

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA Secretaría de D. VÍCTOR GALLARDO SÁNCHEZ

SENTENCIA Nº:

Fecha de Deliberación: 24/05/2011
Fecha Sentencia: 13/06/2011
Núm. de Recurso: 0000646/2009
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 06010/2009
Materia Recurso: DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Recursos Acumulados:
Fecha Casación:
Ponente Ilma. Sra. : D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Demandante: ARTISTAS INTERPRETES O EJECUTANTES,
SOCIEDAD DE GESTION DE ESPAÑA (AIE)
Procurador: D. ALFONSO BLANCO FERNÁNDEZ
Ltrado:
Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Codemandado: GESTEVISIÓN TELECINCO SA

Abogado Del Estado

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA PARCIAL

Breve Resumen de la Sentencia:

Defensa de la Competencia. tarifas abusivas sociedad de gestión de derechos de autor. No caducidad por excesiva duración de información reservada, no caducidad por resolución tardía, recurso contra acuerdo de sobreseimiento. Existencia tarifas abusivas. STS 18-2-2009.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000646/2009
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06010/2009
Demandante: ARTISTAS INTERPRETES O EJECUTANTES,
SOCIEDAD DE GESTION DE ESPAÑA (AIE)
Procurador: D. ALFONSO BLANCO FERNÁNDEZ

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Codemandado: GESTEVISIÓN TELECINCO SA
Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO
D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

Madrid, a trece de junio de dos mil once.

Visto el recurso contencioso administrativo n^o 646/09 que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **ARTISTAS INTERPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTION DE ESPAÑA (AIE)** representada por el Procurador D. Alfonso Blanco Fernández contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 23 de julio de 2009 (expediente 651/08 AIE/T5) sobre conductas contrarias al artículo 6 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia y

artículo 82 del Tratado de la Unión Europea consistentes en la exigencia de unas tarifas generales abusivas, inequitativas y discriminatorias por los derechos de artistas intérpretes o ejecutantes musicales en la comunicación pública de grabaciones audiovisuales. Ha intervenido como demandado la Administración General del Estado representada por el Abogado del Estado y Gestevisión Telecinco SA representada por el Procurador D. Isacio Calleja García. La cuantía del recurso es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 23 de julio de 2009 el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictó resolución en el expediente 651 (AIE/T5) sobre conductas contrarias al artículo 6 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia y artículo 82 del Tratado de la Unión Europea con la siguiente parte dispositiva:

“Primero. Declarar que la Entidad ‘ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA’ (AIE) ha infringido los artículos 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, y 82 del TCE, al haber exigido unas tarifas inequitativas y discriminatorias a GESTEVISIÓN TELECINCO en relación con la remuneración de los derechos de artistas intérpretes o ejecutantes por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales.

Segundo. Imponer a la Entidad ‘ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA’ (AIE) una multa sancionadora de SETECIENTOS SETENTA MIL EUROS (770.000 Euros) por la comisión de las conductas acreditadas.

Tercero. Instar a ‘ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA’ (AIE) a que en lo sucesivo se abstenga de publicar y exigir unas tarifas generales como las sancionadas u otras equivalentes que puedan distorsionar el mercado de gestión de derechos de artistas intérpretes o ejecutantes por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales”.

Cuarto. La Dirección de Investigación de la CNC vigilará y cuidará del cumplimiento de esta Resolución. Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la CNC y al Ministerio de Cultura y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma agota la vía administrativa y que, por tanto, no cabe recurso en esta vía, siendo sólo susceptible de recurso contencioso-administrativo, el cual podrá interponerse ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución”.

SEGUNDO: El 26 de octubre de 2009 la representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acto indicado en el encabezamiento de esta sentencia ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la sección Sexta donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda el 9 de diciembre

de 2009 la parte solicitó dicte sentencia *“por la que se estime el presente recurso contencioso-administrativo y se declare la nulidad o se anule y deje sin efecto la citada resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 23 -07-2009, dictada en el citado expediente sancionador nº 651/08 con condena en costas a la parte contraria”*.

