los arts. 20.4.f) y 20.4.g) de la LPI se enuncia una regla de oportunidad de aplicación de la LDC según la cual cuando la entidad de gestión hace fracasar el diseño de conformación de precios de la LPI es cuando debe examinarse a la luz de la LDC si se han vulnerado las normas de defensa de la competencia.

La propia recurrente resume su tesis señalando que el cumplimiento del diseño dispuesto en la LPI garantiza la competencia perseguida por la LDC y por tanto excluye la antijuridicidad de la conducta de AGEDI.

En tercer lugar, sostiene que la conducta de la recurrente no ha vulnerado el principio de tipicidad en su vertiente material: no concurren los requisitos que la ley y la jurisprudencia exigen para que la conducta integre el tipo por el que se sanciona.

A su juicio el concepto de abuso de posición de dominio tiene como elemento clave la imposición porque si la ventaja que la posición de dominio otorga es la posibilidad de imponer sus condiciones a su cliente no se produciría el abuso sin no se materializa la imposición. Concretamente sostiene que a tales efectos la expresión "aplicación de condiciones discriminatorias" no puede entenderse sin "imposición" y la propia resolución impugnada utiliza la expresión "redamar".

En cuarto lugar alega que según la jurisprudencia comunitaria el ejercicio de las acciones indemnizatorias por parte de AGEDI contra Antena 3 y Telecinco no ha sido constitutivo de abuso de posición de dominio a tenor de lo establecido en la sentencia PROMEDIA de 17 de julio de 1998 .

Considera igualmente que se ha infringido el principio constitucional de presunción de inocencia y que se ha producido la caducidad del expediente.

CUARTO-. En primer lugar es preciso fijar dada la pluralidad de alegaciones formuladas por la recurrente, por qué impone el TDC la sanción:

1º determina el mercado relevante en el de gestión de los derechos de propiedad intelectual (comunicación pública) de los productores de fonogramas en España. Ninguna duda cabe sobre la correcta delimitación del mercado relevante efectuada por el TDC.

2º considera que AGEDI tiene una posición prácticamente de monopolista legal en dicho mercado. Ninguna duda tiene esta Sala sobre este hecho: como han señalado

tanto la doctrina más autorizada como la jurisprudencia, la Ley de Propiedad Intelectual atribuye un valor fundamental a las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual situándolas en una posición privilegiada desde el punto de vista jurídico porque los derechos de comunicación pública forzosamente deben hacerse efectivos a través de las mismas. Así aunque la afiliación o la encomienda de gestión puedan ser libres, en la práctica, y en este caso concreto, la práctica totalidad de las empresas discográficas forman parte de AGEDI. La propia Ley de Propiedad Intelectual se halla en la base de la existencia de varias entidades cada una dedicada a explotar los derechos de autor de una concreta naturaleza,

3ª a fin de concretar la conducta abusiva de la ahora recurrente el TDC en primer lugar analiza extensamente "el carácter inequitativo o discriminatorio de sus tarifas" y concluye: "ante la duda no puede considerarse acreditada la conducta de abuso imputada por el Servicio a AGEDI de establecer unas tarifas generales abusivas en comparación con las de otras entidades de gestión europeas homologas a AGEDI".,

4ª a continuación analiza la segunda imputación que realiza el Servicio a AGEDI, la discriminación respecto de ANTENA 3 TV y TELECINCO TV en comparación con TVE, y concluye que de la comparación entre las sumas que la actora percibió de TVE por el uso de fonogramas, y las reclamadas a cada una de las denunciadas por la misma prestación y en el mismo periodo de tiempo resulta que estas fueron seis veces superiores a aquellas, y siendo así que las tres son competidoras en el mercado español de televisión en abierto y que no ha habido justificación objetiva alguna para tal actuación se ha ocasionado una desventaja competitiva a A3-TV y T5-TV constitutiva de abuso de posición de dominio. Es decir, por aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes desproporcionadamente y añade "ni siquiera como punto de partida de una negociación que, de permitirse, quedaría viciada desde el principio".

