

Id. Cendoj: 28079130032013100069

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 3

Nº de Resolución:

Fecha de Resolución: 19/03/2013

Nº de Recurso: 2125/2009

Jurisdicción: Contencioso

Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Defensa de la competencia. Entidades de gestión. Abuso de posición de dominio.

Idioma:

Español

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Marzo de dos mil trece.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 2125/2009 interpuesto por la ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES, representada por el Procurador D. Federico Ortiz-Cañavate Levenfeld, contra la sentencia dictada con fecha 5 de febrero de 2009 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 378/2006 , sobre sanción por abuso de posición dominante; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, "ANTENA 3 DE TELEVISIÓN, S.A.", representada por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado, y "SOGECALE, S.A.", representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 378/2006 contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 13 de julio de 2006 que en el expediente número 593/05 acordó:

"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 dominadora en la gestión de los derechos de propiedad intelectual que tiene encomendados, al aplicar para el uso de su repertorio condiciones

desiguales para prestaciones equivalentes que suponen la discriminación a Antena 3 de Televisión S.A. y a Gestevisión Telecinco S.A. frente a su competidora el Ente Público Televisión Española durante los años 1990 al 2002.

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.- Ordenar la 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.- En su escrito de demanda, de 4 de julio de 2007, la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia "en la que se declare la nulidad de pleno derecho, o en su caso la anulación o revocación de dicha resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 13 de julio de 2006 dada su no conformidad a Derecho, así como que no se impongan las costas causadas a la contraparte". Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 10 de septiembre de 2007, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "por la que se desestime el recurso confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con expresa imposición de las costas a la demandante". Por otrosí se opuso al recibimiento a prueba.

Cuarto.- "Antena 3 de Televisión, S.A." contestó a la demanda el 23 de octubre de 2007 y suplicó a la Sala que "acuerde desestimar el recurso presentado de contrario y confirmar la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia por ser conforme a Derecho, con la condena en costas de la parte recurrente".

Quinto.- "Gestevisión Telecinco, S.A." contestó a la demanda con fecha 24 de octubre de 2007 y suplicó a la Sala sentencia "por la que se desestimen íntegramente los pedimentos de la demanda, con expresa imposición de costas a la demandante, con lo demás que en Derecho proceda". Por otrosí interesó la práctica de prueba.

Sexto.- "Sogecable, S.A." contestó a la demanda por escrito de 24 de octubre de 2007 y suplicó a la Sala sentencia "por la que, con imposición de costas a la parte recurrente habida cuenta de su temeridad, desestime íntegramente el presente recurso contencioso-administrativo". Por otrosí se opuso al recibimiento a prueba.

Séptimo.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 19 de noviembre de 2007 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de

ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 5 de febrero de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue: "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".

Octavo.- Con fecha 18 de mayo de 2009 la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 2125/2009 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 88.1.d) y 88.3 de la Ley Jurisdiccional por "vulneración de los arts. 9.3 , 24.1 y 25.1 CE en relación con el art. 6 LDC y jurisprudencia concordante sobre el principio de tipicidad en su vertiente material. Integración del factum respecto a la ausencia de conducta de imposición por parte de Agedi".

Segundo: al amparo del artículo 88.1.d) y 88.3 de la Ley Jurisdiccional por "vulneración de los arts. 24 y 25 CE y jurisprudencia comunitaria, nacional y doctrina constitucional".

Tercero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "vulneración de los arts. 9.3 y 25.1 CE en relación con el art. 6 LDC y 129.4 LRJPAC sobre la proscripción de la analogía en el ámbito administrativo sancionador".

Cuarto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "vulneración del art. 24.2 CE y 386 LEC en cuanto que la sentencia recurrida no desvirtúa correctamente el derecho de presunción de inocencia reconocida a mi representada en base administrativa".

Quinto: al amparo del art. 88.1d) de la Ley Jurisdiccional por vulneración de "los arts. 9.3 y 25.1 CE en relación con el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia y 82 TUE , los arts. 157 , 158 y 20.4 de la Ley de Propiedad Intelectual y la doctrina jurisprudencial concordante al considerar que la conducta seguida por Agedi vulnera el cumplimiento del diseño dispuesto en la LPI para la conformación de precios en los mercados de gestión colectiva y, en consecuencia, es antijurídica".

Sexto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional "en relación con los arts. 218.2 , 281.3 , 281.4 y 386 LEC por cuanto la sentencia recurrida omite de su relación de hechos probados algunos reconocidos por las partes y por la propia resolución revisada".

Por otrosí solicitó el planteamiento de dos cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Noveno.- Por escrito de 13 de noviembre de 2009 el Abogado del Estado se opuso al recurso y suplicó la confirmación de la sentencia impugnada con imposición de las costas a la parte recurrente.

Décimo.- "Antena 3 de Televisión, S.A." se opuso al recurso por escrito de 25 de noviembre de 2009 y suplicó a la Sala su desestimación con condena en costas a la

parte recurrente.

Undécimo.- Por providencia de 4 de diciembre de 2009 se tuvo por caducada en el trámite de oposición a "Sogecable, S.A."

Duodécimo.- Por providencia de 2 de julio de 2012 se señaló para la deliberación, votación y fallo del recurso el día 2 de octubre siguiente.

Decimotercero.- Con fecha de 24 de septiembre de 2012 AGEDI presentó escrito acompañando la sentencia de la Sala Primera de 23 de marzo de 2011 y suplicó "su unión a los autos y su toma en consideración dada su relevancia respecto a lo debatido en esta litis".

Decimocuarto.- Por providencia de 2 de octubre de 2012 la Sala acordó:

"Visto el escrito que presenta la parte recurrente 'al amparo de lo dispuesto en el artículo 271.2 LEC ', se deja sin efecto el señalamiento para votación y fallo efectuado para el día de hoy y óigase a las partes recurrentes, por un plazo común de cinco días, a fin de que hagan las alegaciones que estimen oportunas sobre la admisión y el alcance del documento que en él se aporta."

Decimoquinto.- El Abogado del Estado presentó sus alegaciones el 8 de octubre de 2012 en el sentido de que "no se opone a su incorporación a los autos al amparo de lo establecido en el artículo 271.2 de la LEC ".

Decimosexto.- "Prisa Televisión, S.A." presentó sus alegaciones con fecha 10 de octubre de 2012 en el sentido de que "no modifica en nada los términos del debate objeto de este recurso contencioso-administrativo".

Decimooctavo.- "Antena 3 de Televisión, S.A." presentó sus alegaciones por escrito de 11 de octubre de 2012 en el sentido de que "en caso de admitirse como prueba documental la sentencia aportada, únicamente podría servir de apoyo a favor de la desestimación del recurso de casación [...]".

Decimonoveno.- Por providencia de 14 de enero de 2013 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 12 de marzo siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 5 de febrero de 2009 , desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (en lo sucesivo, AGEDI) contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 13 de julio de 2006 que le impuso una sanción pecuniaria de 300.000 euros al considerarla autora de un abuso de posición de dominio, a la vez que le intimó para que cesara en él.

La conducta imputada y calificada como infracción de los artículos 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia , y 82 del Tratado de la Comunidad Europea,

fue la de haber explotado de modo abusivo, durante los años 1990 al 2002, su posición dominante en la gestión de los derechos de propiedad intelectual -dentro del ámbito musical- que tenía encomendados. El abuso de su posición de dominio habría consistido en aplicar a determinados operados de televisión privados (en concreto, "Antena 3 de Televisión, S.A." y "Gestevisión Telecinco, S.A.") unas condiciones económicas discriminatorias, para prestaciones equivalentes, respecto de las aplicadas en el mismo período al operador público Televisión Española.

Más en concreto, AGEDI, en cuanto entidad de gestión de los derechos de los productores de fonogramas, habría exigido a los operadores privados de televisión una remuneración (por utilizar dichos fonogramas en sus emisiones televisivas) muy superior a la aplicada al operador público, habiendo además ocultado a aquéllas la diferencia existente.

Segundo.- Dado que en algunos de los motivos casacionales se solicita la "integración de hechos" (artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional) y en el sexto se censura a la Sala de instancia la omisión de otros, es necesario que, pese a su extensión, transcribamos ahora los que dicha Sala consideró "probados" al dar "por expresamente reproducidos los hechos declarados probados por el TDC". El fundamento jurídico segundo de la sentencia impugnada se limita, en efecto, a esta mera y tajante declaración.

La relación de hechos que el órgano administrativo había formulado y que, repetimos, asume como suya el tribunal de instancia, era la que sigue:

"[...] Hechos probados.

1. Sobre las partes

AGEDI, Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales, es una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual constituida conforme a lo dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual, debidamente autorizada por el Ministerio de Cultura en fecha 15 de febrero de 1989, que integra a la práctica totalidad de los productores fonográficos españoles, buena parte de ellos filiales de las grandes empresas multinacionales del sector. AGEDI es la única entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual existente en España para su ámbito de actuación: la gestión colectiva del derecho de comunicación pública y el derecho de reproducción para dicha comunicación pública de los fonogramas y de los vídeos musicales de los productores fonográficos. En este ámbito de actuación sustituyó a la Asociación Fonográfica y Videográfica (AFYVE) que llevaba a cabo estas funciones con anterioridad y que aún subsiste como Asociación profesional de dichos productores fonográficos.

A3-TV es la empresa concesionaria de una de las tres licencias de TV privada otorgadas en concurso público celebrado de conformidad con lo establecido en la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada. Se constituyó el 7 de junio de 1988 y empezó a emitir en enero de 1990.