Emplazado el Abogado del Estado para que contestara la demanda así lo hizo en escrito de 23 de abril de 2010 en el que solicitó la desestimación del recurso. La parte codemandada no presentó escrito de contestación a la demanda.

Solicitado el recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes, y presentadas conclusiones quedaron el 4 de marzo de 2011 las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó el 24 de mayo de 2011 en que así tuvo lugar.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña Lucía Acín Aguado, Magistrada de la Sección.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: El objeto del recurso es determinar si es conforme a derecho la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 23 de julio de 2009 (expediente 651/08 AIE/T5) que declara que la Entidad Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (en adelante AIE) infringió el artículo 6 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia y artículo 82 del Tratado de la Unión Europea al exigir a Gestevisión Telecinco SA (en adelante T5) consistentes en la exigencia de unas tarifas generales abusivas, inequitativas y discriminatorias por los derechos de artistas intérpretes o ejecutantes musicales en la comunicación pública de grabaciones audiovisuales.

Al objeto de fundamentar el recurso realiza las siguientes alegaciones:

1. Existe un uso dilatado y fraudulento de las diligencias previas que determinan la nulidad de la resolución recurrida.
2. Ha caducado el procedimiento sancionador al haber transcurrido más de un año desde la interposición del recurso por T5 contra el acuerdo de sobreseimiento del SDC y la resolución de 4 de febrero de 2008 del Consejo de la CNC que resolvió el recurso.
3. No ha incurrido en ninguna de las conductas descritas en el artículo 6 de la LDC 16/89 ya que 1) Tele 5 no se ha encontrado en situación de desventaja competitiva entre otras razones porque dicha entidad ha estado comunicando públicamente el repertorio gestionado por AIE sin abonar durante años cantidad alguna a AIE 2) AIE ha actuado con buena fe en sus relaciones

con T5 utilizando criterios lógicos de negociación. 3) no ha impuesto su tarifa general sino que trato de negociar con esta entidad.

4. Falta de proporcionalidad.

SEGUNDO: La parte actora considera que el expediente sancionador incurre en nulidad por fraude de ley, por las paralizaciones de las actuaciones de información reservada, (tuvo una duración de año y medio, de los cuales permaneció paralizado once meses). Entiende que ha existido una utilización fraudulenta de la actuación reservada, pues no existe justificación alguna para que el expediente haya tenido tan larga duración, y lo que se ha pretendido es burlar el plazo máximo para resolver establecido para el procedimiento, tal y como apreció en otro caso la sentencia de esta Sala (sección 1ª) de 17 de octubre de 2007 y 10 de junio de 2008.

En este caso el Servicio de Defensa de la Competencia como consecuencia de la denuncia presentada por T5 el 15 de julio de 2004 contra la AIE por presuntas conductas contrarias a la competencia consistentes en imponer unas tarifas abusivas, no equitativas y discriminatorias en relación con la comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales de repertorio desde 1995 acordó realizar una información reservada, con carácter previo a decidir sobre el inicio del expediente sancionador y ello al amparo de lo establecido en el artículo 36.3 de la Ley 17/1989 en su redacción dada por la Ley 52/1999 que establece que *“Ante la noticia de la posible existencia de una infracción, el Servicio podrá proceder a la instrucción de una información reservada antes de resolver la iniciación de expediente sancionador, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas. Cuando el Servicio considere que no hay indicios de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, podrá no iniciar el procedimiento y acordar el archivo de las actuaciones”*. En este caso las actuaciones que se realizaron son las siguientes:

-15 de septiembre de 2004. Requerimiento de información a la AIE para que aportara determinada información: estatutos, la autorización que habilita a la AIE para actuar como entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual, sus tarifas generales, contratos firmados con cadenas de televisión, acreditación de los pagos recibidos de cadenas de televisión, balances y memorias de actividades entre 1999 y 2003 (folios 56 y 57 del expediente administrativo. Dicho requerimiento fue cumplimentado el 5 de octubre de 2004 (folios 67 a 780 del expediente administrativo).

