



Roj: **STS 668/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:668**

Id Cendoj: **28079130032017100080**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **24/02/2017**

Nº de Recurso: **1314/2014**

Nº de Resolución: **318/2017**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 24 de febrero de 2017

Esta Sala ha visto, constituida en su **Sección Tercera** por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 1314/2014, interpuesto por Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión (AISGE), representada por el procurador D. Aníbal Bordallo Huidobro y bajo la dirección letrada de D. Juan Francisco Mestre Delgado, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 13 de noviembre de 2013 en el recurso contencioso-administrativo número 64/2012. Son partes recurridas la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado, y la Federación de Cines de España (FECE), representada por el procurador D. Ludovico Moreno Martín-Rico y bajo la dirección letrada de D. Agustín González García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 13 de noviembre de 2013, desestimatoria del recurso promovido por Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 19 de diciembre de 2011 que resolvía el expediente S/0208/09. Dicha resolución declaraba que la demandante ha incurrido en abuso de posición de dominio, infringiendo el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y le imponía una multa de 627.855 euros.

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación de la Secretaria de la Sala de instancia de fecha 20 de marzo de 2014 que también acordaba emplazar a las partes para comparecer ante el Tribunal Supremo.

TERCERO .- Emplazadas las partes, la representación procesal de Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión ha comparecido en forma en fecha 9 de mayo de 2014 mediante escrito por el que interpone el recurso de casación, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, formulado al amparo del apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto, del artículo 67.1 de la propia Ley de la Jurisdicción y del artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

- 2º, que se basa en el apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales produciéndole indefensión, en concreto, por infracción del artículo 60 de la Ley de la Jurisdicción y del artículo 24 de la Constitución;



- 3º, basado en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción , por infracción de los artículos 319 , 326 , 348 y 386 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil , y de los artículos 1218 y 1225 del Código Civil ;

- 4º, que también se basa en el apartado 1.d) del reiterado precepto procesal, por infracción de los artículos 24 y 25 de la Constitución , en relación con los artículos 62.1.a) , 127 a 131 y 135 a 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común , y con los artículos 2 , 62 , 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , así como de la jurisprudencia, y

- 5º, amparado en el apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional , por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto, de los artículos 68.2 y 139 de la misma Ley de la Jurisdicción , en relación con el artículo 24.1 de la Constitución y con el artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case y anule la recurrida, ordenando que se retrotraigan las actuaciones en instancia hasta el momento en que la Sala *a quo* debió admitir los medios de prueba denegados, para que se admitan y practiquen, y en consecuencia que se dicte sentencia, salvo que la Sala del Tribunal Supremo resuelva el asunto dentro de los términos en que quedó planteado el debate procesal, declarando la procedencia de estimar el recurso contencioso-administrativo y, en su caso, que declare que debió rectificarse el pronunciamiento de la sentencia de instancia sobre la no imposición de costas, con lo de más que en derecho proceda.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 10 de julio de 2014.

CUARTO .- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que, con desestimación del mismo, se confirme la que se impugna, y se impongan las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en la Ley jurisdiccional.

Asimismo se ha opuesto al recurso de casación la Federación de Cines de España, cuya representación procesal suplica en su escrito que se dicte sentencia mediante la que se inadmita, o en su defecto se desestime íntegramente el mismo, con expresa imposición de las costas causadas a la recurrente.

QUINTO .- Por providencia de fecha 1 de diciembre de 2016 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 14 de febrero de 2017, en que han tenido lugar dichos actos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

La entidad Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión (AISGE) impugna en casación la Sentencia de 13 de noviembre de 2013, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional. La Sentencia recurrida desestimó el recurso que dicha sociedad de gestión había entablado contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de diciembre de 2011, que declaró que AISGE había incurrido en abuso de posición de dominio y le impuso una multa de 627.855 euros.

El recurso se formula mediante cinco motivos, de los que tres se acogen al apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción , por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales (primero, segundo y quinto). Los otros dos motivos (tercero y cuarto), amparados en el apartado 1.d) del citado precepto procesal, se basan en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia.

De los tres motivos de índole procesal, en el primero se alega la infracción de los artículos 67.1 de la Ley jurisdiccional y 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por incongruencia omisiva y falta de motivación. El segundo motivo se funda en la infracción del artículo 60 de la Ley de la Jurisdicción y el 24 de la Constitución , por denegación indebida de pruebas. Finalmente, el quinto motivo se basa en la infracción de los artículos 68.2 y 139 de la Ley jurisdiccional, en relación con el 24.1 de la Constitución y el 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, todo ello por la imposición de costas procesales en resolución posterior a la Sentencia impugnada en contra del principio de intangibilidad de la sentencia.

De los motivos de fondo, el tercero se funda en la infracción de los artículos 319 , 326 , 348 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1218 y 1225 del Código Civil , en relación con la valoración de la prueba. En cuanto al motivo cuarto, se funda en la infracción de los artículos 319 , 326 , 348 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , 127 a 131 y 135 a 137 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) y 2 y 62 a 64 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007,



de 3 de julio), así como de la jurisprudencia. Tales infracciones se deberían a la vulneración de los principios de tipicidad, culpabilidad y presunción de inocencia.

SEGUNDO .- Sobre el primer motivo, relativo a la incongruencia omisiva y falta de motivación.