T5-TV es otra de las tres empresas concesionarias de las citadas licencias de televisión privada con cobertura nacional y comenzó sus emisiones el 3 de abril de 1990.

2. Relaciones de AGEDI con TVE

Con fecha 3 de marzo de 1986, el ente público Radio Televisión Española (RTVE) y AFYVE suscribieron un contrato cuyo objeto era la autorización a RTVE para:

La utilización pública, por sus sociedades estatales de radiodifusión y televisión, de los fonogramas publicados por los productores asociados a AFYVE.

La exhibición, por su sociedad estatal de televisión, de los vídeos musicales publicados por compañías representadas por AFYVE, dentro del ámbito de derechos que esta Entidad puede conceder.

Asimismo, se concede autorización a RTVE para copiar en cinta magnetofónica los fonogramas publicados por los productores encuadrados en AFYVE.

En contraprestación por los derechos que los productores de fonogramas le ceden, RTVE se compromete a pagar unas cantidades anuales a tanto alzado, por cada una de sus sociedades y por cada concepto, de acuerdo con la siguiente tabla:

Pagos del Grupo RTVE por uso de fonogramas y videos musicales. Contrato RTVE-AFYVE de 1986

-Millones de pesetas-

1985 1986 1987

Radio Cadena Española (Fonogramas)

Radio Nacional de España (Fonogramas)

Televisión Española (Fonogramas)

Televisión Española (Vídeos musicales) 19

10

13

8

19

11,5

15,5

9 19

13

18

10

Fuente: RTVE

A partir de 1987, las cantidades se incrementarían, en cada uno de los conceptos, según el Índice General de Precios al Consumo.

El contrato se renovaba de forma tácita por períodos de un año, salvo denuncia hecha por cualquiera de las partes con cuatro meses de antelación a la finalización de su vigencia o a la de cualquiera de sus prórrogas.

Tras su constitución y autorización en 1989, AGEDI sustituyó a AFYVE en la gestión de los derechos de propiedad intelectual de los productores fonográficos, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Propiedad Intelectual de 1987.

Con fecha 29 de abril de 1993, AGEDI se dirigió a Televisión Española, S.A. en los siguientes términos:

'El contrato por el cual los productores fonográficos autorizan a TVE el uso de sus grabaciones sonoras es de fecha 3 de marzo de 1986, y está suscrito con el Ente Público RTVE. Dicho contrato amparaba todos los derechos de nuestros productores tanto para TVE como para RNE. Sin embargo, últimamente se han convenido ya contratos por separado con ambas emisoras, quedando pendiente de actualizar el audio de TVE.'

Con el fin de adecuar nuestras relaciones a la situación actual, tanto jurídica como económica, es por lo que les pedimos nos indiquen fecha y personas responsables de esa Emisora con las que podamos iniciar las debidas negociaciones.'

Con fechas 15 de octubre de 1993 y 2 de febrero de 1994 AGEDI se dirigió a TVE reiterando lo anterior.

Con fecha 25 de mayo de 1994, AGEDI envió a TVE un escrito con el texto siguiente:

'Según conversación telefónica, te adjunto fotocopia del extracto de nuestra tarifa general, donde se detalla la escala gradual de aplicación de los cánones correspondientes a la comunicación pública de fonogramas y reproducción. Como te he comentado, esta es la escala que figura en nuestros contratos, por ejemplo con las emisoras de TV de la FORTA.'

Con fecha 18 de octubre de 1994, AGEDI escribió nuevamente a TVE con lo siguiente:

'Adjunto te envío, tal como quedamos, borrador del contrato para la autorización del uso del repertorio fonográfico por esa Emisora.'

El objeto de dicho contrato era la concesión no exclusiva a TVE para el uso de los derechos de comunicación pública y de reproducción de los fonogramas del repertorio de AGEDI.

Se proponía a TVE el pago de una contraprestación económica basada en un porcentaje de sus ingresos brutos, incluidas subvenciones, por cada uno de los dos derechos autorizados de la forma siguiente:

Propuesta de contrato de AGEDI de 1994 relativa a pagos de TVE por el uso de fonogramas.

-% sobre ingresos brutos anuales-

Año Comunicación pública Reproducción

1995

1996

1997

1998 y siguientes 0,066

0,090

0,108

0,179 0,022

0,032

0,138

0,064

Fuente: AGEDI

La duración del contrato sería de cinco años, con renovación tácita por períodos de un año salvo denuncia por cualquiera de las partes con cuatro meses de antelación a la finalización de su vigencia.

Con fecha 22 de enero de 2002, el presidente de AGEDI, Don

Pedro Miguel .,

volvió a dirigirse a TVE indicándole que:

'En 1986, con anterioridad a la promulgación de la LPI, TVE y la Asociación Fonográfica y Videográfica Española (AFYVE) suscribieron un contrato por el que ésta les autorizaba a utilizar los fonogramas de sus asociados, sin embargo, como en anteriores ocasiones les hemos manifestado, tal contrato no tiene encaje en el vigente marco normativo sobre propiedad intelectual por lo que es imperativo adecuar las relaciones entre la industria fonográfica y TVE a dicho marco normativo. En consecuencia, dado que la utilización de fonogramas por parte de TVE no está autorizada por la entidad de gestión de los productores de fonogramas (AGEDI), quien por mandato legal debe autorizar la comunicación pública de fonogramas, resulta urgente regularizar esta anómala situación y suscribir un contrato entre AGEDI y TVE a fin de que ésta quede debidamente autorizada para utilizar el repertorio de fonogramas de AGEDI a cambio de la correspondiente remuneración.'

Con fecha 21 de junio de 2002, Don Pedro Miguel ., esta vez en calidad de presidente de AFYVE, se dirigió a TVE para rescindir el contrato de 3 de marzo de 1986 en los siguientes términos:

'Como ustedes conocen la Asociación Fonográfica y Videográfica Española (AFYVE) suscribió el 3 de marzo de 1986 un contrato (el CONTRATO) con el Ente Público RTVE en cuya virtud, entre otras cuestiones, los productores fonográficos agrupados en

AFYVE autorizaron la utilización por Televisión española de los fonogramas de su titularidad.

Dado que esta autorización, contenida en el CONTRATO para la utilización de fonogramas, no tiene encaje en el vigente marco normativo de Propiedad Intelectual, les comunicamos que, de acuerdo a lo previsto en la cláusula octava del CONTRATO denunciamos la extinción del mismo con efectos desde el 31 de diciembre de 2002. En consecuencia, a partir del próximo 1 de enero de 2003 no estarán uds. autorizados para utilizar los fonogramas titularidad de nuestros asociados, a no ser que concierten un contrato de autorización a tal efecto con la entidad de gestión de los productores de fonogramas autorizada en España (AGEDI) o bien, conforme prescribe el artículo 157.2 de la vigente Ley de Propiedad Intelectual, paguen bajo reserva o consignen a favor de AGEDI el importe de sus tarifas generales desde el 1 de enero de 2003.'

TVE respetó el contenido del contrato suscrito el 3 de marzo de 1986 y pagó a los productores de fonogramas por el uso de los derechos de comunicación pública y reproducción de los fonogramas en sus dos canales de televisión las siguientes cantidades anuales (en pesetas) correspondientes a los años 1985 a 2002:

Pagos realizados por TVE por uso de derechos de comunicación pública y reproducción de fonogramas.

Año -Pesetas-

1985

1986

1987

1988

1989

1990

1991

1992

1993

1994

1995

1996

1997

1998

1999

2000
2001
2002 13.000.000
15.500.000
18.000.000
18.828.000
19.920.024
21.294.506
22.678.649
23.925.974
25.194.051
26.428.560
27.564.990
28.750.283
29.670.298
30.268.697
30.687.389
31.577.526
32.840.420
33.727.108

En total, 459.856.475 pesetas (2.759.750 euros) por los 18 años comprendidos entre 1985 y 2002, ambos inclusive.

Tras la comunicación de la rescisión del contrato en junio de 2002, AGEDI intentó en numerosas ocasiones que TVE suscribiera con ella un contrato sobre la autorización para el uso de fonogramas; en la última que consta en el expediente, de fecha 10 de enero de 2003 (ya vencido el plazo de vigencia del contrato de 1986), AGEDI ponía de manifiesto a TVE que:

'Nuestro propósito siempre ha sido, y así se lo hemos comunicado, que la utilización de los fonogramas por TVE contara con la necesaria autorización, a cuyo efecto les hemos advertido reiteradamente y con mucha antelación de la necesidad de suscribir

un acuerdo antes del 1 de enero de 2003 o bien ustedes a partir de esa fecha pagasen bajo reserva o consignasen las tarifas generales de AGEDI.'

3. Relaciones de AGEDI con la FORTA.

Con fecha 23 de enero de 1992, la Federación de Organismos o Entidades de Radio y Televisión Autonómicos (FORTA) firmó con AGEDI un Acuerdo Marco, al amparo de lo previsto en el artículo 142.1.c) de la Ley de Propiedad Intelectual, para establecer las condiciones en que las televisiones asociadas en FORTA podían utilizar los fonogramas del repertorio de AGEDI, previa firma de un contrato-tipo cuyo modelo se anexó al Acuerdo Marco.