-13 de septiembre de 2005 (casi un año después). Requerimiento de información de la AIE (negociaciones mantenidas entre AIE y AISGE con T5) (folios 781 a 789). Dicho requerimiento es cumplimentado el 7 de octubre de 2005 por AIE y AISGE (folios 802 a 962) y por T5 el 19 y 21 de octubre de 2005 (folios 996 a 1188).

-28 de octubre de 2005 Requerimiento de información a T5 y a AIE (folios 1189, 1190, 1194 y 1195) que es cumplimentado el 17 de noviembre de 2005 y 25 de noviembre de 2005

- 23 de enero de 2006. el Servicio de Defensa de la Competencia acuerda el inicio del procedimiento sancionador.

-15 de enero de 2007 el Servicio de Defensa de la Competencia dicto acuerdo de sobreseimiento.

Ciertamente como afirma el recurrente la duración de la información reservada en este caso se puede considerar que no está justificada teniendo en cuenta los espacios de tiempo que transcurrieron entre las primeras diligencias practicadas (casi un año) pero ello no tiene incidencia alguna ya que esta información reservada no está sujeta a plazo de caducidad ni se puede computar dentro del plazo de caducidad del procedimiento sancionador. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3), de 26 diciembre 2007, recurso de casación núm. 1907/2005 se pronuncia expresamente sobre la cuestión planteada en relación a otra resolución de la Comisión Nacional de la Competencia indicando que *“el artículo 56 LDC con claridad señala que el plazo del procedimiento ante el SDC se cuenta desde la incoación del expediente sancionador, lo que obviamente excluye del cómputo el tiempo de la información reservada”*.

Por otra parte tampoco se aprecia que se haya realizado la información reservada previa para quebrantar los plazos máximos del procedimiento sancionador, fijados en el artículo 56 de la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia y ello porque no se aprecia que la información reservada se haya utilizado para una finalidad distinta para la que está prevista conforme a lo dispuesto en el artículo 69.2 de la Ley 30/92 que establece que *“con anterioridad al acuerdo de iniciación podrá el órgano competente abrir un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia de iniciar o no el procedimiento”*. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2007 anteriormente citada *“En la medida en que aquellas diligencias previas o preparatorias sirvan al fin que realmente las justifica, esto es, reunir los datos e indicios iniciales que sirvan para juzgar sobre la pertinencia de dar paso al expediente sancionador, y no se desnaturalicen transformándose en una alternativa subrepticia a este último, ninguna norma las somete a un plazo determinado y, por lo tanto, no quedan sujetas al instituto de la caducidad”*.

En este caso no se aprecia por la Sala, que se haya producido esa desnaturalización de la información reservada. Hemos reseñado anteriormente las únicas actuaciones llevadas a cabo por el SDC en dicha información reservada, que consistieron en recabar información y datos tanto a la sociedad denunciante T5 como a la denunciada AIE, considerando la Sala que tales actuaciones tenían por finalidad corroborar y precisar la noticia de la posible infracción recibida con la denuncia, sin que en el curso de la información reservada se practicaran actuaciones reservadas al marco del procedimiento sancionador, por lo que debe concluirse que, como decía la STS de 26 de diciembre de 2007 citada, en este caso *“...la mayor o menor duración de la fase preliminar no lleva aparejada la caducidad del procedimiento ulterior...”*

Este es el criterio que se mantiene por esta Sección en sentencia de 31 de marzo de 2010 (recurso 144/2009).