Según la parte recurrente la Sentencia impugnada no da respuesta a los motivos de impugnación del recurso ni se pronuncia sobre los resultados de la actividad probatoria, sino que en los fundamentos de derecho sexto, séptimo y octavo de la Sala de instancia se ha limitado a reproducir los razonamientos de la resolución administrativa recurrida. Dichos fundamentos se expresan de la siguiente manera:

" **SEXTO:** Y en cuanto al fondo conviene señalar con carácter previo que en el presente caso se trata de una imputación de abuso de posición de dominio, por lo que son requisitos imprescindibles del tipo infractor la delimitación del mercado relevante, de producto y geográfico, y la acreditación de posición de dominio en el mismo por parte de la imputada.

El mercado relevante de producto afectado viene constituido por el " *de gestión del derecho de remuneración por comunicación pública de las actuaciones de los artistas, intérpretes o ejecutantes en la forma de proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales* ", y que en el mismo AISGE ostenta una posición de dominio indiscutible.

AISGE admite su posición de dominio en el mercado

(f2645), aun cuando la considera resultado del cumplimiento de una disposición legal, el TRLPI, y no que la misma obedezca a ninguna suerte de acuerdo colusorio o práctica anticompetitiva. Afirma que AISGE es la única entidad legalmente autorizada para la gestión colectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los actores, bailarines, dobladores y directores de escena.

Ahora bien el mercado delimitado por la Dirección de Investigación no ha sido en ningún caso el de los derechos de remuneración, sino el de la "gestión" del derecho de remuneración, que es la actividad a la que se dedica AISGE y lo hace además en situación de exclusiva, es decir, de monopolio, obtenido ciertamente mediante una autorización administrativa. *C omo ha señalado esta Sala de la Audiencia Nacional en su Sentencia de 5 de febrero de 2009 AISGE es un monopolista que se encuentra, por disposición legal, en "una posición privilegiada desde el punto de vista jurídico porque los derechos de comunicación pública forzosamente deben hacerse efectivos..." a través de una entidad de gestión, encontrándose la propia Ley de Propiedad Intelectual "...en la base de la existencia de varias entidades cada una dedicada a explotar los derechos de autor de una concreta naturaleza, o como ha mantenido la propia CNC al señalar en su informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, publicado en diciembre de 2009, que ha sido voluntad del legislador establecer un marco normativo en el que la gestión colectiva quede confiada a un determinado tipo de asociaciones sin ánimo de lucro que actúen como monopolios, así como que pese a ello no se les ha impuesto obligaciones de comportamiento que permitan contrarrestar el elevado poder de negociación (frente a los titulares de los derechos gestionados y frente a los usuarios del repertorio) que le atribuye tal poder de mercado "*.

Por lo tanto, debe resolverse sobre la infracción imputada a AISGE partiendo de la acreditada posición de dominio que esta entidad ostenta en el mercado relevante afectado, esto es, en el de gestión de derechos de remuneración por comunicación pública de los actores, dobladores, bailarines y directores de escena. Debe valorarse si el incremento del 100% y la distinta aplicación de la tarifa entre salas tiene carácter abusivo; y si existe una justificación objetiva para tamaño incremento, pues en caso contrario la tarifa debería ser calificada como no equitativa, y por tanto la conducta de AISGE debería ser valorada como abusiva en un mercado en el que ostenta posición de dominio.

La jurisprudencia establece que el carácter abusivo de una tarifa vendrá dado por la relación de equidad o inequidad que exista entre dicha tarifa y el valor que el bien o servicio al que remunera dicha tarifa otorga al producto final sobre el que recae dicha tarifa. Es decir, lo obtenido al aplicar la tarifa al ingreso de taquilla de una obra cinematográfica deberá ser proporcionado al valor que el actor, doblador, bailarín o director de escena aporta a dicha obra. En ausencia de criterios que puedan establecer un cálculo cuantitativo que permita pronunciarse sobre la equidad de una determinada tarifa, la jurisprudencia viene admitiendo como criterios válidos para analizarla la comparación con tarifas análogas vigentes, bien en el ámbito internacional, bien dentro del mismo territorio. La discriminación vendrá dada por la acreditación de aplicación de tarifas desiguales para prestaciones equivalentes entre salas de cine.

Ha quedado acreditado que AISGE viene ejerciendo su competencia recaudadora de los derechos de remuneración por comunicación pública de las actuaciones de los artistas, intérpretes o ejecutantes en la forma de proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales, mediante la recaudación de un porcentaje indiscriminadamente sobre de la totalidad del ingreso obtenido por las salas de cine en todas sus exhibiciones; que la tarifa general fijada por AISGE en 1995 era de 0,8%; que las



tarifas realmente aplicadas en los convenios con FECE en 1999, 2000 y 2001 fue de 0,154%; en 2002 de 0,176 %; en 2003 de 0,2 %; y en 2004 de 0,216 %; que el 10 de mayo de 2005, habiendo expirado el convenio con FECE a finales de 2004, AISGE comunicó al Ministerio de Cultura una nueva tarifa general que fijó en el 1,5%; que entre 2005 y 2007 AISGE se puso en contacto con salas de cine reclamándoles las cantidades adeudadas hasta el momento y/o ofreciéndoles la firma de convenios de forma individual. Una serie de salas firmaron dichos convenios, con tarifas para el año 2005 del 0,4% y superiores para años posteriores; que entre 2005 y 2007 AISGE y FECE estuvieron negociando un nuevo convenio, que se firmó en julio de 2007, pero con carácter retroactivo; que las tarifas de ese nuevo convenio fueron del 0,35% para el año 2005, del 0,396% para 2006, del 0,485 % para 2007, del 0,53% para 2008 y del 0,6% para 2009. Este convenio incluía descuentos sobre la tarifa convenida del 7,5% por pertenecer a FECE, del 5% por pronto pago y de otro 5% si la facturación anual de la sala es inferior a 120.000 euros.; que en mayo de 2008 AISGE firmó convenio con otra asociación, SECIES, con los parámetros del convenio firmado con FECE.

