



RESOLUCIÓN **(Expte. S/0220/10 SGAE)**

Consejo:

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 3 de julio de 2012.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo de la CNC o el Consejo), con la composición arriba expresada, y siendo Ponente la Consejera D^a María Jesús González López, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente sancionador S/0220/10, incoado de conformidad con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) contra la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE), por supuestas prácticas restrictivas de la competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 25 de enero de 2010, tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) escrito de denuncia (folios 1 a 83) formulado por Restaurante La Campana, S.A., Restaurante La Torre, S.A. y Complejo Hostalero San Cucao, S.L. contra la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (en adelante SGAE), por posibles prácticas anticompetitivas consistentes en la imposición, por parte de dicha entidad, de unas condiciones comerciales no equitativas en relación a la autorización de la comunicación pública de obras musicales en bailes celebrados con motivo de bodas, bautizos y comuniones o en los que el acceso de los asistentes se realice a través de invitación personal.
2. Como consecuencia de esta denuncia, la Dirección de investigación (en adelante DI) inició, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.2 de la LDC, una información reservada (número de referencia S/220/10) con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador. A estos efectos con fecha 5 de abril de 2010, la DI hizo requerimientos de información a los restaurantes denunciados y a la SGAE, relativos a las relaciones contractuales entre denunciados y denunciado (folios 84 a 104).



3. Las respuestas del “Restaurante La Torre, S.A.” (folios 128 a 139), y la del “Complejo Hostalero San Cucao, S.L.” (folios 140 a 145) tuvieron entrada en la CNC el 19 de abril 2010. A su vez, las respuestas del “Restaurante La Campana, S.A.” (folios 146 a 157) y la de la SGAE (folios 158 a 258) tuvieron entrada en la CNC el 26 de abril de 2010. Con fecha 28 de abril de 2010, se recibió en la CNC escrito de SGAE con información complementaria (folios 259 a 285).
4. El 25 de junio de 2010 la DI realizó un requerimiento de información a la Confederación Española de Hoteles y Alojamientos turísticos (CEHAT) sobre los convenios que tiene vigentes con SGAE (folios 302 a 306). La respuesta tuvo entrada en la CNC el 6 de julio de 2010 (folios 318 a 322).
5. Asimismo, con fecha 25 de junio de 2010 la DI requirió información adicional a los denunciantes y a la SGAE (folios 286 a 302 y 303 a 311 respectivamente). El 15 de julio de 2010 tuvo entrada la respuesta de la SGAE (folios 331 a 492). En dicho escrito SGAE alega las razones económicas que le habían llevado a conceder bonificaciones a los miembros de las asociaciones, indicando que reducían los impagos y mejoraban los tiempos de tramitación de la recaudación. Con fecha 23 de julio de 2010 tuvieron entrada las respuestas de los denunciantes (folios 493 a 529).
6. Con fecha de 27 de octubre de 2010 la DI requirió información a la Asociación Empresarial de Hostelería del Principado de Asturias (AEHPA) relativa a sus posibles convenios con la SGAE (folios 530 a 534). Con la misma fecha realizó un nuevo requerimiento de información a la SGAE (folios 535 a 539). El 17 de noviembre de 2010, tuvieron entrada las respuestas de SGAE (folios 549 a 557) y AEHPA (folios 558 a 562).
7. Con fecha 29 de noviembre de 2010, la Dirección de Investigación incoó este expediente sancionador contra la SGAE, por apreciar indicios racionales de la comisión de una infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), por la aplicación de tarifas abusivas, entre otras razones por ser discriminatorias, en relación a la autorización y la remuneración de la comunicación pública de obras musicales en bailes celebrados con motivo de bodas, bautizos y comuniones o en los que el acceso de los asistentes se realice a través de invitación personal. La DI, a solicitud de los mismos, declaró interesados en este expediente a dos de los denunciantes, Restaurante La Campana, S.A. y Complejo Hostalero San Cucao, S.L.
8. Con fecha 17 de junio de 2011, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), la DI formuló y notificó a las partes el Pliego de Concreción de Hechos (PCH) (folios 756 a 781) en el que imputa a la SGAE las siguientes conductas:



- *La fijación de condiciones distintas para prestaciones equivalentes en el mercado de la autorización de la comunicación pública de obras musicales en bailes celebrados con motivo de bodas, bautizos y comuniones o en los que el acceso de los asistentes se realice a través de invitación personal, colocando a unos usuarios en una condición desventajosa respecto a otros y generando la tarifas inequitativas frente a algunos usuarios.*
 - *La falta de transparencia en los criterios de fijación y aplicación efectiva de los descuentos y la aplicación de un régimen contractual con contratos indefinidos que puede generar discriminaciones entre los distintos usuarios.*
 - *La exigencia del cumplimiento conjunto de determinadas condiciones para la aplicación de descuentos.*
 - *La previsión de una tarifa sustitutoria que supone la imposición de unas condiciones abusivas y discriminatorias por llevar a cabo conductas similares.*
9. Con fecha 21 de junio de 2011 la DI solicitó a la SGAE información sobre el volumen de negocios, así como sobre la conflictividad en términos de juicios diferenciando los relacionados con miembros de asociaciones y del resto. Entre otros datos la DI solicitó la recaudación total obtenida en España por la totalidad de la gestión de derechos en el año 2010 y la recaudación total en España en relación con el derecho de comunicación pública de obras musicales en bailes celebrados con motivo de bodas, bautizos y comuniones en los que el acceso de los asistentes se realice a través de invitación personal para cada uno de los años comprendidos entre 1994 y 2010. La SGAE dio respuesta a este requerimiento el 5 de julio de 2011 (folio 843 a 847)
10. Las alegaciones al PCH de Complejo Hostelero San Cucao, S.L. y Restaurante La Campana, S.A tuvieron entrada en la CNC el 11 de julio de 2011. No solicitan pruebas. (folios 852 a 856)
11. El escrito de alegaciones al PCH de la SGAE tuvo entrada en la CNC el 14 de julio de 2011, (folios 884 a 900). En el mismo solicita la práctica de determinadas pruebas consistentes en la solicitud de información, a través de la red de autoridades de competencia de información a las sociedades gestoras de otros países, en particular a Francia y Alemania. La DI no consideró necesaria dicha prueba por cuanto la imputación es de discriminación e inequidad y no por tarifas excesivas.
12. El 28 de junio de 2011 tuvo entrada en la Dirección de investigación escrito de SGAE de 27 de junio, solicitando el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional (folios 833 a 840). En el mismo la SGAE esboza las líneas generales de los compromisos, que serían aplicables retroactivamente a partir del 1 de enero de 2011, a saber:



- *Introducir los principios de transparencia y publicidad en las condiciones que la SGAE aplicará a los usuarios de su repertorio en “Bailes-Bodas”, con independencia de que éstos sean miembros o no de una asociación que ha firmado un convenio con SGAE.*
 - *Los descuentos aplicables a los usuarios que no son miembros de una asociación tendrán por regla general el mismo alcance y contenido que los recogidos en los convenios firmados por SGAE con asociaciones. Estos descuentos serán objetivos y no discriminatorios y estarán vinculados a requisitos específicos, siendo la obtención de cada descuento independiente del resto.*
 - *La tarifa sustitutoria estará basada en los principios de objetividad, no discriminación y proporcionalidad.*
13. Por Acuerdo de 18 de julio de 2011 la Dirección de Investigación desestimó la solicitud de inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional, al considerar que no habría compromisos adecuados que pudieran resolver los efectos recaídos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y que garantizasen suficientemente el interés público (folios 881 a 883).
14. Con fecha 30 de septiembre de 2011, tuvo entrada en la CNC un escrito de SGAE (folios 909 a 914), comunicando que pese a la denegación de la terminación convencional propuesta, había decidido poner en práctica unilateralmente los compromisos que había notificado en su propuesta de terminación convencional. En el mismo escrito SGAE se compromete según consta en la descripción de la DI a lo siguiente:
- *A la mayor brevedad posible y en todo caso antes del 5 de noviembre de 2011, aprobar, presentar en el Ministerio de Cultura y publicar en la página web de la SGAE, unas nuevas tarifas generales que incluyan una nueva tarifa sustitutoria (aplicable a todos los usuarios sin excepción) e información sobre los descuentos que concederá la SGAE a todos los usuarios sin excepción. Estos descuentos pueden alcanzar hasta un total de 20%.*
 - *Antes del 31 de diciembre de 2011, a adoptar las medidas necesarias para adaptar los convenios con asociaciones de usuarios del sector a dichos descuentos así como a los principios expuestos en el documento presentado en Anexo al escrito de SGAE de 27 de junio de 2011;*
 - *También se compromete a poner en marcha, simultáneamente, todos los mecanismos para que todos los usuarios puedan acceder de forma efectiva a estos nuevos descuentos.*
15. En el citado escrito, SGAE afirma haber introducido mejoras adicionales a las medidas que, como posibles compromisos, había notificado en su escrito de propuesta de terminación convencional. Las mejoras consistirían en:



- Para poder beneficiarse del descuento de estar al corriente de pago bastaría con haber realizado puntualmente los pagos en los seis últimos meses y en que la tarifa sustitutoria sólo se aplicaría en caso de incumplimiento reiterado.
- El pago a realizar por cada evento se calcularía con arreglo a las cantidades por comensal previstas en la tarifa general aplicable (inferior a la tarifa sustitutoria pactada con CEHAT).
- La tarifa sustitutoria, aplicable a todos los usuarios por igual cuando incumplan tres o más veces en los últimos seis meses la obligación de presentar la declaración mensual anticipada, ya no se calcularía sobre la base de 30 eventos al mes (excepto para los usuarios que tengan como promedio mensual más de 30 eventos al mes), sino sobre la base de los eventos realizados en los últimos doce meses. Respecto al número de comensales se considerará el 75% del aforo del salón de mayor capacidad del establecimiento. Y una vez fijado el número de eventos y comensales se aplica la tarifa general con un incremento del 15%.
- Estas medidas se aplicarían con carácter retroactivo, desde el 1 de enero de 2011, y se mantendrán en vigor indefinidamente salvo que circunstancias sobrevenidas justifiquen su modificación, en cuyo caso se comunicaría a la CNC a los efectos oportunos.

En todo caso, la SGAE prevé la posibilidad de pactar con las asociaciones del sector unos descuentos con una estructura o un alcance distintos o por otros conceptos, “siempre y cuando dichos descuentos se apliquen a todos los usuarios y respeten los principios que figuraban en el documento presentado el 27 de junio de 2011 (e.g. que sean objetivos y no discriminatorios)”.

16. El 20 de octubre de 2011, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 33.1 del RD 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), la Dirección de Investigación acordó el cierre de la fase de instrucción, notificándolo a los interesados ese mismo día.
17. De acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, la DI notificó la Propuesta de Resolución el 26 de octubre de 2011 a RESTAURANTE LA CAMPANA, S.A. y a COMPLEJO HOSTELERO SAN CUCAO, S.L y el 27 de octubre de 2011 a SGAE (folios 927 a 980).
18. El RESTAURANTE LA CAMPANA, S.A. y el COMPLEJO HOSTELERO SAN CUCAO, S.L remitieron escrito conjunto de alegaciones a la Propuesta de Resolución el 15 de noviembre de 2011 (folios 996 a 1000). No solicitan la práctica de pruebas o actuaciones complementarias ante el Consejo de la CNC ni celebración de vista.
19. Con fecha 23 de noviembre de 2011 la SGAE remitió el escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución (folio 1001 a 1274). La SGAE