En cuanto a las sentencias dictadas por la sección 1ª de esta Sala citadas por el recurrente de 17 de octubre de 2007 y 10 de junio de 2008 referidas a

procedimientos sancionadores de la Agencia Española de Protección de Datos, indicar que esa misma sección ha cambiado de criterio teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes y así en las más recientes (sentencia de 10 de marzo de 2011, recurso 712/2009) indica: *“Por lo que respecta a la invocada utilización abusiva y fraudulenta de diligencias previas, si bien esta misma Sala y Sección, en la SAN de 17-10-2007 (Re 180/2006) que se menciona en la demanda consideró, a tenor del importante lapso temporal de paralización de las repetidas actuaciones previas que allí se produjo, que había habido una utilización fraudulenta de las mismas, lo que implicaba un supuesto de fraude de Ley (artículo 6.4 del Código Civil), por pretender burlar la aplicación del art. 42.2 de la Ley 30/1992, usando tal solicitud de información para, con ella, evitar la caducidad del expediente sancionador. Sin embargo con posterioridad, y a partir de la SAN de 19-11-2008 (Re 90.2008) y una vez acreditado por el Abogado del Estado el importantísimo aumento del volumen de trabajo en la AEPD, a través de la documentación adjuntada con la contestación a la demanda, esta Sala consideró que quebraba uno de los elementos básicos para entender incardinable el supuesto en el artículo 6.4 del Código Civil”*.

TERCERO: Considera el recurrente que ha caducado el procedimiento sancionador al haber transcurrido más de un año desde la interposición del recurso por T5 contra el acuerdo de sobreseimiento del Servicio de Defensa de la Competencia y la resolución de 4 de febrero de 2008 del Consejo de la CNC que resolvió el recurso y ello conforme a lo establecido en el artículo 48.4 de la LDC 16/1989 que establece que *“cuando se interponga un recurso contra un acuerdo de sobreseimiento o de archivo del Servicio de Defensa de la Competencia, el plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso no podrá exceder de doce meses desde la fecha de interposición”*. Considera que el plazo debe computarse desde la fecha de presentación en el Servicio de Correos y no la fecha de entrada en el Tribunal de Defensa de la Competencia, por lo que ha transcurrido el plazo de 12 meses.

En este caso la denunciante T5 presentó el 31 de enero de 2007 en el Servicio de Correos escrito de interposición de recurso contra la resolución de archivo del Servicio de Defensa de la Competencia siendo la fecha de entrada en el Tribunal de Defensa de la Competencia de 6 de febrero de 2007. El recurso fue resuelto por resolución de 4 de febrero de 2008, que se le notificó el 6 de febrero de 2008.

Con independencia de cual sea la fecha relevante a efectos del día inicial del cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución del recurso de reposición (presentación en Correos o fecha de entrada en el órgano al que corresponde resolver) y la posible incidencia que pueda tener el artículo 42. 3 b) de la Ley 30/92 del procedimiento administrativo común que establece que el cómputo del plazo en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado es *“desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación”* hay que indicar que aun cuando se considerara que se haya superado el plazo de 12 meses a contar desde la fecha de interposición previsto en el artículo 48.4 Ley 16/1989 la consecuencia no es la caducidad del procedimiento sancionador ya que no lo prevé expresamente la LDC. En efecto la Ley 16/89 de Defensa de la Competencia solo establece la caducidad para el caso del transcurso del plazo de duración de la fase del procedimiento sancionador que tiene lugar ante el Servicio de

Defensa de la Competencia y el posterior ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, delimitando la Ley en el artículo 56 cuales son el día inicial y final de esos plazos cuya superación determina la caducidad, del que queda excluido el periodo en que se tramita y resuelve el recurso contra un acuerdo de sobreseimiento al establecer que dicho plazo *“se interrumpirá en caso de interposición del recurso administrativo previsto en el artículo 47 de esta Ley”* regulando dicho artículo los recursos contra los actos del Servicio de Defensa de la Competencia. Al no establecerse la caducidad en la normativa específica debe aplicarse a la superación de ese plazo las consecuencias previstas en la Ley 30/92 que se aplica de forma supletoria conforme a lo establecido en el artículo 50 LDC. Así el artículo 43 de la Ley 30/92 referido a *“silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado”* establece que *“el silencio tendrá efecto desestimatorio...en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones”*. No se puede aplicar lo establecido en el artículo 44 de la Ley 30/92 referido a *“la falta de resolución expresa en procedimientos iniciados de oficio”* una vez vencido el plazo máximo para resolver ya que el procedimiento de impugnación de un acto es un procedimiento iniciado a solicitud del interesado. Por último indicar que el hecho de que el silencio en los procedimientos de impugnación de actos tenga un efecto desestimatorio no impide que la Administración pueda dictar con posterioridad al vencimiento del plazo una resolución estimatoria conforme a lo establecido en el artículo 42.3 de la Ley 30/92 que establece que *“En los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio”*.