De todo ello cabe concluir que la tarifa aplicada de forma constante desde 1999 hasta 2001, firmada en el primer convenio fue del 0,154%; que en la firma del segundo convenio, activo desde 2002 hasta 2004, la tarifa aplicada se incrementó en un 14% en el primer año, otro 14% en el segundo y un 8% en el tercero y último; que en mayo de 2005 el incremento en la tarifa general fue de prácticamente el 100%; que las tarifas convenidas finalmente en el 2007 pero para aplicar retroactivamente en 2005 supusieron un incremento respecto a las de 2004 del 67%, otro incremento del 10% para las de 2006, otro incremento del 22% para las de 2007, otro incremento del 9% para las de 2008 y un nuevo incremento del 13% para las de 2009. Es decir, entre la tarifa aplicada en 2004 y la de 2009 hubo un incremento del 177% y del 100% en la tarifa general entre 2004 y 2005.

Coincidiendo con la expiración del Convenio que tenía firmado con FECE, AISGE determinó unilateralmente una elevación de su tarifa general del 100%, si bien a aplicar de manera escalonada. Las condiciones en que se impone dicho incremento llevan a concluir al Consejo que la conducta de AISGE ha sido abusiva, por la falta de transparencia al justificar dicho incremento y establecer su relación con una variación en los costes de gestión o en el valor económico del bien. AISGE no ha acreditado en este expediente que en mayo del 2005 la presentación de la nueva tarifa fuese acompañada, bien al Ministerio, bien a los operadores económicos que debían pagarla, de cuantos elementos se habían tomado en cuenta para el nuevo nivel de la tarifa, ni consta tampoco que se hubiese generado un debate de los agentes implicados sobre dicho nivel. Tampoco este incremento guarda relación con incrementos experimentados por otras tarifas empleadas anteriormente por AISGE para la fijación de su tarifa, como las aplicadas por SGAE/DAMA (HA 35), que en el mismo periodo 2004 a 2009 se incrementaron un 0%. AISGE tiene capacidad para elevar ostensiblemente y de manera injustificada la tarifa general y lo hace con la intención de presionar a las asociaciones y a las salas en la negociación de los nuevos convenios y acuerdos. Su conducta surte los efectos esperados, porque en los nuevos convenios firmados consigue multiplicar por tres (del 0,216% al 0,6%) los porcentajes de recaudación de las salas, y lo consigue con carácter retroactivo. De esta forma, la única explicación que encuentran las nuevas tarifas impuestas es el ejercicio de un poder de mercado de AISGE, un poder de mercado que tiene en virtud de una norma con rango de Ley que le confiere, al menos de facto, una posición monopolística en la gestión de unos derechos que debe ejercer con especial responsabilidad.

SÉPTIMO: Alega la recurrente que la resolución impugnada viene a sostener la existencia de la infracción cometida al aprobar las tarifas generales en el año 2005, en base a tres elementos de juicio, a saber: el carácter inequitativo de la tarifa general, la pretendida existencia de falta de transparencia en su aprobación y la finalidad que con la misma se perseguía, la de presionar a los cines.

AISGE aporta tanto en el expediente como en autos pretendidas justificaciones objetivas para su conducta y, en particular, para el incremento de las tarifas generales. Estas alegaciones se basan fundamentalmente en que, según avalarían ciertas estimaciones econométricas de modelos económicos, encargados por AISGE, el valor que los actores, dobladores, bailarines y directores de escena aportan al valor final obtenido por la obra cinematográfica es muy superior al valor que aportan otros colectivos como directores y guionistas, quienes están representados por SGAE cuya tarifa general es del 2%; que en 1999 aumentó significativamente la base de derechos protegidos que debía gestionar AISGE, al incluirse en su gestión los derechos de los bailarines, dobladores y directores de escena, y a la firma de numerosos convenios bilaterales con sociedades de otros países; y que el número de obras que vienen exhibiéndose en los últimos años sometidas al derecho de remuneración que gestiona AISGE se ha incrementado notablemente, como consecuencia del cambio en los sistemas de explotación comercial de las obras cinematográficas, pues cada vez se estrenan antes las obras extranjeras, en relación con la fecha de estreno en sus países de origen.

Ninguna de las justificaciones dadas por AISGE, son de entidad suficiente para justificar un incremento de prácticamente el 100%.



AISGE ha incorporado al expediente en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución documento fechado en abril de 2005. El documento concluye con que la Tarifa General debe ser del 1,5%. Y sobre él a instancias del Consejo, en preguntas dirigidas a AISGE y a FECE se constata lo siguiente:

- Que el documento se ha elaborado por los servicios internos de AISGE, bajo la dirección del Director de Repartos y en colaboración con otros departamentos.
- Que no se recuerda la fecha exacta de encargo.
- Que se trataba de un documento interno de trabajo.
- Que el mismo no fue objeto de difusión externa alguna.
- Que FECE declara no haber conocido su existencia hasta la aportación del mismo en este expediente, ni tampoco sus resultados.