- solicita la práctica de determinadas pruebas o actuaciones complementarias ante el Consejo. No solicita la celebración de vista.
20. Con fecha de 28 de noviembre de 2011 la DI elevó al Consejo el Informe y Propuesta de resolución a que se refiere el artículo 50.5 de la LDC. En el mismo la DI propone al Consejo que se declare a la SGAE responsable de una infracción del *artículo 2 de la Ley 15/2007, así como del artículo 102 del TFUE, por:*
- *la fijación de condiciones distintas para prestaciones equivalentes en el mercado de la autorización de la comunicación pública de obras musicales en bailes celebrados con motivo de bodas, bautizos y comuniones o en los que el acceso de los asistentes se realice a través de invitación personal, dando lugar a tarifas inequitativas y colocando a unos usuarios en una condición desventajosa respecto a otros,*
 - *la falta de transparencia en los criterios de fijación y aplicación efectiva de los descuentos y la aplicación de un régimen contractual con contratos indefinidos que puede generar discriminaciones entre los distintos usuarios,*
 - *la exigencia del cumplimiento conjunto de determinadas condiciones independientes entre sí para la aplicación de descuentos, y*
 - *la previsión de una tarifa sustitutoria que supone la imposición de unas condiciones inequitativas y discriminatorias.*
21. Con fecha 16 de febrero de 2012 el Consejo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo de la UE, remitió a la Comisión Europea la propuesta de resolución, suspendiendo el plazo máximo para resolver, que fue reanudado con fecha 17 de marzo de 2012.
22. Por Acuerdo del Consejo de 31 de mayo de 2012 se solicitó a la SGAE que remitiera en el plazo de diez días información sobre la recaudación obtenida en el año 2011 en el mercado afectado y total, suspendiendo el plazo para resolver. Recibida la respuesta en el registro de la CNC el 15 de junio, por acuerdo de fecha 18 de junio de 2012 se alza la suspensión del plazo para resolver.
23. El Consejo deliberó y terminó de resolver este expediente en su reunión de 27 de junio de 2012.
24. Son interesadas en este expediente las siguientes empresas:
- Sociedad General de Autores y Editores (SGAE)
 - Restaurante la Campana, S.A. (LA CAMPANA).
 - Complejo Hostelero San Cucao, S.L. (SAN CUCAO)



HECHOS PROBADOS

Conforme al Pliego de Concreción de Hechos formulado por la DI durante la instrucción que se llevó a cabo, éste Consejo considera que los hechos probados relevantes para la Resolución de este expediente son los siguientes:

A) LAS PARTES

A continuación se realiza una breve descripción de la parte imputada y de las declaradas interesadas en el presente expediente sancionador:

La Denunciada: Sociedad General de Autores y Editores (SGAE)

1. La SGAE es una sociedad privada de ámbito nacional cuya principal función es la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. La SGAE fue constituida como asociación en su forma actual (asociación sin ánimo de lucro) el 18 de mayo de 1988, y fue autorizada como entidad de gestión colectiva por orden del Ministerio de Cultura de 1 de junio de 1988.

Tal y como se recoge en los estatutos de dicha entidad, hechos públicos en la página web de la misma, los socios de la SGAE deben pertenecer, al menos, a uno de los diez siguientes grupos profesionales: escritores (obras literarias); compositores (obras musicales, dramático-musicales, coreográficas y audiovisuales); letristas (de composiciones musicales); autores dramáticos; coreógrafos; mimos; directores-realizadores (de obras audiovisuales); argumentistas y guionistas (de obras audiovisuales); autores de obras no musicales creadas especialmente para producciones de "multimedia" y editores musicales (artículo 16º de los estatutos).

Entre los derechos de propiedad intelectual que gestiona se encuentran los siguientes (artículo 6º de los estatutos):

- a. Los derechos exclusivos de reproducción, distribución y comunicación pública de las obras literarias, musicales, teatrales, cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales ya sean obras originales o derivadas.
- b. El derecho exclusivo de transformación de tales obras con vistas a su utilización interactiva.
- c. Los derechos de remuneración reconocidos o que reconozcan legalmente a los autores de las aludidas obras.

En la gestión de los mencionados derechos, la sociedad gozará de la legitimación para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales.

En el cumplimiento de sus labores de gestión, SGAE emite licencias a los usuarios de su repertorio, recauda los derechos generados por su explotación



comercial y los reparte entre los autores y los editores musicales, descontados los costes derivados de esta gestión. Dispone de 13 sedes y cuenta con delegaciones propias en el extranjero.

Los Denunciantes.

2. Restaurante La Campana, S.A. (LA CAMPANA), gestiona un hotel-restaurante, situado en Pruvia-Llanera (Asturias), que presta servicios de restauración y de alojamiento hotelero. Asimismo, organiza bodas, banquetes y otros eventos en los que, si los clientes lo solicitan, se incluye la amenización musical.
3. Complejo Hostalero San Cucao, S.L. (SAN CUCAO), gestiona un restaurante situado en Llanera (Asturias), que presta servicios de restauración para bodas, banquetes y otros eventos en los que, si los clientes lo solicitan, se incluye la amenización musical.