CUARTO: Alega el recurrente que no ha incurrido en ninguna de las conductas descritas en el artículo 6 de la LDC 16/89 ya que 1) AIE ha actuado con buena fe en sus relaciones con T5 utilizando criterios lógicos de negociación 2) no ha impuesto su tarifa general sino que trato de negociar con esta entidad 3) Tele 5 no se ha encontrado en situación de desventaja competitiva entre otras razones porque dicha entidad ha estado comunicando públicamente el repertorio gestionado por AIE sin abonar durante años cantidad alguna a AIE.

La CNC no cuestiona el derecho de los artistas, interpretes o ejecutantes a obtener una remuneración, pero precisa que esta tiene que ser equitativa y no discriminatoria. Las alegaciones del recurrente no pueden prosperar y las dos primeras ya han sido contestadas por el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de febrero de 2009 (recurso 2157/2003) en el que se discutía precisamente la remuneración que debía abonar T5 por el uso de los repertorios objeto de gestión por la AIE desde el 1 de enero de 1995. Así consta que el Juzgado de Primera Instancia de Madrid nº 17 dicto sentencia el 5 de septiembre de 2001 en juicio de mayor cuantía nº 623/1998, que condenó a T5 a hacer efectiva y liquidar la remuneración por el uso de los repertorios objeto de gestión por la AIE desde el 1 de enero de 1995 con el interés legal correspondiente desde la fecha de interposición de la demanda. Fue confirmada en apelación por sentencia de 21 de marzo de 2003 por la sección 13 de la Audiencia Provincial de Madrid (apelación 583/2001). El Tribunal Supremo en sentencia de 18 de febrero de 2009 casó dicha sentencia y si bien reconoce el derecho de la AIE a obtener la correspondiente remuneración, no comparte la cuantificación de las mismas realizada en la instancia (pago de intereses desde la fecha de interposición de la demanda y aplicación de los criterios

que resulten del cálculo de las tarifas generales) y estima el motivo alegado por el recurrente de que las tarifas generales no son equitativas pues no guardan proporción con el grado de utilización del repertorio de las sociedades de gestión, son discriminatorias en relación con otras productoras e infringen la jurisprudencia comunitaria estableciendo en la parte dispositiva que en defecto de pacto se deberá partir de *“las tarifas generales comunicadas por las actoras a la Administración con arreglo a criterios que aproximen la fijación de las remuneraciones a la utilización efectiva y a la amplitud del repertorio de las distintas sociedades de gestión en correlación con la distribución del producto entre los titulares del derecho, teniendo en cuenta un criterio de proporcionalidad en la comparación con tarifas aprobadas en convenios con otras televisiones”*. Por tanto:

1) No se puede afirmar que la AIE ha utilizado criterios lógicos de negociación. El Tribunal Supremo establece en dicha sentencia en relación con los derechos de autor dimanantes de la comunicación pública de obras audiovisuales, que *“la remuneración equitativa no puede fijarse de manera incondicionada, cualesquiera que sean las circunstancias en que ha tenido lugar la negociación, de acuerdo con las tarifas generales fijadas unilateralmente por la sociedades de gestión, aun cuando las mismas no hayan sido objetadas por parte de la Administración”*.