Efectivamente alega FECE que el documento de marzo de 2005, sobre las bases del cálculo de la tarifa adolece de la misma falta de transparencia que AISGE aplica en la fijación de la tarifa general, y FECE nunca conoció el documento, hasta la fase de resolución ante el Consejo. De lo único que AISGE le habría informado en 2005 fue que la tarifa general era del 1,5%, y efectivamente dicho documento concluye con una tarifa del 1,5%.

Estamos ante un derecho, el de la remuneración equitativa, que se genera mediante la exhibición de una obra cinematográfica, y la recaudación de dicho derecho se viene haciendo recaer sobre la recaudación en taquilla que genera la proyección de todas las obras cinematográficas que se exhiben en una sala.

La remuneración a los titulares de dichos derechos tiene dos variables sobre las que descansa: una es la facturación que genera la obra al ser exhibida, y la otra el porcentaje a aplicar sobre dicha facturación. AISGE aplica la tarifa convenida a la taquilla íntegra de la sala en cuestión, independientemente de las obras que han generado dicha taquilla y de si las mismas contienen derechos protegidos y generadores de una remuneración o de en qué grado lo tienen. Alega AISGE que en el caso de las salas de cine todas las obras exhibidas contienen derechos de remuneración que deben ser gestionados por AISGE, y que la tarifa del 1.5% es una media ponderada del peso que cada uno de los tipos de actuaciones por ella protegida tiene en una obra tipo, y que dicha obra tipo a su vez ha sido establecida según un análisis realizado sobre la totalidad de las obras realizadas en años anteriores.

La realidad es que AISGE, desde que comienza su gestión de derechos en 1995, ha estado aplicando la tarifa convenida con las salas de cines a la totalidad de los ingresos de taquilla generados en las salas de cine, sin discriminar según se proyectase una u otra película, es decir, sin recaudar en función del uso que la sala hiciera de los derechos realmente protegidos por AISGE. AISGE alega que se ha producido un incremento en la cantidad de beneficiarios que protege, y pretende cubrir dichos derechos aumentando el precio de los mismos, en lugar de aumentar la base. La realidad es que no puede aumentar la base, porque dicha base era ya la totalidad de las obras proyectadas, por lo que opta por aumentar el tipo, es decir, la tarifa.

Asimismo consta que el 27 de junio de 1999, la Asamblea Extraordinaria de socios de AISGE, aprobó una modificación estatutaria para asumir la gestión de los derechos de los siguientes colectivos: actores de doblaje o dobladores, bailarines y directores de escena. Dicha modificación fue aprobada por Resolución ministerial de 23 de julio de 1999, por lo que desde finales del mes de julio de 1999 se produjo una ampliación de los colectivos cuyos derechos son administrados por AISGE (folio 1113).

AISGE pretende que el 0,8% de la tarifa general de 1995 estaba calculada solo para remunerar a los actores, y que por lo tanto al aumentar su base en 1999, la tarifa debía incrementarse y hubiera tenido razón si su política hubiese sido la de aplicar su tarifa general, o la convenida, exclusivamente al volumen de ingresos de taquilla generado solo por las obras en las que participasen actores protegidos por AISGE, lo cual no se ha acreditado que sea el caso. En todo caso, no fue en el año 2005, sino en el año 1999 cuando se produjo la incorporación de estos otros colectivos, o como mínimo en el año 2001, cuando se produjo la firma del segundo convenio en el que el incremento planteado fue del 14% para ese año, y del 36% para el total del periodo 2001-2004.

La falta de transparencia argumentada por la DI está presente en la fijación de la tarifa general del 1,5 % en 2005 y en las negociaciones realizadas por AISGE para la firma de los diferentes convenios. Y esa misma falta de transparencia impide analizar si existe una relación equitativa entre la recaudación y el reparto, como AISGE pretende. Y desde luego, no permite justificar el incremento.

Ninguno de los documentos que aporta AISGE refleja el necesario ejercicio de transparencia que le es exigible a una entidad que en régimen de monopolio gestiona unos derechos, para cuya recaudación tiene la potestad legal de fijar el precio de dichos derechos, ni ninguno de estos documentos fue puesto en conocimiento de las partes implicadas en las distintas negociaciones conocidas en este expediente. Y no puede alegar AISGE,



como así hace, que duplicar sus tarifas general de la forma en que lo hizo en 1995, sea la consecuencia práctica y jurídica de la aplicación del marco normativo previsto en el TRLPI, y su prevalencia sobre las normas de competencia. El hecho de que AISGE tenga la encomienda de hacer efectiva la remuneración correspondiente a los titulares del derecho para cuya gestión ha sido autorizada, tal y como alega, no incluye que pueda fijar unilateralmente una tarifa general al margen de la normativa de defensa de la competencia vigente, en este caso la LDC y el TFUE, y menos escudarse en que de no cumplir con sus obligaciones de negociación con los usuarios, o en la determinación, la recaudación y la distribución de la remuneración, así como cualquier otra actuación necesaria para asegurar dicha efectividad, pueda ocasionarle la revocación su autorización por incurrir en incumplimiento de sus obligaciones.