B) MERCADO

En el Informe y Propuesta de Resolución (IPR) la DI hace la siguiente descripción del marco jurídico en el que se desarrollan las actividades investigadas y del mercado afectado por la conducta.

4. Marco Jurídico

Las conductas objeto del presente expediente están relacionadas con la gestión del derecho de comunicación pública de obras musicales en bailes celebrados con motivo de bodas, bautizos y comuniones o en los que el acceso de los asistentes se realice a través de invitación personal. Con el fin de delimitar correctamente el mercado, es necesario analizar previamente el marco jurídico.

El derecho de autor abarca el conjunto de normas y principios que regulan los derechos morales y patrimoniales que la ley concede a los autores por el solo hecho de la creación de una obra literaria, artística o científica.

Los derechos de autor en España están regulados a través del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el "Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia" (en adelante TRLPI).

De acuerdo con lo establecido en el TRLPI, los derechos de autor se pueden clasificar en dos grandes categorías:

- a. *Derechos morales: reconocen a los autores su condición como tales y el derecho a controlar la integridad de su obra.*
- b. *Derechos patrimoniales: aquellos por los cuales el titular recibe una remuneración. Dentro de los derechos patrimoniales, se puede distinguir entre los derechos de explotación, objeto del presente expediente, y los*



denominados “otros derechos”, que incluyen derechos como la remuneración equitativa por copia privada.

Los derechos de explotación engloban una serie de derechos por los que el titular recibe una remuneración, como los de reproducción, distribución y comunicación pública, entre otros.

El presente expediente está relacionado con derechos de comunicación pública, que el artículo 20 del TRLPI delimita señalando que:

“1. Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.

No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo”

Asimismo, el artículo 17 del TRLPI indica que corresponde al propio autor el ejercicio exclusivo de este derecho de comunicación pública.

Por lo tanto, los autores tendrán el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de su obra y el derecho a recibir la remuneración correspondiente, salvo en los casos previstos en la Ley.

En el presente expediente se analizan conductas relacionadas con derechos exclusivos de comunicación pública de obras musicales que han sido previamente fijadas en un soporte fonográfico.

En este ámbito, la ley reconoce una serie de derechos a los productores de fonogramas. No obstante, el derecho a autorizar la comunicación pública de la obra, así como la correspondiente remuneración, siguen perteneciendo en exclusiva al autor en los casos que se analizan en el presente expediente, puesto que según los artículos 20.2.i) y 116.1 del TRLPI sólo corresponde al productor el derecho exclusivo a autorizar la comunicación pública en caso de que se produzca una puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

El derecho de comunicación pública de obras musicales de autores y editores no es de gestión colectiva obligatoria, lo que significa que cada uno de sus titulares puede optar entre gestionar individualmente dicho derecho o que una entidad de gestión colectiva le represente y ejerza los derechos en su lugar. Si los usuarios optan por este segundo sistema, la SGAE tendría encomendada dicha función al ser la única entidad existente en el territorio nacional habilitada para representar a autores y editores de obras musicales.

Las entidades de gestión, además de ostentar una serie de derechos, están sometidas por mandato legal a determinadas obligaciones establecidas en el artículo 157 del TRLPI:



“1. Las entidades de gestión están obligadas:

- a) A contratar con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, en condiciones razonables y bajo remuneración.
- b) A establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa.
- c) A celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente.

2. En tanto las partes no lleguen a un acuerdo, la autorización correspondiente se entenderá concedida si el solicitante hace efectiva bajo reserva o consigna judicialmente la cantidad exigida por la entidad de gestión de acuerdo con las tarifas generales.

3. Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a la gestión de derechos relativos a las obras literarias, dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o de pantomima, ni respecto de la utilización singular de una o varias obras de cualquier clase que requiera la autorización individualizada de su titular.

4. Asimismo, 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 ejercitar el derecho de autorizar la distribución por cable.”