Constata el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de febrero de 2009 que en este caso las tarifas generales están fijadas atendiendo exclusivamente a los rendimientos de explotación de la sociedad demandante e indica que *“Este criterio no puede ser aceptado”* resultando más equitativo atender al 1) criterio de efectiva utilización del repertorio de la sociedad de gestión correspondiente 2) la comparación con otros acuerdos a que haya llegado la sociedad de gestión con otras productoras y 3) la amplitud del repertorio de cada una de las sociedades en relación con las demás y con los sujetos activos de la remuneración equitativa que no son sólo los que han celebrado contratos de gestión con las sociedades. Cita la STJE de 6 de febrero de 2003 asunto C-245/00 que establece criterios análogos en relación con la remuneración equitativa por alquiler de fonogramas.

2) El hecho de que haya intentado negociar no justifica la imposición de unas tarifas no equitativas. Asimismo señala el Tribunal Supremo que *“La existencia de un proceso negociador previo no justifica que la aplicación de las tarifas generales se ajuste al requisito de equidad que se halla implícito en el propio concepto de remuneración equitativa. el hecho de no llegar a un acuerdo en un proceso negociador no puede convertirse en un criterio justificado para la imposición de unas tarifas más gravosas que aquellas que responden objetivamente a criterios de equidad ponderados en función de las tarifas aplicadas a otros organismos en los correspondientes convenios, pues lo contrario supondría colocar a una de las partes negociadoras en una posición de superioridad sobre la otra”*.

3) El hecho de que T5 haya estado comunicando públicamente el repertorio gestionado por AIE sin abonar durante años cantidad alguna a AIE, no impide considerar que Tele 5 se ha encontrado en situación de desventaja competitiva ya que debe tenerse en cuenta que nadie discute el derecho de la AIE a obtener la correspondiente remuneración y por tanto sólo existía incertidumbre en cuanto a la cuantía de esa remuneración siendo la conducta sancionada no la exigencia de unas tarifas sino la existencia de un abuso de posición de dominio por parte de la AIE en

el mercado relevante definido, exigiendo unas tarifas generales inequitativas y discriminatorias. Para que exista la infracción es suficiente que la conducta sea concretamente apta para restringir la competencia, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se inscribe el abuso y este caso dicha conducta reúne estos requisitos. Por una parte hay que tener en cuenta el contexto que existe ya que no se trata de unas empresas dominantes activas en el mercado sino de unas entidades a las que la ley ha entregado el monopolio de gestión de los derechos de propiedad intelectual siendo la parte obligada al pago de la remuneración, empresas que se ven en la absoluta necesidad de adquirir el producto que monopolizan las actoras. En ese contexto la exigencia de unas tarifas generales inequitativas y discriminatorias produce una distorsión generalizada en los precios y condiciones de mercado dado que la alternativa a un acuerdo para las entidades de televisión era un horizonte judicial largo e inseguro habiendo inicialmente en algunos casos los tribunales de instancia dado la razón a las sociedades de gestión en cuanto a la posibilidad de exigir las tarifas comunicadas al Ministerio de Cultura que se consideraron solo tras un largo proceso judicial inequitativas y discriminatorias.

QUINTO: Indica la recurrente que no se especifica en la resolución recurrida que conductas de las descritas en el artículo 6 de la LDC 16/89 ni el artículo 82 del Tratado de la Unión Europea se le imputan, lo que no se comparte ya que el abuso de posición dominante puede manifestarse de muy diversos modos y en este caso la conducta por la que se sanciona es por *“abuso de posición de dominio en el mercado de la gestión de derechos de artistas, interpretes o ejecutantes por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales, consistentes en la fijación y exigencia de unas tarifas generales inequitativas y discriminatorias”* lo que tiene encaje en dicho artículo 6 de la LDC que contiene una lista de comportamientos calificados como abusivos (lista que no es exhaustiva sino ejemplificativa ya que ilustra sobre el concepto de explotación pero no lo agota) y establece que el abuso podrá consistir, en particular, en *“a) la imposición de forma directa o indirecta, de precios y otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos y d) la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación de desventajosa frente a otros”*. Esos son los dos apartados que se consideran incluidos y por los que se le sanciona. Así se le indica al recurrente en el fundamento de derecho quinto penúltimo párrafo de la resolución recurrida al indicar que *“el presente expediente se debe resolver en sede del artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia (LDC) donde se prohíbe el abuso de posición de dominio, en particular y entre otros, cuando se imponen precios o condiciones no equitativas (art 6.2 letra a) y cuando se aplican condiciones desiguales para prestaciones equivalentes”*.