Estos criterios han sido obviados por AISGE cuando en 2005 decidió duplicar su Tarifa General de forma unilateral, convirtiéndola así en un instrumento de presión en las negociaciones y consiguiendo trasladar esos inequitativos incrementos a las tarifas efectivamente aplicadas en los convenios con las asociaciones sectoriales, que se han visto casi triplicadas en el periodo objeto de la infracción.

AISGE presenta el Informe de 2008 sobre la evaluación del sistema de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual, de la Agencia Pública de Evaluación y Calidad (AEVAL), encargado por el Ministerio de la Presidencia como una evaluación que avala su gestión y su fijación de tarifa. Sin embargo, no se trata de un informe de evaluación de AISGE sino de evaluación general del sistema de gestión colectiva, y como el propio informe concluye: " (...) *el funcionamiento de las entidades de gestión colectiva es heterogéneo y difícilmente comparable entre ellas porque la diversidad de titulares, derechos gestionados, soportes y canales de comunicación de las obras protegidas condiciona decisiones y políticas gestoras distintas entre las diferentes entidades* ".

Es decir, no valora la equidad de las tarifas, solo es una evaluación de si el sistema de recaudación a través de las sociedades de gestión colectiva es eficaz y eficiente, lo cual nada tiene que ver con el objeto de este expediente. Aunque el mismo informe si indica la existencia de falta de equidad entre reparto y recaudación imputada por la Dirección de Investigación al manifestar que " *Pese a que los derechos se asignan nominalmente a sus titulares, muchos de los derechos permanecen en las entidades sin transferirse por varias razones: porque en la asignación ha sido imposible identificar al titular del derecho, por la imposibilidad de ponerse en contacto con el titular de los derechos al carecer las entidades de sus datos de contacto o por el fallecimiento de sus titulares desconociendo a sus causahabientes* ".

Por dichas razones la Sala considera suficientemente acreditada la conducta imputada, sin que los informes periciales aportados a instancia de parte desacrediten dichas conclusiones, y ello porque señalan que la fijación por parte de AISGE de la referida tarifa viene amparada por la LPI, lo que desde luego no se discute, y que dado el carácter dinámico de la misma, que debe adecuarse a los cambios objetivos y subjetivos que acontezcan, justifica el incremento en el año 2005. Sin embargo no queda justificado, a juicio de esta Sala, no el incremento en si mismo con carácter genérico que puede ser necesario, sino su porcentaje que se ha declarado abusivo e inequitativo, sin que se haya razonado debidamente, como el aumento subjetivo del repertorio de AISGE en 1999 justifica un incremento en 2005 de la forma en que se ha llevado a cabo, por lo que en este particular la resolución impugnada es conforme a Derecho.

OCTAVO: Y en cuanto al último motivo alegado destacar que la resolución impugnada señala que la Ley 15/2007 regula, en sus artículos 61 a 64 , los criterios fundamentales que deben tenerse en cuenta a la hora de establecer la cuantía de la sanción. El artículo 63 LDC faculta al Consejo para imponer una sanción a AISGE por la infracción cometida, ya sea por negligencia o deliberadamente.

El artículo 62.4.b) establece que serán infracciones calificadas como muy graves los abusos de posición de dominio tipificados en el artículo 2 LDC cuando el mismo sea cometido por una empresa que disfrute de derechos especiales o exclusivos. Este es el caso de AISGE, pues como ella misma reconoce su situación de monopolio procede de la autorización administrativa otorgada por la autoridad competente, sobre la base del TRLPI.

Y el artículo 63.1.c) establece que las infracciones muy graves podrán ser sancionadas con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa. En las cuentas anuales auditadas que AISGE presenta en su página web para 2010, dicho volumen de facturación es de 46.968.992,61 euros.

Finalmente, el Consejo basa el cálculo de la sanción por dicha infracción, en la "Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1 , 2 y 3 de la ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del tratado de la Comunidad Europea" (Comunicación de multas), publicada en febrero de 2009 con el objeto de servir de instrumento objetivo y transparente a la labor sancionadora de la CNC, contribuyendo a que las sanciones impuestas por la



CNC cumplan con los principios de proporcionalidad y disuasión que se espera de las mismas y que el Tribunal Supremo ha recordado en numerosas sentencias (entre otras, de 24 de noviembre de 1987 , 23 de octubre de 1989 , 14 de mayo de 1990 y 15 de julio de 2002) que deben cumplir.

La duración de la infracción se inicia el 10 de mayo de 2005, con la aprobación de AISGE de las nuevas tarifas generales, y se extiende hasta el momento actual, en la medida en que se mantienen vigentes dichas tarifas enerales.