Aunque el TRLPI no haga referencia a esta posibilidad, es frecuente que las entidades de gestión firmen contratos individuales con las empresas que utilizan el repertorio administrado por la correspondiente entidad. En ocasiones, estos contratos son la trasposición individualizada del contrato general que la entidad de gestión firma con una asociación. Los contratos generales firmados por asociaciones como tales no despliegan sus efectos hasta que no son plasmados en contratos individuales vinculantes para el usuario del derecho.

Asimismo, no es infrecuente que las entidades de gestión pacten contratos individualizados con usuarios concretos sin que dichos contratos estén amparados en ningún contrato general con asociaciones representativas del sector.

Las tarifas generales previstas en el artículo 157.1.b) del TRLPI son en principio aplicables a falta de acuerdo particular. Por ello, frente a un impago por parte del usuario, las entidades de gestión pueden exigir coactivamente el pago de las mismas ante los tribunales de justicia. No obstante, hay que tener



en cuenta la nueva jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 18 de febrero de 2009, la de 7 de abril de 2009 y la más reciente de 15 de septiembre de 2010, que no considera que las tarifas generales sean de aplicación automática, sino que el propio órgano judicial se reserva la posibilidad de no aplicarlas en el cálculo de la indemnización en el caso que considere que no son equitativas.

En el caso de que el usuario haya firmado el correspondiente contrato, serán de aplicación las condiciones fijadas en el mismo.

5. Mercado de producto

Una vez visto el marco jurídico, se puede caracterizar el mercado de producto relevante afectado por las conductas que se analizan en el presente expediente.

Las mismas afectan a las autorizaciones y la correspondiente remuneración derivada del derecho de comunicación pública de obras musicales en bailes celebrados con motivo de bodas, bautizos y comuniones o en los que el acceso de los asistentes se realice a través de invitación personal.

Desde el punto de vista de la demanda, los demandantes de dichos derechos son los titulares de las salas donde se celebran bailes con los motivos mencionados. Cuando una sala de restauración y/o hostelería incluye música junto con la organización de una celebración, debe obtener una autorización del titular exclusivo del derecho que, en este caso, sería el autor de la obra musical (tal y como recoge el artículo 17 del TRLPI) y, en caso de que su gestión estuviese encomendada por dicho titular a la SGAE, la propia sociedad. Asimismo, junto con el derecho a autorizar la comunicación pública de su obra, el autor tiene derecho a obtener una remuneración.

Desde el punto de vista de la demanda, no existe, por tanto, ningún tipo de sustituibilidad dado que ningún otro derecho puede suplir éste, siendo necesaria la autorización para poder hacer uso del repertorio protegido.

Desde el punto de vista de la oferta, la SGAE es la única entidad que gestiona los derechos de los autores de obras musicales en el territorio español. Por lo tanto, se configura como el único operador en España que, por cuenta de los autores, realiza los actos necesarios para que las salas de restauración y/o hostelería puedan hacer efectivo ese derecho.

Por estos motivos, a los efectos del presente expediente, se considera que existe un mercado de producto relevante de autorizaciones y remuneración del derecho de comunicación pública de obras musicales en bailes celebrados con motivo de bodas, bautizos y comuniones o en los que el acceso de los asistentes se realice a través de invitación personal.



6. **Mercado geográfico**

SGAE opera en el mercado de autorizaciones y remuneración por el derecho de comunicación pública de obras musicales de los autores como única entidad de gestión autorizada en el territorio español, al igual que el resto de las entidades de gestión, tal y como se deriva del artículo 147.1 del TRLPI.

Por este motivo, a los efectos del presente expediente, el ámbito geográfico relevante del mercado de producto anteriormente definido se considera nacional.

C) **HECHOS ACREDITADOS**

Los hechos que se recogen a continuación son los que constan acreditados en el Informe Propuesta de Resolución (IPR) elevado por la DI al Consejo y aquellos contrastados por el Consejo en fase de resolución.