SEXTO: En cuanto a la posible infracción del artículo 82 del Tratado de la UE la resolución recurrida le imputa la infracción a dicho artículo por considerar que queda afectado el comercio intracomunitario con base al siguiente razonamiento. *“AIE cobra una remuneración por toda comunicación pública de grabaciones audiovisuales y en ese repertorio de la AIE intervienen artistas, interpretes o ejecutantes musicales de otros Estados miembros de la Unión Europea puesto que*

la legislación española reserva a esta entidad de gestión colectiva el derecho irrenunciable e indisponible de cualquier artista o intérprete ejecutante musical con independencia de su nacionalidad. Por tanto cuando haya una comunicación pública de una grabación audiovisual, quedará afectado el comercio intracomunitario, en la medida en que las tarifas afecten a los derechos de esos artistas, intérpretes o ejecutantes musicales comunitarios”.

En cuanto a la posible infracción del artículo 82 del Tratado de la UE la resolución recurrida le imputa la infracción de dicho artículo por considerar que queda afectado el comercio intracomunitario con base al siguiente razonamiento: *“AIE cobra una remuneración por toda comunicación pública de grabaciones audiovisuales y en ese repertorio de la AIE intervienen artistas, intérpretes o ejecutantes musicales de otros Estados miembros de la Unión Europea puesto que la legislación española reserva a esta entidad de gestión colectiva el derecho irrenunciable e indisponible de cualquier artista o intérprete ejecutante musical con independencia de su nacionalidad. Por tanto cuando haya una comunicación pública de una grabación audiovisual, quedará afectado el comercio intracomunitario, en la medida en que las tarifas afecten a los derechos de esos artistas, intérpretes o ejecutantes musicales comunitarios”.*

De acuerdo con las *“Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado”* (DO C-101 de 27 de abril de 2004) el criterio del efecto sobre el comercio limita el alcance de la aplicación de los artículos 81 y 82 a aquellos acuerdos y prácticas que pueden producir un nivel mínimo de efectos transfronterizos en la Comunidad. El análisis del concepto del efecto sobre el comercio obliga a tener especialmente en cuenta tres elementos: a) debe haber un impacto en la actividad económica transfronteriza que repercuta por lo menos en dos Estados miembros b) la noción de *“pueda afectar”* implica que debe ser posible prever con un grado suficiente de probabilidad, con arreglo a un grupo de factores objetivos de derecho o de hecho, que el acuerdo o práctica puede tener una influencia, directa o indirecta, real o potencial, en las corrientes comerciales entre Estados miembros c) el criterio del efecto sobre el comercio incorpora un elemento cuantitativo, que limita la aplicación del Derecho comunitario a los acuerdos y a las prácticas que puedan producir efectos de cierta magnitud. La evaluación de la apreciability depende de las circunstancias de cada asunto, en particular de la naturaleza del acuerdo o práctica, de la naturaleza de los productos de que se trate y de la posición de mercado de las empresas afectadas. La Comisión considera que los acuerdos no pueden en principio afectar de forma apreciable al comercio entre Estados miembros cuando se cumplen todas y cada una de las siguientes condiciones: 1) la cuota de mercado conjunta de las partes en cualquier mercado de referencia en la Comunidad afectado por el acuerdo no es superior al 5 %, y 2) en el caso de acuerdos horizontales, el volumen de negocios total anual en la Comunidad de las empresas interesadas correspondiente a los productos cubiertos por el acuerdo no es superior a 40 millones de euros.