En cuanto a las contraprestaciones a satisfacer por cada emisora de televisión a AGEDI por los derechos de comunicación pública y de reproducción, se establecían sendos porcentajes anuales sobre los ingresos de explotación, incluidas las subvenciones, de la emisora. Los porcentajes acordados eran los siguientes:

Pagos del Acuerdo Marco FORTA-AGEDI

-% sobre ingresos totales de explotación-

Año Comunicación pública Reproducción

1991

1992

1993

1994

1995

1996

1997 y ss 0,1870%

0,2025%

0,2180%

0,2335%

0,2490%

0,2645%

0,2800% 0,064%

0,070%

0,076%

0,082%

0,088%

0,094%

0,100%

En cuanto a los atrasos por los pagos correspondientes a los años anteriores al 1991 se acordó el pago del 10% sobre las correspondientes cantidades que por derechos de autor hubieran satisfecho o hubieran de satisfacer las emisoras a la SGAE.

El contrato duraría hasta finales del 1997 con prórrogas anuales tácitas siempre que no lo denunciara previamente alguna de las partes con una antelación mínima de seis meses antes de su finalización.

4. Las tarifas generales de AGEDI.

La legislación sectorial establece que las entidades de gestión 'están obligadas a hacer efectivos los derechos a una remuneración equitativa correspondientes a los distintos supuestos previstos en esta Ley' y 'a establecer las tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio' que deberá ser notificada al Ministerio de Cultura. Así lo ha venido haciendo AGEDI desde su constitución y autorización, incluyendo entre sus tarifas un epígrafe (el número 2) dedicado a la 'Utilización de los fonogramas del repertorio de AGEDI por emisoras de televisión de difusión inalámbrica'. La remuneración establecida en el año 1989 para dicho epígrafe ha sido modificada en seis ocasiones: 1994, 2000, 2002, 2003 y 2004, de la forma siguiente:

Año 1989: establece un porcentaje anual del 0,38% de los ingresos brutos de explotación de cada emisora por otorgarles el derecho a utilizar los fonogramas de su repertorio.

Modificación en 1994: el 0,38% sería un objetivo a alcanzar a partir del año 1997 (inclusive); hasta entonces, y partiendo del 0,1865% en 1988, se incrementaría anualmente el porcentaje de la tarifa.

Modificación en 2000: Se establece una nueva tarifa objetivo cifrada en un porcentaje del 0,50% que se alcanzaría gradualmente en el año 2007, empezando con un 0,38% que sería la tarifa del año 2000.

Modificación del año 2002: Se mantienen los porcentajes objetivos o finales pero se alarga hasta 2015 el momento de su consecución (la implantación es más gradual).

Modificación del año 2003: cambia ligeramente el porcentaje final (0,508 en el año 2015) y el de partida (se partiría de 0,310% para el año 2000 y anteriores) y mantiene el periodo de implantación: del 2000 al 2015.

Modificación del año 2004: a raíz del acuerdo de 14 de julio de 2003 con la entidad Asociación de Artistas Intérpretes o Ejecutantes (AIE), con fecha 20 de enero de 2004 se notifica un nueva tarifa general única (de las dos entidades AGEDI y AIE) para el derecho de Comunicación Pública de los fonogramas: 0,370% (0,1887% para AGEDI y 0,1813% para AIE) que se alcanzaría en el año 2015 partiendo en el 2003 de un

porcentaje de 0,2970% (0,15147% para AGEDI y 0,14553% para AIE).

5. Relaciones de AGEDI con A3-TV

a) Vídeos musicales:

Con fecha 1 de diciembre de 1999, las dos partes firmaron un contrato estableciendo las condiciones en las que AGEDI autoriza a A3-TV a comunicar públicamente y a reproducir los vídeos musicales de su repertorio. Se acuerda que se devengará la correspondiente remuneración 'cada vez que se emita un 'vídeo musical', cualquiera que sea el lugar que aparezca en su programación'. Esta remuneración por cada vez que se emita un vídeo está acordada también en el Anexo 2 del contrato (folio 1062). A3-TV se obliga a proporcionar a AGEDI la información necesaria para llevar a cabo la facturación correspondiente a este contrato. La duración del contrato es de cinco años con prórrogas tácitas de duración anual, siempre a salvo de denuncia por cualquiera de las partes antes de seis meses de la conclusión de cada periodo de vigencia.

b) Fonogramas:

Tras su constitución y autorización en 1989 y hasta el 1 de enero de 1995, AGEDI encomendó a SGAE la contratación y administración del derecho de comunicación pública de fonogramas que corresponde a los productores fonográficos con las emisoras privadas de televisión. A partir de dicha fecha AGEDI decidió ocuparse directamente y se puso a disposición de A3-TV para suscribir el correspondiente contrato de licencia, 'sin el cual no es posible la utilización de las grabaciones fonográficas en su emisora' (ver carta de AGEDI a A3-TV, de fecha 20 de febrero de 1995, folio 356).

Con fecha 6 de noviembre del mismo año 1995, AGEDI se volvió a dirigir a A3-TV para recordarle que aún no había suscrito el contrato para la comunicación pública de fonogramas en su emisora y anunciarle que se pondrán en contacto en plazo breve (folio 361).

No consta en el expediente que hubiera nuevos intentos por ninguna de las partes hasta el año 1999 cuando, en fecha 27 de enero, AGEDI vuelve a dirigirse a A3-TV en los siguientes términos:

'En diversas ocasiones hemos hablado con ustedes, y nos hemos dirigido por carta, para advertirles que esa emisora está haciendo uso de los fonogramas de los que son titulares los productores miembros de esta Asociación sin contrato que ampare tal actividad, y, por supuesto, sin abono a AGEDI de ningún tipo de remuneración.

Entendemos que esta situación no puede ni debe prolongarse por más tiempo, por lo que les urgimos, de nuevo, para que se pongan en contacto con nosotros con objeto de regularizarla.'

Con fecha 16 de abril de mismo año 1999, le envió un recordatorio.

Con fecha 13 de octubre de 1999, AGEDI escribió a A3-TV lo siguiente:

'Como continuación a nuestra carta del pasado día 29 de septiembre y tras la conversación mantenida hace unos días con Pedro Miguel .., en la que le manifestaste vuestro deseo de normalizar la situación de Antena 3TV con AGEDI,

acompañamos a la presente un ejemplar del contrato para la comunicación pública y reproducción de fonogramas y otro para la de videos musicales.

Te agradeceríamos que, si no ves inconveniente, nos facilites los datos necesarios para cumplimentarlos y proceder a su firma.'

El 27 del mismo mes y año, AGEDI escribe a A3-TV:

'De acuerdo con la conversación telefónica que mantuviste ayer con nuestro Gerente, Pedro Miguel ., te confirmo que la fecha de nuestra reunión para tratar el contrato de videos musicales, será el 8 de noviembre a las 12,30, en nuestras oficinas.

En nuestra reunión no hablaremos del contrato de utilización de fonogramas, teniendo en cuenta tu manifestación, tanto en la conversación con Pedro Miguel . como en ocasiones anteriores, de que esa emisora no se usa nada de música grabada del repertorio que representamos.'

El 1 de diciembre de 1999 se firmó el contrato sobre vídeos musicales entre AGEDI y A3-TV.

Con fecha 1 de marzo de 2001, el Tribunal Supremo declaró la subsistencia del derecho exclusivo de los productores de fonogramas a autorizar la comunicación pública de éstos y de sus copias, como estaba establecido en el artículo 109, apartado 1, de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual y que el Gobierno se había excedido en los límites de la delegación para elaborar el Texto Refundido de dicha Ley al derogar o considerar derogado dicho derecho.

Con fecha 10 de mayo, AGEDI volvió a escribir a A3-TV para comunicarle el contenido de la Sentencia y la inexistencia de contrato sobre el uso de fonogramas. La reiteró el 6 de septiembre del mismo año ofreciendo la posibilidad de acudir, como último intento, a la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual para que ésta determinara la cantidad adeudada por A3-TV por la utilización en el pasado de su repertorio de fonogramas, estableciera el canon y garantizara la razonabilidad de las condiciones del contrato a suscribir para la utilización futura.

Con fecha 13 de septiembre de 2001, A3-TV y T5-TV respondieron conjuntamente a la misiva y, tras diversas reuniones, firmaron todos el 15 de octubre de 2001 un 'Compromiso de arbitraje entre AGEDI, Gestevisión Telecinco y Antena3-TV DE TV'.

Con fecha 29 de enero de 2002, el Estudio Jurídico Bercovitz-Carvajal informó a A3-TV de que 'la deuda de la emisora por el periodo 1990 a 2000 en concepto de principal y de acuerdo con los datos de facturación de publicidad que nos habéis suministrado ascendería a 2.298.169.601 pesetas más IVA si se aplican las tarifas vigentes en el periodo y a 2.031.357.975 pesetas más IVA si se aplican condiciones homogéneas a los contratos suscritos por AGEDI con otra emisoras de televisión.'

Con fecha 25 de marzo de 2002, A3-TV escribió a AGEDI, en nombre propio y de T5-TV, haciendo referencia a los contactos mantenidos entre ambas partes y haciéndole notar que su iniciativa e interés 'son susceptibles de verse frustrados, ya en su origen, si se nos exige su confirmación mediante la realización de un pago previo, cualquiera que sea su cuantía. Es, por tanto, irrelevante la cantidad que, individualmente, nos han solicitado (500 millones).' Asimismo, en el escrito señala que 'En cuanto a tal futuro, nuestra propuesta es clara. Cualquier sistema lo más cercano

al pago por utilización' (folio 408).

Prosiguió el intercambio de escritos entre las partes a lo largo de ese año 2002.