La CNC ha fijado la sanción en un total de 627.855€ y cualesquiera que hayan sido los métodos utilizados para su cálculo, dicho importe no supera el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior, incluso se ha impuesto en un grado mínimo, a pesar de que concurre la aplicación de una agravante como es la de la comisión repetida de infracciones tipificadas en la LDC, regulado en el art. 64.2.a) de la LDC en relación con la RTDC 465/99 Propiedad Intelectual Audiovisual de 27 de julio de 2000, en la que el TDC declaró responsables a EGEDA, AISGE y AIE de haber explotado abusivamente su posición de dominio en la gestión de los derechos de propiedad intelectual cuya gestión tienen encomendados, con vulneración del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia (actual artículo 2 LDC) y del artículo 86 del Tratado de la Comunidad Europea (actual artículo 102 del TFUE), por la imposición sin negociación de sus tarifas. Dicha RTDC fue confirmada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el 14 de enero de 2004, y ratificada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de octubre de 2006 , por lo que desde dicho momento es firme y de ninguna atenuante, al no poderse considerar como tales el hecho de que nunca se aplicaran las tarifas, o una solicitud de iniciación de terminación convencional una vez que la Dirección de Investigación ha dictado ya su propuesta de resolución, por lo que debe desestimarse el presente recurso." (fundamentos jurídicos sexto a octavo)

Pues bien, la simple lectura de los fundamentos transcritos evidencia que no tiene razón la recurrente y que el motivo ha de ser desestimado. En efecto, mientras que en el fundamento sexto se sintetizan las posiciones de las partes, en el séptimo se da respuesta a las pretensiones y alegaciones de fondo de la recurrente y lo propio se hace en el octavo en relación con la cuantía de la sanción. Para nada empece a lo anterior el que la Sala de instancia recoja las razones de la resolución administrativa, pues en tanto que admite sus razonamientos pasan a constituir una motivación del propio órgano judicial. Así, en lo que respecta a las imputaciones y alegaciones de fondo, como la justificación de la subida de tarifas, la transparencia de la misma y su finalidad, la Sala da una respuesta motivada, en la que se rechazan expresamente los argumentos jurídicos y fácticos de la actora.

A este respecto en reiteradas ocasiones hemos expresado que no se puede exigir que la respuesta judicial se acomode al detalle y esquema argumental de las partes, bastando que se de contestación a sus pretensiones y principales argumentos, en forma razonada, lo que se cumple sobradamente en la Sentencia recurrida. La respuesta dada en este caso es suficiente y constituye una resolución motivada y razonable que cumple con el derecho a una tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24.2 de la Constitución .

TERCERO .- Sobre los motivos segundo y tercero relativos a la prueba.

El segundo y tercer motivo se refieren a la actividad probatoria. En el segundo, formulado mediante el apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional se basa en lo que la recurrente considera una indebida denegación de prueba, en concreto de una testifical y de una pericial. La Sala juzgadora justifica su denegación en los siguientes términos:

" **CUARTO:** La parte actora al objeto de fundamenta el recurso alega:

- 1.- Indefensión por denegación de la prueba propuesta.
- 2.- Indebida denegación de terminación convencional.
- 3.- Principio de legalidad y tipicidad (sobre la transparencia en la aprobación y aplicación de tarifas)
- 4.- Vulneración del principio de proporcionalidad sobre la cuantificación de la sanción.

Empezando por la primera cuestión planteada, alega la actora que ha sufrido una lesión en el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa en cuatro trámites del procedimientos, a saber: al no admitirse por la DI, en fase de instrucción la incorporación de cierta documental; al no pronunciarse el instructor sobre la solicitud de prueba propuesta por AISGE; al denegar algunas de las pruebas propuestas por AISGE en la propuesta de resolución y en el acuerdo del Consejo de 3 de octubre de 2011 en el que e insiste en denegar algunas de las pruebas propuestas por AISGE.

En este sentido conviene destacar que el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, que consagra el artículo 24.2 de la Constitución , según refiere el Tribunal Constitucional en la



sentencia 74/2004, de 22 de abril , que es objeto de reiteración, en términos sustancialmente idénticos, en las sentencias 165/2004, de 4 de octubre , 3/2005, de 17 de enero , 244/2005, de 10 de octubre , 30/2007, de 12 de febrero , 22/2008, de 31 de enero y 174/2008, de 22 de diciembre , tiene el siguiente significado y contenido constitucionales:

a) *Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes (SSTC 168/1991, de 19 de julio ; 211/1991, de 11 de noviembre ; 233/1992, de 14 de diciembre ; 351/1993, de 29 de noviembre ; 131/1995, de 11 de septiembre ; 1/1996, de 15 de enero ; 116/1997, de 23 de junio ; 190/1997, de 10 de noviembre ; 198/1997, de 24 de noviembre ; 205/1998, de 26 de octubre ; 232/1998, de 1 de diciembre ; 96/2000, de 10 de abril, FJ 2), entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el thema decidendi (STC 26/2000, de 31 de enero , FJ 2).*

b) *Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre ; 212/1990, de 20 de diciembre ; 87/1992, de 8 de junio ; 94/1992, de 11 de junio ; 1/1996 ; 190/1997 ; 52/1998, de 3 de marzo ; 26/2000, FJ 2), siendo sólo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento (SSTC 101/1989, de 5 de junio ; 233/1992, de 14 de diciembre ; 89/1995, de 6 de junio ; 131/1995 ; 164/1996, de 28 de octubre ; 189/1996, de 25 de noviembre ; 89/1997, de 10 de noviembre ; 190/1997 ; 96/2000, FJ 2).*