Es en este punto en el que se centra el debate jurídico: la actora sostiene que intentó en numerosas ocasiones negociar con las codemandadas, y estas no atendieron sus invitaciones hasta octubre de 2001 en que suscribieron un pacto que luego no respetaron; que el contrato suscrito por AFYVE y RTVE no sirve como elemento de comparación, que no concurren las diferencias en la cuantía de las tarifas; que el cumplimiento del diseño dispuesto en la LPI garantiza la competencia perseguida por la LDC y por tanto excluye la antijuridicidad de la conducta de AGEDI; que las tarifas no fueron impuestas, y a tales efectos la expresión "aplicación de condiciones discriminatorias" no puede entenderse sin "imposición" y la propia resolución impugnada utiliza la expresión "reclamar".

QUINTO-. 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:

b) El derecho que asiste a los titulares de derechos de autor de autorizar la retransmisión por cable se ejercerá, exclusivamente, a través de una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual.

f) Cuando, por falta de acuerdo entre las partes, no se llegue a celebrar un contrato para la autorización de la retransmisión por cable, las partes podrán acceder, por vía

de mediación, a la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad intelectual.

Será aplicable a la mediación contemplada en el párrafo anterior lo previsto en el artículo 158 de la presente Ley y en el Real Decreto de desarrollo de dicha disposición.

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",

Es decir: cuando alguna de las partes, abusando 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 negociación o la mediación se aplicará lo dispuesto en el título I capítulo I de la ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

El examen de las actuaciones pone de manifiesto que desde el inicio, es decir, desde la propuesta de negociación en la que ampara lo ajustado a derecho de su actuación, la pretensión de AGEDI respecto a las codemandadas era en comparación con lo que venía cobrando de TVE, claramente discriminatoria, y así se refleja (entre otros documentos) en la solicitud presentada por AGEDI solicitando la intervención de la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, (folios 915 y siguientes del expediente, respecto de T5TV).

Del conjunto de las actuaciones obrantes en autos, así como de los propios informes periciales aportados por la recurrente resulta que, comparando las condiciones económicas negociadas y cobradas a TVE con las condiciones económicas que se establecen en la negociación con A3TV y T5 TV, resulta que la contraprestación exigida a estas es considerablemente superior a la exigida a aquella.

En la instrucción del expediente, y comparando las cifras tanto absolutas como relativas, el SDC llegó a la conclusión de que la "oferta" que AGEDI realizó a las televisiones privadas es entre 3,43 veces, en la interpretación más favorable para la actora, y 5,47 veces el total de los pagos de TVE en términos absolutos; y entre 5,79 veces (la "oferta" en los términos más favorables para la actora) y 9,87 veces el total de los pagos de TVE en términos relativos, es decir, en proporción de los ingresos publicitarios de las emisoras.

En el informe más favorable, emitido a instancia de AGEDI (folios 1475 a 1534 y habiendo comparecido la perito que lo elaboró en periodo probatorio ante esta Sala) y partiendo de un fundamento inadmisibles según el cual debe diferenciarse a TVE favorablemente respecto de las privadas por "la finalidad que esta tiene" (folio 54 de dicho informe) incluso en este informe se concluye que: "la comparación de las cifras de las indemnizaciones fijadas a ANTENA 3 y TELE 5 en relación con las cantidades pagadas por TVE no debe hacerse directamente ya que son realidades diferentes. Cuando se introducen criterios adicionales se observa que lo exigido a las televisiones privadas excede a lo pagado por TVE pero en una proporción muy inferior a la estimada por el SDC ya que se sitúa alrededor de 2 a 1 y no de 7 o 10 a 1".

Tal diferencia es discriminatoria porque en ningún momento del expediente administrativo o durante la tramitación ante esta Sala se ha alegado y menos probado por la actora que tal diferencia tuviese alguna justificación, no apreciándose que, en

contra de lo alegado por la recurrente, tenga fundamento legal. En efecto 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.

En este litigio se examina por tanto a juicio de esta Sala sentenciadora un hecho fundamental: 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.

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha dictado recientemente la sentencia de 22 de diciembre de 2008 en el recurso de casación 2951/2002 en un litigio que, entre otras cuestiones, tenía en su origen determinar "a tenor de las reglas generales en materia de contratos, si las cláusulas que impone a los productores no asociados, la obligación de pagar una remuneración y condiciones económicas que suponen la obligación de pagar un 37 % más, que la exigida a los productores asociados, debe entenderse o no como condiciones razonables a los efectos del art. 157 de la ley, y de las reglas generales en materia de contratos.