A3-TV tuvo conocimiento de la existencia del contrato entre AGEDI y RTVE, de 1986, a lo largo del mes de mayo de 2002 'que multiplicaban casi por diez las tarifas pagadas por RTVE con las que se exigen a ANTENA 3' (folio 619).

Con fecha 21 de noviembre de 2002, AGEDI dirigió un escrito al presidente de la Comisión Mediadora Arbitral de la Propiedad Intelectual (CMAPI) para que, a la vista del 'Compromiso de Arbitraje' suscrito con A3-TV y T5-TV, antes citado, procediera a iniciar el procedimiento arbitral previsto en el Real Decreto 479/1989, de 5 de mayo, por el que se regula la composición y el procedimiento de actuación de la CMAPI. Esta Comisión, entendiendo que era de aplicación el artículo 9 de dicho Real Decreto, que exige el requisito del sometimiento expreso y voluntario de las partes a la Comisión, manifestado por escrito a su Presidente, y dado que ni A3-TV ni T5-TV lo habían hecho, decidió inadmitir la solicitud de AGEDI de iniciar el procedimiento arbitral (Acta de la reunión de la CMAPI, del 30 de enero de 2003, folio 466).

AGEDI interpuso una demanda contra A3-TV ante la jurisdicción civil, que fue admitida a trámite el 6 de marzo del mismo año por el Juzgado de 1^a Instancia nº 7 de Alcobendas (Madrid), que dictó Sentencia, el 14 de mayo de 2004, condenando a la demandada a suspender la reproducción y la comunicación pública de los fonogramas del repertorio de AGEDI en sus emisiones y prohibiéndole la reanudación de tales actividades hasta que no exista autorización por parte de AGEDI. Y condenó a la demandada a abonar a AGEDI la cantidad de 18.552.177,00 euros, más los impuestos correspondientes.

En el Fundamento de Derecho tercero de la citada Sentencia se señala:

'Por tanto, aceptado por la demandada el hecho de que no se han abonado ningún tipo de cantidad por la utilización de los fonogramas y quedando acreditado que la actora ha intentado en numerosas ocasiones reclamar las cantidades que consideraba de aplicación, siendo la controversia entre las partes el tipo de tarifa a aplicar, es procedente determinar si las cantidades solicitadas por AGEDI son excesivas y desproporcionadas según lo manifestado por la demandada. En cuanto a la utilización de las tarifas generales, el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de marzo de 1990 ha declarado la eficacia de las tarifas generales en defecto de acuerdo entre las partes. La sección 14 de la Audiencia Provincial de Madrid mantuvo el mismo criterio en sentencias 19 de enero de 1999 y 28 de octubre de 2003, y así para la aplicación de este criterio es necesario por tanto que no haya acuerdo entre las partes. Dicho acuerdo a tenor de lo manifestado con anterioridad no se ha podido llevar a cabo dada la discrepancia en la cantidad solicitada por la actora y la pretendida por la demandada [...], es más al margen de este no acuerdo las tarifas que se aplican a RTVE no podrían ser en ningún caso iguales a las de ANTENA 3 al tratarse de entidades distintas, la primera un ente público que obtiene sus fondos, parte por las subvenciones estatales y otras por publicidad, y ANTENA 3 ente privado cuyos ingresos fundamentales son obtenidos por la publicidad, debiéndose estimar la demanda íntegramente, toda vez que a lo largo de la dilatada negociación AGEDI aplicó las tarifas generales ante la falta de acuerdo, [...] (folios 620 y 621, subrayado propio).

6. Relaciones de AGEDI con T5-TV.

Los hechos son paralelos a los recogidos en relación con A3-TV como señala la propia AGEDI (folio 813), que presenta sus documentos referidos a T5-TV como Bises de los documentos presentados previamente con referencia a A3-TV (folio 814).

Como ya se ha señalado, las dos emisoras trataron de negociar conjuntamente con AGEDI.

En este caso, la disputa ante la jurisdicción civil fue resuelta en primera instancia por el Juzgado nº 41 de Madrid mediante Sentencia de fecha 11 de junio de 2004 , en cuyo Fundamento cuarto se puede leer:

'En relación con la acción de indemnización de daños y perjuicios que se derivan de la utilización ilícita, [...] la suma resultante en aplicación de las Tarifas Generales a las actividades de reproducción para comunicación pública de fonogramas desde 1990 hasta la fecha de presentación de la demanda, el 26 de febrero de 2003, en 17.717.399 euros, IVA incluido [...]'.

El juez de primera instancia se expresa así en el fundamento sexto:

'... Por otro lado, y en atención a las dudas de hecho que surgen en torno a la remuneración equitativa a la que alude el art. 116.2 de la Ley de Propiedad Intelectual en relación con las Tarifas Generales que se han aplicado para el cálculo de la cuantía indemnizatoria, [...] toda vez que la controversia que se mantiene respecto al valor real de la utilización efectiva de los derechos de reproducción de productos fonográficos, que de acuerdo con las máximas de la experiencia no alcanzaría la desorbitada cifra resultante de la aplicación de las indicadas Tarifas, [...] ' (folios 611 y 612, subrayado propio).

7. Conclusiones.

De todo lo anterior cabe concluir que están acreditados los siguientes hechos:

7.1. AFYVE suscribió con RTVE un contrato en 1986 que contemplaba el pago de una cantidad anual fija por el uso de su repertorio.

7.2 AGEDI recibió de TVE, entre los años 1990 y 2002, una cantidad fija anual como contraprestación económica por la licencia de comunicación pública y reproducción de los fonogramas del repertorio de AGEDI en sus dos canales de televisión.

7.3 AGEDI estableció unilateralmente, como Tarifas Generales a satisfacer por cada emisora de televisión por los conceptos de comunicación pública y reproducción de fonogramas, un sistema de porcentaje sobre los ingresos brutos anuales de la emisora.

7.4 La cantidad anual pagada por TVE a AGEDI es inferior a la sexta parte de la cantidad que le correspondería pagar de haber utilizado la Tarifa General correspondiente.

7.5 AGEDI propuso a TVE, en 1994, un nuevo contrato de licencia para el uso de los fonogramas en el que el precio propuesto era un porcentaje anual sobre los ingresos brutos; porcentaje sensiblemente inferior a las correspondientes Tarifas Generales establecidas por AGEDI. TVE no aceptó y siguió pagando las cantidades fijas anuales como venía haciendo.

7.6 AGEDI ha suscrito con emisoras de televisión, entre ellas A3-TV y T5-TV, en relación con el uso de los derechos de comunicación pública y de reproducción de los vídeos musicales de su repertorio, un precio que está relacionado con la utilización que la emisora hace de cada vídeo musical.

7.7 A3-TV y T5-TV han mantenido contactos con AGEDI con vistas a la celebración de un contrato de licencia para el uso de los derechos de comunicación pública y reproducción de los fonogramas de su repertorio. En el curso de las negociaciones las dos emisoras de televisión solicitaron el establecimiento de un sistema de precios análogo al utilizado en el contrato con la propia AGEDI para el uso de los vídeos musicales: el precio en función de la utilización que hace la emisora de los fonogramas.

7.8 Los contactos entre A3-TV y T5-TV y AGEDI sobre el uso de fonogramas no concluyeron con éxito y en febrero de 2003 AGEDI demandó a las dos emisoras de televisión ante la jurisdicción ordinaria por uso ilícito de los derechos de propiedad intelectual que ella gestiona. En el curso de los juicios celebrados en primera instancia para resolver la demandas interpuestas por AGEDI contra A3-TV y contra T5-TV, AGEDI exigió el pago de la Tarifa General que ella había establecido: un porcentaje sobre los ingresos anuales. La cantidad a pagar por cada emisora en aplicación de estas tarifas es muy superior a la pagada por TVE en el mismo período.

7.9 El Tribunal Supremo ha determinado la eficacia de las tarifas generales establecidas por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual en defecto de acuerdo entre las partes (Sentencia de 18 de marzo de 1990)."

Tercero.- En el tercer fundamento jurídico de la sentencia de instancia la Sala de la Audiencia Nacional expuso cuál era la versión de los hechos debatidos que propugnaba AGEDI y cuáles los argumentos clave de la demanda, que coinciden en gran parte con los que la entidad de gestión expondrá en este recurso. Y en el siguiente (cuarto) fundamento jurídico la misma Sala consideró necesario explicar "por qué impone el TDC la sanción". A riesgo, una vez más, de alargar excesivamente esta sentencia, creemos oportuno transcribir también el correlativo apartado de la impugnada para delimitar con claridad los términos de la controversia. Este es su contenido:

"1º [El Tribunal de Defensa de la Competencia] 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,

3º 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 homólogas a AGEDI'.

4º 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 denunciantes 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'."

Cuarto.- Las consideraciones jurídicas en las que, a partir del fundamento de derecho quinto de la sentencia impugnada, se basó el tribunal de instancia para desestimar la demanda comienzan por la transcripción del artículo 20 de la Ley de Propiedad Intelectual . La Sala destaca de él que "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, la 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". Dicho lo cual, añade:

"[...] 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 inadmisible 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'."

Quinto.- La Sala de instancia corroboró su juicio sobre este último extremo preguntándose, acto seguido, "[...] 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 sentencia impugnada responde a esta pregunta afirmativamente, apoyándose en una previa de la Sala Primera del Tribunal Supremo (sentencia de 22 de diciembre de 2008, recaída en el recurso de casación 2951/2002) cuya doctrina reputa aplicable pues zanjó "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'."