c) *Corresponde a los Jueces y Tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas, no pudiendo este Tribunal Constitucional sustituir o corregir la actividad desarrollada por los órganos judiciales, como si de una nueva instancia se tratase. Por el contrario, este Tribunal sólo es competente para controlar las decisiones judiciales dictadas en ejercicio de dicha función cuando se hubieran inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable o cuando la falta de práctica de la prueba sea imputable al órgano judicial (SSTC 233/1992, de 14 de diciembre , FJ 2 ; 351/1993, de 29 de noviembre , FJ 2 ; 131/1995, de 11 de septiembre , FJ 2 ; 35/1997, de 25 de febrero , FJ 5 ; 181/1999, de 11 de octubre , FJ 3 ; 236/1999, de 20 de diciembre , FJ 5 ; 37/1999, de 20 de diciembre , FJ 3 ; 45/2000, de 14 de febrero , FJ 2 ; 78/2001, de 26 de marzo , FJ 3).*

d) *Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea "decisiva en términos de defensa" (SSTC 1/1996, de 15 de enero , FJ 2 ; 219/1998, de 17 de diciembre , FJ 3 ; 101/1999, de 31 de mayo , FJ 5 ; 26/2000, FJ 2 ; 45/2000, FJ 2). A tal efecto, hemos señalado que la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente relevante, lejos de poder ser emprendida por este Tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo. (SSTC 1/1996, de 15 de enero ; 164/1996, de 28 de octubre ; 218/1997, de 4 de diciembre ; 45/2000, FJ 2).*

e) *La anterior exigencia se proyecta en un doble plano: de una parte, el recurrente ha de razonar en esta sede la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre , FJ 3 ; 131/1995, de 11 de septiembre , FJ 2); y, de otra, quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia (SSTC 116/1983, de 7 de diciembre , FJ 3 ; 147/1987, de 25 de septiembre , FJ 2 ; 50/1988, de 2 de marzo , FJ 3 ; 357/1993, de 29 de noviembre , FJ 2), ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo (SSTC 30/1986, de 20 de febrero , FJ 8 ; 1/1996, de 15 de enero , FJ 3 ; 170/1998, de 21 de julio , FJ 2 ; 129/1998, de 16 de junio , FJ 2) ".*

A la vista del expediente administrativo la Sala no puede compartir la alegación que realiza la actora, por cuanto toda denegación de prueba que ésta solicitó ha ido acompañada de la oportuna motivación. Debe añadirse que AISGE ya interpuso recurso en vía administrativa contra el acuerdo de la DI de 25 de febrero de 2011 al considerar sufrida indefensión por el cierre de la instrucción sin haberse practicado la prueba propuesta, recurso inadmitido por la CNC mediante resolución de 23 de marzo de 2011, contra el que se interpuso recurso contencioso-administrativo, con nº 06/244/11, que ha concluido mediante desistimiento de la actora. Asimismo consta que por auto de esta Sala de fecha 12 de marzo de 2013 , estimando en parte el recurso de reposición formulado contra otro anterior de fecha 1 de febrero de 2013, admitió toda la prueba documental propuesta, accedió a la ratificación de los dos informes periciales acompañados, denegándose la prueba testifical al constar ya en el expediente el resumen de la intervención y participación de los testigos en la reunión de 19 de septiembre de 2006, considerándose por otra parte innecesaria la práctica de una



nueva prueba pericial, por su reiteración y por su forma de proponerse, al sugerirse la empresa que había de elaborarlo, por lo que cualquier atisbo de indefensión, dialécticamente hablando, que en vía administrativa se le hubiera podido irrogar a la actora, habría quedado solventada a través de la práctica de la prueba practicada en el presente contencioso." (fundamento jurídico cuarto)

La explicación ofrecida por la Sala de instancia está motivada y es perfectamente razonable, sin que se aprecie que pueda ser calificada como una denegación arbitraria o que haya causado indefensión. En efecto, hemos de recordar que es el órgano judicial quien debe apreciar la pertinencia de las pruebas y que puede denegarlas en forma motivada cuando considere que no han de aportar datos de interés para el enjuiciamiento del litigio.

En el caso presente las razones ofrecidas en la sentencia respecto a la innecesariedad de una testifical de los partícipes en una reunión que ya estaba documentada en autos y sobre otra pericial, que la Sala considerada reiterativa -y que la recurrente solicitaba que se practicara por una determinada empresa- son razones que justifican la denegación de forma razonable y que, por tanto, no deben ser revisadas. En efecto, salvo error manifiesto o una clara falta de razonabilidad, es la Sala de instancia a quien corresponde apreciar la procedencia de una prueba y su posible fundamento o falta del mismo. El motivo ha de ser por tanto rechazado.

En cuanto al motivo tercero, se trata de un claro cuestionamiento de la valoración judicial de la prueba, algo que no resulta admisible en un recurso de casación. En efecto, como reiteradamente hemos señalado el recurso de casación es un recurso extraordinario legalmente configurado en exclusiva para la revisión de la aplicación e interpretación de las normas jurídicas y de la jurisprudencia, no de las cuestiones puramente fácticas como lo son la valoración de las pruebas o de los hechos acreditados en autos. Así pues, en la medida en que dicha valoración sea motivada y razonable, sin incurrir en error patente o en arbitrariedad no procede su revisión en casación. En el supuesto de autos y como puede comprobarse de la lectura de los fundamentos sexto y séptimo, en modo alguno se advierte que las conclusiones fácticas de la Sala puedan ser calificadas de manifiestamente erróneas -en error de hecho perceptible por sí mismo- o de arbitrarias, por lo que debemos rechazar el motivo.

CUARTO .- Sobre el motivo cuarto, relativo a la infracción de abuso de posición de dominio.