La sentencia 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 el Alto Tribunal 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 admitirlo 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 fado en que se encuentra la SGAE, junto con la redacción unilateral de las cláusulas del contrato-tipo, en las que reconoce que no ha intervenido la parte demandada. Estas circunstancias permiten entender que ha existido un escaso o nulo margen por parte de la demandada para su modificación por medio de la negociación contractual y no comportan, en consecuencia, restricción alguna para el examen crítico de las cláusulas pactadas desde el punto de vista de la exigencia de razonabilidad impuesta por la ley.

En efecto, no puede olvidarse que los contratos celebrados por las sociedades de gestión, como forma impuesta por el art. 157 LPI de administrar los derechos cuya gestión les son conferidos (art. 152 LPI), constituyen contratos impuestos por la ley para cumplir con la finalidad de facilitar la difusión en condiciones razonables y mediante retribución de los derechos exclusivos y de remuneración sobre obras de propiedad intelectual cuya gestión se confía a las expresadas sociedades. Éstas no puedan imponer restricciones contrarias al principio de libre competencia o imponer condiciones discriminatorias a unos u otros usuarios fundándose en la posición privilegiada que se deduce en su favor de la exclusividad de la gestión en los respectivos ámbitos de actuación sin ni siquiera acreditar cuáles son los concretos titulares de derechos que les han confiado la gestión (art. 150 LPI). Por ello, cualquier género de imposición de remuneraciones o tarifas que pueda considerarse no razonable por parte de dichas sociedades debe considerarse vetada por el mandato contenido en el artículo 157 LPI . En el caso examinado, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha considerado, desde la perspectiva del control público de la

competencia, que el contrato en cuestión contiene cláusulas discriminatorias para la demandada y lo ha hecho mediante consideraciones ligadas al reconocimiento de una posición de monopolio de facto de la misma, recogiendo la afirmación del Servicio de Defensa de la Competencia en el sentido de que no cabe "eliminar toda posibilidad de negociación de forma unilateral, vulnerando desde una posición de dominio la LDC por no justificar las ventajas que otorga a los productores integrados en unos colectivos (AFYVE) y no a otros usuarios con la razón de que la SGAE se limita a aplicarlas 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 por 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.

La sentencia analiza un supuesto en que se ha apreciado la existencia de una diferencia de trato, y en el supuesto origen de este recurso contencioso- administrativo se ha acreditado la existencia de dicha diferencia. En la del Tribunal Supremo el Alto Tribunal continúa su análisis buscando una justificación para tal diferencia, y la encuentra insuficiente, justificación que en el supuesto sobre el que se dicta esta sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa es inexistente.

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 encuentra AGEDI, 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"

Resulta en consecuencia que, en contra de lo alegado por la recurrente, 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.

La alegada ausencia de imposición no puede prosperar por estas mismas razones: el abuso de posición de dominio ha sido definido por la jurisprudencia tanto nacional como comunitaria.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de mayo de 2003 ha establecido claramente las circunstancias en las que una conducta puede ser constitutiva de abuso de posición de dominio, en los siguientes términos:

A) Como es obvio, lo prohibido no es la posición de dominio, sino la explotación abusiva de esa posición,

B) Se contiene en él una lista de comportamientos calificables como abusivos, pero tal lista no es exhaustiva, sino meramente ejemplificativa, que ilustra sobre el concepto de explotación abusiva pero no lo agota,

C) La explotación abusiva pasa, así, a ser la noción fundamental del precepto, el cual, sin embargo, no contiene, más allá de lo que aporta la citada lista, una definición de lo que debe entenderse por tal.

D) La explotación abusiva no es sólo una conducta prohibida, sino también una conducta "típica", que la Ley considera constitutiva de infracción administrativa, ligando a ella, por tanto, la posibilidad de la imposición de una sanción en sentido estricto (artículo 10 de la Ley 16/1989).

E) Por ello, al enjuiciar si una conducta es constitutiva de explotación abusiva, han de tenerse presentes los principios propios del derecho sancionador, en el sentido de exigencia de que tal calificación de la conducta pudiera ser predecible por su agente, de prohibición del uso de la analogía y de resolución a favor del imputado de las dudas razonables que no hayan podido ser despejadas.