En efecto, la Sala de la Audiencia Nacional afirma que la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo "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 transcribe acto seguido parte de ella, lo que le sirve para refrendar la validez de la apreciación llevada a cabo por el Tribunal de Defensa de la Competencia en este caso, excluyendo que en él exista una justificación de las diferencias.

Sobre la base de dicha sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, y partiendo en todo caso de la "situación de monopolio de facto en que se encuentra la

entidad de gestión, situación en que igualmente se encuentra AGEDI", la Sala concluye 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."

A continuación, una vez resumida la doctrina jurisprudencial sobre la infracción consistente en el abuso de posición de dominio (se remite en este extremo a nuestra sentencia de 8 de mayo de 2003) la Sala sentenciadora concluirá desestimando las alegaciones de AGEDI sobre la tipificación de la conducta.

Rechaza el tribunal de instancia, en concreto, 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'." Por el contrario, afirma que "el art. 82 del TUE menciona diversas prácticas consideradas per se abusivas cuando quien 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".

En el sexto fundamento jurídico de la sentencia, ya con menor complejidad, la Sala de instancia niega que la resolución impugnada haya infringido la presunción de inocencia. Tras reproducir parte de la sentencia constitucional 66/2007, de 27 de marzo, 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 cobrar más por lo mismo)".

Sexto.- AGEDI recurre en casación la sentencia de instancia cuyo complejo contenido acabamos de resumir o transcribir y lo hace articulando seis motivos, todos ellos al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional . En los dos primeros solicita la "integración de hechos" y precisamente sobre los aspectos fácticos del litigio volverá a insistir en el sexto y último motivo denunciando que "[...] la sentencia recurrida omite de su relación de hechos probados algunos reconocidos por las partes y por la propia resolución revisada".

El sexto motivo tiene carácter subsidiario de los precedentes "por si las peticiones de integración del factum [...] no pudieran ampararse en la norma dispuesta en el artículo 88.3 de la Ley Jurisdiccional ". Considera AGEDI que la Sala de instancia ha infringido "las normas procesales que eximen de prueba aquellos hechos pacíficos entre las partes y aquellos notorios", normas que concreta en los artículos 218.2 , 281.3 , 281.4 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . E insiste en que los omitidos por la Sala habían sido "admitidos por la propia resolución administrativa objeto de revisión".

Ni el motivo sexto ni la solicitud de "integrar el factum" tienen, sin embargo, debidamente en cuenta el contenido del fundamento jurídico segundo de la sentencia impugnada. Precisamente por esta razón hemos reproducido, *in extenso* , los hechos probados que por remisión al acto administrativo aceptó la Sala de instancia. Dicha Sala afirma de modo categórico, según ya hemos hecho constar, que "se declaran probados y se dan expresamente por reproducidos los hechos declarados probados por el TDC". A partir de esta afirmación decae, pues, la base misma del motivo sexto así

como la anterior solicitud de integrar los "hechos omitidos por la Sala" de instancia ya que ésta, repetimos, hace suyos precisamente los que contiene la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, que AGEDI pretende que incorporemos al relato fáctico.

Por lo demás, de los cuatro artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil supuestamente infringidos, según el motivo sexto:

A) La censura de vulneración del artículo 218.2 debe articularse por la vía del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, ya que en él se contienen las normas reguladoras de las sentencias.

B) En cuanto al artículo 281.2 no se debaten en el litigio cuestiones que afecten a la prueba de la costumbre ni del Derecho extranjero. Su cita, pues, debe obedecer a un error y de hecho en el desarrollo del motivo no hay ninguna otra referencia a él.

C) No se ha negado, a los efectos del artículo 281.4, que fuera notoria la situación de Televisión Española en el año 1986 pero no puede considerarse como hecho que "goce de notoriedad absoluta y general", según exige aquel precepto, que la corporación pública de radio televisión "impusiera sus condiciones" a la Asociación Fonográfica y Videográfica Española en el contrato suscrito en 1986.

D) En fin, la apelación al artículo 386 (presunciones judiciales) no se desarrolla en el sexto motivo de modo suficiente y, en todo caso, las consecuencias que se pudieran deducir de las "invitaciones" a negociar realizadas por AGEDI, a los efectos de enjuiciar la utilización abusiva de su posición de dominio, han de ser valoradas cuando se examinen los motivos de casación correspondientes.

Séptimo.- En el primer motivo casacional AGEDI denuncia la "vulneración de los arts. 9.3 , 24.1 y 25.1 CE en relación con el art. 6 LDC y jurisprudencia concordante sobre el principio de tipicidad en su vertiente material". Interesa previamente la "Integración del factum respecto a la ausencia de conducta de imposición por parte de AGEDI". Los hechos que deberían integrarse son los relativos a la disposición de AGEDI a someter a arbitraje la resolución de sus diferencias con los operadores de televisión.

En el desarrollo argumental de este primer motivo AGEDI sostiene, en síntesis, que su "acreditada, reconocida plena y constante disposición [...] a someter al arbitraje de la CMAPI la determinación del importe de la remuneración que Antena 3 y Tele 5 debían satisfacer desde 1990, equivale a la renuncia por parte de AGEDI a la posición de dominio (al ejercicio de la posición de dominio) que ostenta en el mercado de la gestión colectiva de los derechos de comunicación pública y reproducción instrumental de fonogramas". Y ausente la "imposición", a su juicio, queda excluido el abuso de posición de dominio.

Según ya hemos adelantado, no hay por qué "integrar" los hechos en el sentido que solicita la recurrente cuando la propia relación de los probados que contiene la sentencia impugnada, por remisión al acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia, recoge con claridad en sus apartados quinto y sexto ("relaciones de AGEDI con A3-TV" y "relaciones de AGEDI con T5-TV", respectivamente) todos los atinentes a la resolución de diferencias por vía arbitral. Es más, la propia recurrente admite en el epígrafe 1.3.2 de este fundamento jurídico de su recurso el "reconocimiento del SDC y del TDC sobre la absoluta disposición de AGEDI a someterse al arbitraje de la CMAPI", y cita a estos efectos precisamente el mismo

texto de la resolución sancionadora que hace suyo la Sala de instancia. Mal puede, pues, pedir en casación que "integremos" los hechos como si no estuvieran ya "integrados" en la sentencia impugnada. Todo deriva, en realidad, de una inadecuada comprensión o lectura del fundamento jurídico segundo de dicha sentencia.

OCURRE, sin embargo, que las vicisitudes de la "disposición" de AGEDI a someter a un árbitro sus diferencias con los dos operadores de televisión privada -a las que acto seguido nos referiremos- no pueden ocultar el resto de la conducta de la entidad de gestión. Esto es, no cabe valorarlas al margen de las demás "realidades fácticas" que en la instancia han sido admitidas y no son ya revisables en casación. Entre estas últimas destacan tanto el ocultamiento de las condiciones contractuales pactadas por AGEDI con Televisión Española (al que se unía la exhibición de otro contrato con las televisiones agrupadas en la Federación de Organismos o Entidades de Radio y Televisión Autonómicos en cuanto única referencia válida) como la comparación entre las tarifas generales que la entidad gestora pretendía cobrar a los operadores privados y las que efectivamente había suscrito con el operador público.

El análisis de dichas "realidades fácticas" permitía y permite obtener unas consecuencias jurídicas análogas a las derivadas del examen del segundo motivo de casación. De un lado, que quedó acreditado el carácter marcada e injustificadamente discriminatorio y excesivo de las tarifas generales que AGEDI pretendía cobrar a los operadores privados por la difusión de las grabaciones sonoras o fonogramas, en comparación con las que ella misma cobraba al operador público Televisión Española. De otro lado, que la ocultación de la existencia de las condiciones aplicables a este último, hasta mayo del año 2002, constituyó una muestra reprobable de mala fe por parte de la entidad que ostentaba, en la práctica, el monopolio de la gestión colectiva de los derechos de los productores de fonogramas. Sobre ambas consecuencias jurídicas volveremos, ya lo hemos dicho, al analizar el segundo motivo casacional, pero no cabe prescindir de ellas, como en realidad viene a hacer la recurrente, cuando examina y valora su "disposición" al arbitraje.

Octavo.- Frente a lo que se deduciría de la tesis que parece mantener AGEDI en su primer motivo, la conducta por la que fue sancionada no es la "imposición" de precios o condiciones contractuales. Este había sido, en efecto, el primero de los cargos que el Servicio de Defensa de la Competencia le imputó en el pliego, con referencia expresa al artículo 6.2.d) de la Ley 16/1989 ("imposición de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos"). Dicho cargo, sin embargo, fue ulteriormente abandonado y excluido ya de la propuesta de resolución. En ella, y en la resolución sancionadora, se atiende tan sólo al segundo de los que recogía el pliego, esto es, al que con apoyo en el artículo 6.2.b) de la misma Ley tipifica "la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes [...]".

Vale la pena, de nuevo, transcribir a estos efectos la parte correlativa de la resolución administrativa impugnada en la instancia, que marca los términos del ulterior debate jurisdiccional. Afirmó en ella el Tribunal de Defensa de la Competencia lo que sigue:

"[...] Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el Servicio, tras valorar las alegaciones de AGEDI al Pliego de Concreción de Hechos, reconoció 'no haber quedado acreditada en el expediente la imposición, o el intento de imposición, por AGEDI de sus tarifas a T5-TV y A3-TV'.

En efecto, el Servicio realiza esta apreciación sobre la conducta denunciada que le

había llevado a concluir el Pliego de Concreción de Hechos señalando que AGEDI había cometido la doble infracción de abuso de posición de dominio mediante la imposición, por un lado, de precios no equitativos por las tarifas generales fijadas y reclamadas a las denunciantes y, por otro, mediante la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, al exigir el pago de contraprestaciones económicas sustancialmente superiores a las reclamadas a TVE (folios 2088 y 2089).