En el cuarto motivo la sociedad recurrente denuncia que la Sentencia impugnada habría infringido los principios de tipicidad (taxatividad), culpabilidad y presunción de inocencia. En cuanto al principio de tipicidad, porque la Sala fundamenta la comisión de la infracción en tres criterios (carácter inequitativo de la tarifa, falta de transparencia en su aprobación y la finalidad perseguida de presionar a los cines) que no respetarían dicho principio. El principio de culpabilidad habría sido vulnerado porque la imputación se ha construido sobre una responsabilidad objetiva, prescindiendo de los argumentos que justifican la actuación de la entidad. Y el principio de presunción de inocencia, por integrar en el comportamiento reprobado el elemento finalista basado en apreciaciones subjetivas o especulaciones.

El motivo debe ser rechazado. En los fundamentos de derecho sexto y séptimo, ya reproducidos más arriba, la Sala explica los comportamientos que considera probados y expone su valoración, comportamientos que acreditan la comisión de la infracción sancionada por la Administración. El abuso de posición dominante, tipificado por el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, se caracteriza por desarrollar un comportamiento que, prevaliéndose de una situación de superioridad en el mercado de referencia, impone condiciones abusivas al resto de sujetos que operan en dicho mercado, impone barreras que excluyen o dificultan gravemente el acceso al mismo o, en general, establece un marco de actuación anticompetitivo en beneficio propio. El citado precepto expone a título no exhaustivo algunas de las conductas que pueden ser calificadas como abusivas. En el caso de autos, en el que no se discute la posición de dominio de la entidad sancionada, dicho comportamiento está descrito como la elevación de las tarifas generales que la entidad cobraba a los cines en un 100% en 2005, sin que dicha subida fuese explicada suficientemente en el momento de su aprobación a los sujetos afectados o AISGE haya aportado una justificación razonable de una elevación tan drástica y, en fin, considerando que dicha subida suponía una presión indudable para la negociación de posteriores acuerdos particulares.

No hay pues problema de tipificación, pues la conducta de la recurrente puede ser subsumida claramente en un comportamiento abusivo de su posición dominante (en particular, en la letra a) del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia), sin que los elementos fácticos de dicha conducta puedan ser calificados, como se dice en el motivo, de subjetivos o sin que se pueda afirmar que se esté sancionado por una conducta objetiva. Se trata de circunstancias de hechos acreditadas y no negadas y que responden a una actitud plenamente deliberada de una entidad profesional plenamente conocedora del marco de actuación en el que se mueve y que cuenta con asesoría jurídica. No puede objetarse por tanto ausencia de culpabilidad, pues no puede aducir desconocimiento de que un comportamiento como el sancionado por parte de la única entidad de gestión de los derechos de sus representados colocaba a los cines en una posición negociadora de debilidad



injustificadamente desfavorable. Todo lo cual sin una explicación convincente de cual fuese la justificación objetiva de un incremento de tarifas del 100%.

Debemos pues rechazar el motivo.

QUINTO .- Sobre el motivo quinto, relativo a la imposición de las costas de instancia.

Tal como se indicó en el resumen inicial de motivos, el quinto se basa en la infracción de la intangibilidad de las sentencias, a consecuencia de la rectificación efectuada por el Auto de 25 de febrero de 2014 respecto a las costas, imponiendo las mismas a la actora frente a lo expresamente dispuesto en la Sentencia.

En primer lugar es necesario precisar que, pese a que el Auto en cuestión está rotulado como Auto de aclaración, se trata de un Auto de rectificación material de errores, tal como expresamente se indica en su texto, rectificación material que se ampara en lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . Dicho apartado establece, como excepción a la intangibilidad de las sentencias y autos definitivos que impone el apartado 1, que "los errores materiales y los aritméticos podrán ser rectificadas en cualquier momento". Pues bien, aunque en el auto de rectificación la Sala explica el error manifiesto de forma poco adecuada, pues entendido tal como se expone el error cometido no sería tanto un error material cuanto un error jurídico (no imponer las costas cuando la ley establece que deben imponerse), dado que lo califica de error material es forzoso entender que en el texto de la sentencia se insertó por error un pronunciamiento que no correspondía a la Sentencia de referencia, de forma que el texto que debió insertarse rezaba en el último inciso del fundamento noveno "[...] , procede imponer las costas a la parte recurrente" y en el fallo, donde ponía "sin costas", debió insertarse el inciso "con costas". Así entendido, como un error material consistente en haber introducido textos no correspondientes a la Sentencia de autos, como lo evidencia que no se ajustaran a lo dispuesto por la norma invocada, debe desestimarse el motivo.

SEXTO .- Conclusión y costas.

Al ser rechazados todos los motivos formulados, no ha lugar al recurso de casación. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción , procede imponer las costas a la parte que lo ha sostenido, hasta un máximo de 4.000 euros por todos los conceptos legales, más el IVA que corresponda a la cantidad reclamada.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido 1. Declarar que no ha lugar y, por lo tanto, desestimar el recurso de casación interpuesto por Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión contra la sentencia de 13 de noviembre de 2013 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 64/2012 . 2. Confirmar la sentencia objeto de recurso. 3. Imponer las costas de la casación a la parte recurrente conforme a lo expresado en el fundamento de derecho sexto.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Pedro Jose Yague Gil.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Maria Isabel Perello Domenech.-Jose Maria del Riego Valledor.- Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.-Firmado.-