Tarifas generales

7. Las entidades de gestión están obligadas a establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio (artículo 157 del TRLPI).
8. Hasta el año 1993, las tarifas generales establecidas por la SGAE y comunicadas al Ministerio de Cultura por la autorización de la comunicación pública de obras musicales de su repertorio usadas en bailes celebrados con motivo de bodas, bautizos y comuniones o en los que el acceso de los asistentes se realice a través de invitación personal (en adelante bailes-bodas), se configuraban como un porcentaje sobre los ingresos del establecimiento por dichos eventos. Por tanto, los ingresos de la SGAE variaban en función del precio por comensal (incluido el precio por cubierto y consumiciones) (folio 160).
9. En el año 1994, SGAE modificó la estructura de las tarifas generales. A partir de ese momento las tarifas generales se fijaron como una cantidad a tanto alzado y no de forma porcentual, por lo que no dependían de los ingresos del establecimiento (y por tanto, del precio por comensal), sino del número total de comensales que asistiesen al evento. El esquema que se utiliza desde 1994 es el siguiente (folio 160):
 - Una cantidad a tanto alzado por evento, con independencia del número de comensales.
 - Una cantidad adicional por cada comensal por encima de 75.
10. Las cantidades a pagar en el año 1994 según contrato de Restaurante La Torre fueron las siguientes (folio 139):
 - Hasta 75 comensales 12.500 pesetas (75,13 euros)



- 50 pesetas (0,30 euros) por cada comensal que exceda de los 75.
11. Esta estructura tarifaria ha perdurado, con tarifas actualizadas año a año conforme al IPC, desde el año 1994 hasta la actualidad (folio 160).

	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Tarifa min. €	105,57	109,47	112,43	117,15	118,79	119,74
Tarifa por comensal adicional	0,4200	0,4400	0,4500	0,4689	0,4755	0,4793

12. En el año 2009, la SGAE introdujo una cláusula adicional en las tarifas generales aprobadas para ese año. Concretamente, en las tarifas remitidas al Ministerio de Cultura se incluyó la siguiente disposición: “la aplicación de esta tarifa conlleva la obligación del empresario de comunicar por medio escrito o correo electrónico a SGAE, la declaración mensual anticipada, aun cuando ésta fuere negativa, de los actos que habrán de celebrarse durante el mes siguiente, con expresión de la fecha de celebración de cada acto y del número de invitados o asistentes. Igualmente se obliga a comunicar a SGAE, y con 48 horas de antelación, cualquier variación que se produzca con posterioridad a la comunicación de la declaración mensual anticipada que hubiera realizado”. Junto con dicha cláusula se incluyó que “el incumplimiento de esta obligación facultará a SGAE para establecer, como tarifa sustitutoria, por cada mes, la cantidad de 2,13 euros (esta cantidad era la prevista en el año 2009) por el 75% del aforo total de los salones del establecimiento habitualmente habilitados o que eventualmente se habiliten para este fin, multiplicando el resultado por 30”. Por tanto, se introdujo en el esquema general de tarifa en dos partes, la obligación adicional de notificación previa de los eventos a celebrar en el mes siguiente, y el incumplimiento de esa nueva obligación llevaba aparejada la aplicación de la nueva tarifa denominada “tarifa sustitutoria” (folio 83).
13. Las tarifas generales de 2010 y 2011 incluyen estas mismas cláusulas actualizadas conforme al IPC (folio 161).
14. La SGAE declara que pese a existir la tarifa sustitutoria, nunca la ha aplicado y aporta documentos que prueban que en algunos casos donde los restaurantes no han realizado la declaración anticipada, no se ha aplicado la tarifa sustitutoria (folios 172 y 259 a 260).