Esta precisión la realiza el Servicio en el apartado de Calificación Jurídica de su Informe-Propuesta que finaliza con la conclusión que seguidamente se transcribe: 'A la vista de todo lo anterior, el Servicio considera que AGEDI ha infringido los artículos 6 de la LDC y 82 del TCE :

-Al establecer unas tarifas generales excesivas, en comparación con las de otras entidades de gestión europeas homólogas de AGEDI, y arbitrarias, al dictar modificaciones en las mismas, tanto en cuantía como en su ritmo de implantación, que no tienen justificación objetiva.

-Al ocultar a las televisiones privadas, con las que debía negociar el importe de la deuda acumulada desde 1990 y las condiciones de autorización del uso de fonogramas en el futuro, la existencia del contrato firmado en 1986 entre AFYVE y RTVE, que rigió las relaciones entre TVE y AFYVE hasta 1989 y entre TVE y AGEDI entre 1989 y 2002, al no ofrecerles condiciones equiparables a las de aquel contrato, incurriendo en una discriminación que ha colocado a unos competidores (A3- TV y T5-TV) en una situación desventajosa frente a otro (TVE), y en su lugar reclamarles, para la satisfacción de su deuda pasada con los productores de fonogramas, cantidades muy superiores a las cobradas de TVE por las mismas prestaciones' (folio 2119)."

Noveno.- Siendo ello así, la base sobre la que se asienta el desarrollo argumental del primer motivo queda desvirtuada. No habiéndosele imputado la "imposición" de precios, deja de ser relevante a los efectos que aquí importan que AGEDI estuviera dispuesta a sujetarse a arbitraje sobre aquéllos o renunciase a "imponerlos". Aunque el argumento sobre la "ausencia de conducta de imposición por parte de AGEDI" le conduce a defender la "imposibilidad de considerarla incursa en la infracción descrita en el art. 6.2.d) LDC ", lo cierto es que todo su desarrollo va más dirigido a descalificar el reproche inicial de "imposición" (letra a) del mismo artículo y apartado) que a rebatir la pertinencia del cargo finalmente apreciado. Lo cual se advierte, entre otras razones, al comprobar cómo el núcleo de este motivo casacional coincide con las alegaciones que en la vía administrativa hizo AGEDI (folios 1353 y siguientes del expediente) para oponerse, con éxito, a la primera de las imputaciones que figuraban en el pliego de cargos, precisamente la relativa a la "imposición" de los precios y otras condiciones a "Antena 3 de Televisión, S.A." y a "Gestevisión Telecinco, S.A."

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

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

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

Ha de tenerse en cuenta, por lo demás, que la fijación o establecimiento unilateral de las tarifas generales tiene unos efectos que pueden ser gravosos para los usuarios, lo que obligaba a configurarlas en términos respetuosos de las exigencias legales antes dichas, esto es, a incluir unas remuneraciones equitativas no discriminatorias y a no ocultar los contratos ya concertados con otros operadores. Pues aunque en el esquema de la Ley de Propiedad Intelectual se incluían fórmulas de negociación y mediación o mecanismos arbitrales entre las entidades y los usuarios u operadores singulares que solicitases la autorización para utilizar los fonogramas, las tarifas generales unilateralmente fijadas por la entidad de gestión tenían en todo caso una cierta aplicación directa ante el fracaso de aquellas fórmulas, hasta el punto de que sólo bajo reserva o consignación judicial de las cantidades a ellas ajustadas podía entenderse autorizado el uso del repertorio, si las partes no llegaban a un acuerdo (artículo 157.2 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual).

Es cierto que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, a partir de las sentencias de 18 de febrero y 7 de abril de 2009 ha relativizado la aplicación "subsidiaria" de las tarifas generales que había admitido su anterior jurisprudencia (sentencia de 18 de enero de 1990). Pero lo ha hecho precisamente para reforzar el control *ex post* que, en sede judicial, puede hacerse sobre el contenido material de las tarifas generales y su adecuación a los criterios de objetividad, equidad, no discriminación y transparencia. Pero en tanto ese control no se materialice por la resolución judicial que ponga fin a la controversia entre las partes privadas, subsiste en principio la aplicación del artículo 157.2 de la Ley de Propiedad Intelectual como factor de desequilibrio inicial entre las posiciones negociales, y en ese mismo sentido muestra adicional de la posición de dominio de las entidades de gestión colectiva. Razón de más, pues, para que la entidad de gestión dominante respetara, ya al fijar o establecer de modo unilateral el marco negociador y las tarifas generales, la paridad de trato en cuanto a la "la remuneración equitativa".

En definitiva, la ulterior apertura al proceso negociador o arbitral, en las condiciones ya dichas, no excluía la antijuridicidad de una conducta previa por parte de la entidad de gestión como era la fijación o establecimiento de unas tarifas generales con los caracteres antes descritos, acompañada del ocultamiento al que asimismo hemos hecho referencia.

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

Décimo.- En el segundo motivo de casación AGEDI pone en tela de juicio las razones específicas por las que la Sala de la Audiencia Nacional corroboró que había existido un ilícito anticoncursal. A su juicio, la infracción del ordenamiento jurídico en que habría incurrido el tribunal de instancia es la "vulneración de los arts. 24 y 25 CE y jurisprudencia comunitaria, nacional y doctrina constitucional".

Reconoce AGEDI al inicio de este motivo casacional que la sanción impuesta "descansa en la ocultación del contrato AFYVE/RTVE de 1986 y el no ofrecimiento de condiciones equiparables a las de ese contrato". Y, a partir de esta base, alega sucesivamente en los epígrafes 2.1 a 2.5 de este apartado del recurso lo que sigue:

A) Que la ocultación fue "irrelevante o inexistente". Esta última afirmación contradice los hechos probados (en cuanto signifique anticipar a fechas anteriores a mayo de 2002 el conocimiento del contrato) por lo que no puede ser admitida en casación. Y en cuanto a la irrelevancia de la ocultación en sí, la tesis de AGEDI es que a lo largo de la ulterior fase arbitral los operadores televisivos hubieran podido presentar el contrato de 1986, con lo que el ocultamiento previo no sería "apto" en cuanto tal para producir efectos anticompetitivos.

La alegación no puede prosperar una vez que, como ya hemos expresado en el fundamento jurídico anterior, el abuso de posición de dominio se consuma con el ocultamiento consciente y deliberado de aquel contrato y la simultánea presentación de las tarifas generales en cuanto referencia para determinar la remuneración. La circunstancia de que el posterior conocimiento del contrato de 1986 por parte de los operadores televisivos privados pudiera determinar unas consecuencias u otras en el seno del proceso negociador, o de la fase arbitral, no obsta de suyo a la tipificación de la conducta inicial.

B) Que procede "integrar los hechos" para determinar que "Antena 3 y Tele 5 reconocieron ante AGEDI haber tenido conocimiento del contrato AFYVE/RTVE de 1986, desde mayo o junio de 2002 y AGEDI instó la comparecencia de las partes ante la CMAPI para que ésta resolviera mediante laudo las diferencias a partir de octubre de 2002". Como ya hemos reiterado, tales hechos constan en la relación de los admitidos por la Sala, por remisión al acto impugnado. Nada hay, pues, que integrar.

C) Que era "irrelevante el no ofrecimiento de condiciones equiparables". Sostiene AGEDI que en la ulterior fase arbitral la Comisión Mediadora Arbitral de la Propiedad Intelectual, en cuanto tercero imparcial, podría haber accedido a la eventual pretensión de los operadores privados de que se les aplicasen las condiciones contractuales vigentes para el público. Pero, una vez más, no tiene debidamente en cuenta que lo sancionado es el ocultamiento inicial por parte de quien, en su calidad de única y exclusiva entidad gestión de los derechos, estaba desde un comienzo obligada a observar el deber de transparencia en sus ofrecimientos contractuales.

D) Que AGEDI no "impuso" a "Antena 3 de Televisión, S.A." y "Gestevisión Telecinco, S.A." "cantidades muy superiores a las que se derivan del citado contrato [de 1986]" sino que se limitó a ejercer sus "pretensiones" ante la jurisdicción civil (epígrafe 2.4.1 de la demanda) y que "las meras pretensiones de AGEDI en la negociación [...] no pueden constituir *per se* abuso de posición de dominio si no han sido objeto de imposición".

La "considerable" superioridad y desproporción de unas tarifas respecto de otras fue corroborada por el tribunal de instancia tras apreciar las pruebas practicadas, incluida la pericial a la que se refiere en el fundamento jurídico quinto de la sentencia impugnada. Se trata, pues, de una valoración de hechos ligada al examen de la prueba, no revisable en casación. Y el juicio de la Sala de instancia sobre la falta de razonabilidad de esas diferencias no sólo es válido en sí mismo sino, como ulteriormente expondremos, *a posteriori* ha sido avalado por la decisión final de la controversia en el plano civil -traída a este proceso por la parte recurrente-, decisión que pone de relieve el exceso, cuantitativo y cualitativo, que suponía la pretensión de AGEDI de cobrar a "Antena 3 de Televisión S.A." las cantidades resultantes de aplicar las tarifas generales.

En cuanto que sus alegaciones (la propia recurrente admite que utiliza este argumento "hasta la saciedad") versan de nuevo sobre la existencia o no de una efectiva "imposición" de precios, ésta, según ya expusimos, no ha sido finalmente imputada. Baste, pues, reiterar las consideraciones precedentes al respecto.