En este caso no consta acreditado que el acuerdo haya afectado al comercio comunitario ya que 1) no se indica el porcentaje de artistas, intérpretes o ejecutantes musicales de otros Estados miembros de la Unión Europea que integran el repertorio de la AIE 2) se desconoce cuales son los ingresos de explotación de T5 en base a los que se exigía la tarifa por AIE y si vienen limitados a los resultados en España o

de otros países de la Unión Europea. Como señala el artículo 2 del Reglamento nº 1/2003 *“en todos los procedimientos nacionales y comunitarios de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la carga de la prueba de una infracción del apartado 1 del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue”* y en este caso se considera que no existe prueba suficiente que la conducta haya afectado al comercio entre los Estados miembros ni la magnitud del mismo.

SEPTIMO: Considera que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad, indicando que el artículo 10 establece multas de hasta 900.000 euros y se le ha impuesto una multa de 770.000 euros.

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2009 *“La aplicación del principio de proporcionalidad se traduce en una actuación reglada, consistente en tomar en cuenta o en consideración, razonadamente y con la motivación precisa, los elementos, criterios y pautas que a tal fin se deduzcan del ordenamiento en su conjunto, o del sector de éste afectado, y en particular los que haya podido establecer la norma jurídica aplicable, cual es el caso enjuiciado, el artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia”*

En este caso la imposición de la sanción aparece motivada y así se indica en el fundamento de derecho noveno que *“En el caso que nos ocupa hay que tener presente que la conducta seguida por AIE se ha producido, al menos en relación con T5 desde que legalmente se pudo exigir estas tarifas, es decir, desde 1995. Además, hay que tener en cuenta que AIE es un monopolista y que ha sido objeto de sanción en el pasado por infracciones relativas a la defensa de la competencia. Por otra parte, desde el punto de vista de los efectos, se debe tener en cuenta que la existencia continuada de este tipo de tarifas inequitativas, aplicadas con carácter discriminatorio, como ha quedado probado en este Expediente sancionador, en relación con la posibilidad de llegar a acuerdos negociados, ha producido un tipo de efectos que, si bien no están cuantificados, no pueden soslayarse al valorar la distorsión que este tipo de tarifas ha producido en los propios precios negociados durante todo este periodo, dado que la alternativa a un acuerdo para las entidades de televisión era un horizonte judicial largo e inseguro que aumentaba su riesgo empresarial y debilitaba las cuentas de explotación y patrimonio de estos demandantes de grabaciones audiovisuales”*.

El recurrente no cuestiona los criterios de graduación aplicados, no apreciándose que exista desproporcionalidad teniendo en cuenta por otra parte que el límite de la sanción no es el que indica el recurrente ya que esa cuantía puede ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior.

Aun cuando se considere que no ha habido una infracción del artículo 82 del Tratado al no haberse probado el efecto sobre el comercio, no procede modificar el importe de la sanción por cuanto no debe olvidarse que como ha declarado la Jurisprudencia comunitaria en la apreciación de la gravedad de la infracción para determinar el importe de la multa se debe tomar en consideración no sólo las circunstancias particulares del caso concreto, sino igualmente el contexto en que la

infracción se sitúa y velar por el carácter disuasorio de su acción (apartado 63 STJCE de 19 de marzo de 2009 asunto c-510/2006-P que se remite al apartado 106 de la sentencia Musique Diffusion Française y otros/Comisión) y en este caso es relevante el dato de la “*notable diferencia*” (así las califica el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de febrero de 2009) entre las remuneraciones establecidas en un convenio marco y las tarifas que se pretendía aplicar por la AIE a T5 (prácticamente el doble y que en cifras suponía según la Dirección de Investigación en su informe propuesta para el periodo 1999-2005 una diferencia de 7.000.000 euros).

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

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de promovido **ARTISTAS INTERPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTION DE ESPAÑA (AIE)** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 23 de julio de 2009 (expediente 651/08 AIE/T5) que se declara conforme a derecho excepto en el extremo relativo a no considerar acreditado la infracción del artículo 82 del TCE.

No se hace condena en 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.- La anterior sentencia fue leída y publicada en la forma acostumbrada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose constituido en audiencia pública, de lo que yo el Secretario, doy fe.