F) Por fin, dada la similitud existente entre el artículo 82 (antiguo artículo 86) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y aquel artículo 6, que transcribe casi literalmente la norma de antiabuso comunitaria al Derecho de Defensa de la Competencia español, cabe tomar en consideración la doctrina comunitaria sobre el abuso de posición de dominio como instrumento auxiliar para la interpretación de nuestro Derecho interno". Como resultado de los razonamientos anteriormente expuestos, no solo hay posición de dominio, sino explotación abusiva de la misma.

En relación con la alegación de que las tarifas no fueron impuestas, y a tales efectos la expresión "aplicación de condiciones discriminatorias" no puede entenderse sin "imposición" y la propia resolución impugnada utiliza la expresión "reclamar", debe recordarse que el art. 82 del TUE menciona diversas prácticas consideradas por se

abusivas cuando quién las lleva a cabo tiene, como es el caso de AGEDI, una posición de dominio. Y entre ellas se encuentra la discriminación, es decir, la aplicación a distintos contratantes de condiciones desiguales para una misma prestación cuando tal tratamiento diferente no está justificado.

SEXTO.- Se alega igualmente la infracción del principio constitucional de presunción de inocencia.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia 66/2007, de 27 de marzo, señala nuevamente que el derecho a la presunción de inocencia tiene el siguiente contenido y significado:

"Por lo que atañe al derecho a la presunción de inocencia (art, 24,2 CE), debemos reiterar, una vez más, su vigencia sin excepción en el procedimiento administrativo sancionador, así como que este derecho implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de infracción recae sobre la Administración, no pudiendo imponerse sanción alguna que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria lícita sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad, con prohibición absoluta de utilizar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales (por todas, en lo relativo al procedimiento disciplinario penitenciario, SSTC 97/1995, de 20 de junio, FJ 4 ; 175/2000, de 26 de junio, FJ 5 ; 237/2002, de 9 de diciembre, FFJJ 3 a 5 ; y 169/2003, de 29 de septiembre, FJ 5).

De igual modo, sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos competentes "hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado» (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2 ; 120/1999, de 28 de junio, FJ 2 ; 249/2000, de 30 de octubre, FJ 3 ; 155/2002, de 22 de julio, FJ 7 ; y 209/2002, de 11 de noviembre, FJ 3, entre otras muchas)».

El Tribunal Constitucional ha señalado igualmente que toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere a la par certeza de los hechos imputados, obtenida mediante pruebas de cargo, y certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos, de manera que el art. 24.2 de la Constitución rechaza tanto la responsabilidad presunta y objetiva como la inversión de la carga de la prueba en relación con el presupuesto fáctico de la sanción. Y, con referencia a la presunción de inocencia, afirma que "ésta, como ha quedado dicho, alcanza no solo a la culpabilidad, entendida como nexo psicológico entre el autor y la conducta reprochada, sino también, y muy especialmente, a la realidad de los hechos imputados" (STC 76/1990).

En contra de lo alegado por la recurrente esta Sala considera que se han acreditado los hechos imputados y la existencia del elemento intencional imprescindible para declarar responsable de la infracción a AGEDI, obrando en el expediente administrativo un conjunto de pruebas documentales que constituyen la prueba de cargo no solo del elemento objetivo (encuadrable en el tipo de abuso de posición de dominio por el que se sanciona) sino subjetivo (la voluntad de la autora de la conducta de cobrar más por lo mismo).

SÉPTIMO.- Se alega por la recurrente en último lugar, la caducidad del expediente

administrativo, pretensión que tampoco puede prosperar dado que según el art. 56.2 de la LDC en el texto vigente en las fechas relevantes, "El Tribunal dictará resolución y la notificará en el plazo máximo de doce meses a contar desde la admisión a trámite del expediente...". De las actuaciones resulta que la admisión a trámite se produjo por providencia de 21 de julio de 2005 y la notificación de la resolución impugnada tuvo lugar el 14 de julio de 2006. CADUCIDAD.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

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

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

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) contra resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 13 de julio de 2006 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

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

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

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