E) Que procede, de nuevo, la "integración del factum" respecto de las "circunstancias que rodean al contrato AFYVE/RTVE de 1986. Su eficacia como único referente". En este apartado se mezclan, indebidamente, dos tipos de alegaciones. Las primeras versan propiamente sobre la integración del relato fáctico y en este sentido AGEDI menciona hasta siete supuestos "hechos omitidos" (epígrafe 2.5.2 de la demanda). Lo cierto es, sin embargo, que o bien no son tales o bien ya figuran en la relación de los probados.

Entre los que no tienen carácter fáctico se encuentran los relativos a que en 1986 Televisión Española era un "potentísimo monopolio", la promulgación de la Ley 22/1987 de Propiedad Intelectual o la liberalización del mercado televisivo en 1990. Y en cuanto a la constitución de AGEDI en 1989, la suscripción del contrato de 1986 o su modificación ulterior y las vicisitudes relativas a la disposición a negociar de AGEDI, no se trata de "hechos omitidos" sino reflejados, por remisión, en la sentencia de instancia.

En el segundo bloque de alegaciones de este apartado AGEDI expone las razones que hubiera podido oponer para justificar su "legítima resistencia a que las condiciones pactadas [...] en 1986 fueran trasladadas sin más a los contratos que habían de regir

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

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

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

Undécimo.- El tercer motivo de casación presenta mucha menos densidad argumental y se limita reprochar al tribunal de instancia, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, la "vulneración de los arts. 9.3 y 25.1 CE en relación con el art. 6 LDC y 129.4 LRJPAC sobre la proscripción de la analogía en el ámbito administrativo sancionador".

No existe tal aplicación analógica y sí mera subsunción de la conducta imputada en una de las categorías jurídicas o tipos de infracción. Es cierto que, como la propia recurrente admite, las infracciones definidas en el artículo 6 de la Ley 16/1989 tienen inevitablemente un cierto carácter "abierto", en consonancia con la muy variada tipología de conductas empresariales susceptibles de restringir la libre competencia, pero en el caso de autos tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como la propia Sala de instancia se limitaron a aplicar el apartado 2.d) de aquel artículo a los hechos probados.

El razonamiento de AGEDI en este punto, más que centrarse propiamente en la proscripción de analogía dentro del Derecho punitivo, mantiene que el abuso de posición de dominio sólo se hubiera producido si ella misma hubiera "impuesto" sus condiciones a los "clientes", pero no en otro caso. Aduce, en particular, que "en el tenor del tipo existe la imposición", lo que ya hemos rechazado. Por el contrario, conforme en los fundamentos jurídicos precedentes hemos razonado, puede calificarse la actividad enjuiciada como explotación abusiva de una previa y absoluta posición de

dominio por parte de quien la ostenta sin ningún rival o competidor en su actividad de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual.

Decimosegundo.- Tampoco el cuarto motivo de casación ofrece argumentos con fuerza de convicción. En él sostiene AGEDI, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional , que la Sala de instancia ha incurrido en una "vulneración del art. 24.2 CE y 386 LEC en cuanto que la sentencia recurrida no desvirtúa correctamente el derecho de presunción de inocencia reconocida a mi representada en base administrativa".

Como en tantas otras ocasiones, la apelación a la presunción de inocencia se desenfoca cuando al invocarla se suscitan cuestiones ajenas a ella. Así sucede en el primer epígrafe de este motivo (4.1) en el que AGEDI trae a colación la sentencia de esta Sala de 18 de diciembre de 1996 para sostener que la "negociación real" de una entidad de gestión colectiva con un operador de televisión es incompatible con el abuso de posición de dominio. Premisa a partir de la cual sostiene, todavía, que "la disposición a la negociación de un agente en posición de dominio hace incompatible su conducta con la concurrencia de imposición". Este modo de razonar poco o nada tiene que ver con la presunción de inocencia y sí, en cambio, en las condiciones ya dichas, con el debate sobre la tipicidad y subsunción de la conducta, cuestión ajena a aquélla. La "inocencia" queda desvirtuada si, a tenor de las pruebas practicadas, se demuestra la realidad de unos determinados hechos que revisten los caracteres típicos de la infracción por la que se impone la sanción, como aquí ocurre.

Por lo demás, en aquella sentencia de 18 de diciembre de 1996 la Sala llegó [...] a la conclusión de que no se cumplen los requisitos necesarios establecidos en el art. 2.1 de la Ley 110/1963 para calificar de abuso la posición dominante de que se acusa a la SGAE, conclusión que se refuerza con la Resolución de la Dirección General de Defensa de la Competencia de fecha 15 febrero 1991, que obra en el expediente, folios 107 y siguientes, y concretamente en el folio 133 en el que se dice que las nuevas tarifas no pueden considerarse como abusivas, que ha existido implantación gradual, objeto de negociación en la que se ha alcanzado un resultado razonable y el folio 140 en el que se dice que las nuevas tarifas no han llegado a aplicarse directamente como consecuencia del acuerdo obtenido finalmente entre la SGAE, y las televisiones autónomas". Se trata, por lo tanto, de hechos distintos de los ahora enjuiciados.

En el siguiente epígrafe (4.2) de este motivo sostiene AGEDI que "en la fase administrativa se reconoció que su conducta quedaba amparada por el principio de presunción de inocencia". A su juicio tal reconocimiento consta en un pasaje del informe- propuesta del instructor del expediente que contiene el folio 2093 del expediente del Servicio. La alegación no tiene en cuenta, sin embargo, ni el contexto en que el instructor hace sus afirmaciones ni, sobre todo, el contenido íntegro de éstas. En ellas sostiene, como respuesta a las correlativas excusas de AGEDI, que la presunción de inocencia, ya entonces alegada por la entidad de gestión, podía ser desvirtuada como acto seguido el propio instructor exponía. No ha existido, por lo tanto el "amparo por el principio de presunción de inocencia" en vía administrativa que se alega.

Decimotercero.- El quinto motivo de casación contiene lo que la contraparte denomina, con acierto, una "construcción teórica" en torno al "diseño dispuesto en la LPI para la conformación de precios en los mercados de gestión colectiva". Y aunque en el motivo AGEDI sostiene que la Sala ha vulnerado "los arts. 9.3 y 25.1 CE en relación con el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia y 82 TUE , los arts.

157 , 158 y 20.4 de la Ley de Propiedad Intelectual y la doctrina jurisprudencial concordante", en realidad la única censura concreta que plantea es, como bien afirma el Abogado del Estado, sobre una determinada afirmación dentro del razonamiento que conduce al fallo impugnado.

A lo largo de su extensa exposición (páginas 83 a 106 del recurso de casación) la defensa de AGEDI presenta un estudio, sin duda valioso en términos académicos, sobre la Ley de Propiedad Intelectual y lo que considera deberían ser sus relaciones con la Ley de Defensa de la Competencia. De él concluye que si se "valorara en su justa medida" la intervención de la Comisión Mediadora Arbitral de la Propiedad Intelectual, como "órgano preventivo de las actuaciones de abuso", se "minoraría significativamente la conflictividad tanto judicial como ante las Autoridades Nacionales de Competencia derivada del mercado de la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual". A su juicio, la mera posibilidad de acudir al arbitraje de la Comisión Mediadora Arbitral de la Propiedad Intelectual tiene la virtualidad de "garantizar la supresión del desequilibrio inicial" que ostenta el dominante. Reconoce, sin embargo, que se ha producido, en la práctica, "el fracaso sistemático" del sistema de mediación y arbitraje (por lo demás, voluntario para las partes).

Lo cierto es, sin embargo, que en el desarrollo argumental del motivo o bien se vuelven a repetir (su propio autor emplea el adjetivo "cansinos") los argumentos precedentes sobre la disposición de AGEDI al arbitraje que, una vez más, a su juicio "supone renunciar a la situación de posición de dominio"; o bien se hacen afirmaciones no compatibles con los hechos probados (como la de que AGEDI no "mantuvo una pretensión que se correspondiera con las tarifas generales"); o bien, en fin, se tratan cuestiones abstractas que, como replica la contraparte, se alejan del núcleo de la controversia.

Las previsiones legales sobre la posibilidad de acudir a los mecanismos de mediación y arbitraje en esta materia no pueden ocultar que, si en el seno de las relaciones entre la entidad de gestión colectiva y los operadores de televisión se han producido conductas tipificadas en el artículo 6 de la Ley 16/1989 , es al Tribunal de Defensa de la Competencia (actual Comisión Nacional de la Competencia) a quien corresponde sancionarlas. La entidad de gestión puede incurrir en abuso de su posición de dominio cuando, como en este caso ha sucedido, ofrece una aparente negociación que está viciada desde el inicio por el ocultamiento de datos relevantes, cuales son los contratos suscritos con otros operadores cuyas remuneraciones se alejan de las que contienen las tarifas generales que ella misma pretende recaudar, de modo discriminatorio, a los competidores en el mercado televisivo. Y esta conducta, repetimos, si se llega a producir debe ser sancionada en los términos en que aquí se hizo, sin que a ello obste en modo alguno el "diseño" de una Ley de Propiedad Intelectual cuyo artículo 157 no dispensa a las entidades de gestión colectiva de someterse a las disposiciones de la Ley 16/1989 relativas al abuso de su innegable posición de dominio.

La afirmación del tribunal de instancia criticada en este motivo ("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") no es, como en ella misma se advierte, sino respuesta a la correlativa alegación de la demanda. Esta última contenía, en las páginas 34 a 54 de las 101 que la integraban, consideraciones generales -análogas a las que ahora se reiteran- sobre el "diseño de la conformación de precios dispuesto en la LPI", el "arbitraje como pieza clave del diseño de la LPI" y otras similares. Acierta la Sala de la Audiencia Nacional al afirmar que en aquel "diseño" no caben tarifas discriminatorias sin justificación ni proporcionalidad

alguna.

Por lo demás, parte de las propias consideraciones que la defensa de AGEDI introduce en este quinto motivo respaldan, más que contradicen, actuaciones administrativas como la que es objeto de litigio. Pues si el legislador no ha querido establecer un mercado regulado de estos derechos (lo que hubiera propiciado, como en otros sectores, la existencia de un organismo regulador con poderes de intervención *ex ante*) y a la vez ha dotado a las entidades de gestión colectiva de una serie de poderes que les permiten, sin rival alguno en su propia esfera de actuación, entre otras facultades la de fijar por sí mismas las tarifas generales que han de satisfacer los usuarios, tarifas no sometidas a control administrativo ni *ex ante* ni *ex post*, las fórmulas negociales, mediadoras o arbitrales, de naturaleza voluntaria que contiene la LPI no pueden descartar, antes al contrario, la aplicación de los mecanismos usuales para sancionar, tal como está previsto en la Ley 16/1989, los eventuales abusos de posición de dominio en que aquellas entidades puedan (con relativa facilidad, dada su situación de "monopolio de hecho" sin otros controles administrativos) incurrir.

En fin, si ante el "fracaso sistemático" de aquellas fórmulas arbitrales se ha producido la consiguiente judicialización de los conflictos en la vía civil -a la que acto seguido nos referiremos- con ello se da solución a las cuestiones estrictamente bilaterales y privadas entre unas determinadas entidades de gestión y sus usuarios, pero no satisfacción a los intereses públicos subyacentes en la promoción y defensa de la competencia a cargo de las autoridades administrativas por Ley llamadas a reprimir los abusos de quienes los cometan.

Decimocuarto.- Avanzábamos en el anterior y en algún otro de los fundamentos jurídicos que era pertinente la referencia a las sentencias del orden jurisdiccional civil recaídas en relación con lo que es objeto de este litigio. En concreto, nos detendremos en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2011 que AGEDI ha aportado a los autos muy tardíamente (su escrito en solicitud de que se incorpore lleva fecha de 24 de septiembre de 2012) .

El tribunal de instancia transcribe en la ahora impugnada el contenido de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2008 (recurso de casación 2951/2002). Es igualmente pertinente acudir a las sentencias de la misma Sala de 18 de febrero de 2009 (recurso de casación 2157/2003), de 7 de abril de 2009 (recurso de casación 1163/2004), antes citadas, así como a las de 13 de diciembre de 2010 (recurso de casación 1699/2006) y de 23 de marzo de 2011 (recurso de casación 1079/2007), expresamente invocada por la recurrente según ya ha quedado expuesto.

En esta última sentencia, que pone fin a la controversia entre AGEDI y "Antena 3 de Televisión, S.A.", se reiteran los mismos criterios fijados en las anteriores del Tribunal Supremo para establecer la remuneración que correspondía a la entidad de gestión, criterios cuya infracción por la Audiencia Provincial determina el éxito del recurso de casación civil interpuesto por el operador televisivo y la subsiguiente reducción de las cantidades fijadas por aquel concepto en la sentencia de segunda instancia. Atenderemos, pues, a ella en la medida en que, por un lado, versa sobre los mismos hechos que están en la base del presente litigio (desde la perspectiva meramente privada) y, por otro lado, sintetiza los pronunciamientos jurisprudenciales previos.

En el proceso civil resuelto por la sentencia de 23 de marzo de 2011 AGEDI interesaba que la remuneración por el uso de los fonogramas -convertida a *posteriori*

en indemnización de los perjuicios- se calculara "de acuerdo con las tarifas generales que AGEDI tiene comunicadas al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte". Dichas tarifas consistían en un porcentaje de los ingresos del operador televisivo, esto es, no se calculaban en razón del uso real del repertorio musical que aquél hiciera. Y la exigencia de AGEDI a Antena 3 de Televisión desvinculaba el cobro de la remuneración -calculada, repetimos, por la mera aplicación de las tarifas generales unilateralmente establecidas por AGEDI- de los contratos suscritos con otros operadores televisivos. Todo ello se deduce de la sentencia aportada.

Pues bien, la decisión final de litigio civil corrobora que para determinar el importe de la remuneración no cabe acudir a las tarifas generales si éstas no tienen un "carácter equitativo", y no lo tienen cuando adoptan como base exclusiva de cálculo los rendimientos obtenidos por el operador televisivo y prescinden del uso efectivo del repertorio. Dicha remuneración debe, además, atender "a los acuerdos a que hubiera llegado la entidad de gestión con otras personas o entidades para autorizar el uso de su repertorio, dada la estrecha relación de la equidad con la inexistencia de desproporción injustificada en supuestos semejantes".

Como es fácilmente perceptible, los criterios sentados por la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo en aquella sentencia (y en otras precedentes) descalifican en muy buena medida la pretensión originaria de AGEDI sobre el cobro de la remuneración a "Antena 3 de Televisión", pretensión basada precisamente, en unas tarifas generales no equitativas, pues prescindían de cuál fuera el uso efectivo del repertorio, y discriminatorias, pues no atendían a la comparación con los acuerdos de otros operadores de televisión.

Es cierto que en la resolución administrativa ahora impugnada el Tribunal de Defensa de la Competencia afirmó que no podía calificar las tarifas generales formuladas por AGEDI como "manifiestamente" abusivas o como un "supuesto patológico de abuso", razón por la que no sancionó la conducta de la entidad de gestión por este título (a diferencia de lo que más tarde ocurriría en expedientes ulteriores, aún pendientes del definitivo control jurisdiccional por esta Sala). Ello no impide, sin embargo, deducir que desde el punto de vista objetivo -y precisamente en virtud de las decisiones judiciales del orden civil que la recurrente incorpora a los autos- la conclusión definitiva sobre el intento de aplicar las tarifas generales en sus propios términos no deba ser la ya expuesta.

En su escrito de 24 de septiembre de 2012 AGEDI se refiere a la sentencia civil de 23 de marzo de 2011 de modo sesgado, limitándose a extraer de ella las consideraciones (que ya figuraban en las sentencias anteriores a las que la Sala Primera se remite) sobre la no aplicación automática de las tarifas generales, sustituida por su control judicial *a posteriori*. Y lo hace no para contrastar aquellas consideraciones con las de la sentencia de la Sala de Audiencia Nacional objeto de este litigio sino tan sólo con una de las afirmaciones, la novena del punto séptimo, de la resolución administrativa de 13 de julio de 2006 impugnada ante aquella Sala.

La citada conclusión 7.9 se circunscribía a la siguiente afirmación: "El Tribunal Supremo ha determinado la eficacia de las tarifas generales establecidas por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual en defecto de acuerdo entre las partes (sentencia de 18 de marzo de 1990)". No era la única, ni siquiera la más relevante de aquellas conclusiones y su contenido se limitaba a transcribir el estado de la jurisprudencia civil en aquel momento (año 2006), bajo cuyos criterios precisamente se desarrollaban las relaciones entre las entidades de gestión y sus usuarios. Sobre el

impacto de la jurisprudencia civil ulterior, a partir del año 2009, ya hemos expresado en el fundamento jurídico noveno de esta sentencia cómo se mantiene la eficacia inicial de las tarifas generales, antes del resultado de su escrutinio judicial, en los términos del artículo 157.2 de la Ley de Propiedad Intelectual .

En suma, la invocación de la sentencia de 23 de marzo de 2011 viene a corroborar, más que a contradecir, que la actuación de AGEDI en este supuesto partía de unas tarifas generales excesivas y discriminatorias cuya aplicación aquella entidad, tras remitirse a ellas en su oferta a los operadores televisivos privados, reivindicó más tarde mediante el ejercicio de acciones judiciales. El resultado de éstas fue contrario a sus pretensiones sin perjuicio de que, lógicamente, las sentencias civiles reconocieran su indiscutible derecho a percibir la remuneración equitativa que, muy inferior a la solicitada como consecuencia de la aplicación de aquella tarifas generales, procedía.

Decimoquinto.- Por último, la Sala no estima necesario el planteamiento de ninguna de las dos cuestiones prejudiciales que sugiere la recurrente en el otrosí de su escrito de interposición del presente recurso. La primera de ellas parte como premisa de que la sanción lo ha sido por "imponer" condiciones al operador de televisión, lo que ya hemos rechazado. Y en cuanto a la segunda, AGEDI distorsiona asimismo la controversia cuando refiere su contenido a una supuesta conducta abusiva consistente en que la entidad de gestión "una vez frustrada la negociación y rechazada [...] su invitación de someterse al arbitraje de la CMAPI, demande ante los tribunales de justicia a la entidad de radiodifusión [...]" . Como quiera que tampoco esta conducta -el ejercicio de acciones judiciales- ha sido objeto de reproche en la resolución administrativa cuya validez corrobora la sentencia impugnada, no es procedente tampoco en este caso el reenvío prejudicial interesado.

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

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

FALLAMOS

Primero.- Desestimar el recurso de casación 2125/2009 interpuesto por la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional con fecha 5 de febrero de 2009 en el recurso número 378 de 2006 .

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

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona,

PONENTE que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.