Convenios sectoriales con asociaciones y federaciones regionales

15. La SGAE tenía, a fecha de 26 de abril de 2010, un total de 33 convenios en vigor a nivel nacional o regional con asociaciones y federaciones de empresarios del sector de la restauración en relación con las autorizaciones y remuneración por el derecho de comunicación pública de la categoría bailes-boda (folio 165).
16. El objeto de dichos convenios es, en todos los casos, establecer los principios y las bases que regirán la concesión de autorizaciones por parte de la SGAE a los miembros de dichas asociaciones. Sin embargo, en alguno de ellos se contempla exclusivamente la utilización del repertorio con motivo de su uso en bailes-bodas, mientras que en otros contratos también se incluyen otras categorías de uso del repertorio de SGAE, como por ejemplo el uso en habitaciones o en zonas comunes en el caso de los hoteles (folios 165 a 166).
17. Estos convenios no implican la concesión de una licencia a dicha asociación o a sus asociados, sino que cada uno de los asociados debe conseguir la autorización de la SGAE de manera individual, puesto que se trata de contratos generales firmados con asociaciones de usuarios representativas, que no desplegarán sus efectos hasta que algunas de sus cláusulas no sean invocadas en contratos individuales. Estos contratos individuales, denominados contrato-autorización, se suelen firmar de acuerdo con el modelo que aparece en los anexos de los distintos convenios. Asimismo, en dichos convenios se otorga una serie de bonificaciones a los firmantes si cumplen con determinadas condiciones (folio 166).
18. Respecto al sistema de bonificaciones de la SGAE, se pueden clasificar en dos grupos:
 - Las bonificaciones recogidas en los convenios con asociaciones y federaciones regionales (CD del folio 222 bis), que tienen como denominador común el ser bonificaciones en “bloque”, es decir, la bonificación está asociada al cumplimiento de una serie de condiciones y, por tanto, el incumplimiento de una sola de dichas condiciones lleva aparejado la pérdida de la bonificación en su totalidad. Existe constancia de 32 convenios de este tipo y en todos ellos se establece el mismo régimen de bonificaciones y en la misma cuantía (normalmente del 20% excepto en el caso del convenio con la Confederación Regional de Empresarios de Extremadura (CREEX), que expiró el 31 de diciembre de 2004, y donde se recogió temporalmente una bonificación del 15%).
 - Las bonificaciones recogidas en el convenio con la Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos (CEHAT) (folios 181 a 212 y CD del folio 222 bis). En este caso, el sistema se articula conforme



a una bonificación y varias deducciones, cada una de las cuales lleva aparejado el cumplimiento de determinadas condiciones.

19. Los 32 convenios firmados por la SGAE con las asociaciones y federaciones regionales (CD del folios 222 bis) se firmaron entre 2002 y 2007 y todos ellos tienen prácticamente la misma estructura. En la parte expositiva del contrato, las asociaciones indican a qué colectivos representan y en que ámbito territorial (generalmente se incluye el listado de los asociados en el momento de la firma del contrato en un anexo) y se comprometen a “comunicar trimestralmente a SGAE aquellos miembros que se den de baja o causen alta en la Asociación con posterioridad a la firma de este Convenio”.
20. En la ESTIPULACIÓN PRIMERA de dichos convenios se incluye el objeto de los mismos, que no sería otro que “el establecimiento de las bases sobre las que SGAE concederá autorizaciones no exclusivas para la comunicación pública de su repertorio a las empresas miembros de ASOCIACION que figuran en el ANEXO I, en las modalidades de bailes celebrados con motivo de bodas, banquetes y actos sociales de análoga naturaleza y con el alcance y condiciones que se establecen en el contrato-autorización, y en su anexo, que se adjuntan al presente convenio como ANEXO II”.
21. En la ESTIPULACIÓN SEGUNDA de los convenios se recoge su ámbito de aplicación y las condiciones que tienen que seguir los empresarios para poder beneficiarse de las condiciones recogidas en los mismos. Las citadas condiciones a cumplir por los empresarios son las siguientes:
 1. *“Pertener a la asociación, circunstancia que habrá de acreditarse mediante certificación expedida por la Asociación.*
 2. *Estar al corriente de pago de los derechos de autor anteriores a la fecha de entrada en vigor del presente Convenio.*
 3. *Suscribir el contrato-autorización y sus anexos que figuran como ANEXO II de este Convenio, atendiendo a la modalidad de utilización de las obras que se vaya a efectuar en su establecimiento.*
 4. *Domiciliar los pagos derivados de la remuneración fijada en el contrato-autorización en la cuenta corriente de una entidad bancaria o Caja de Ahorros.*
 5. *Cumplir con la declaración de actos establecida en la estipulación SEPTIMA del mencionado contrato-autorización”.*
22. En la cláusula tercera de los convenios se recogen las cantidades que tendrán que pagar a la SGAE las empresas en concepto de derechos de autor y como remuneración por las autorizaciones concedidas a través de la suscripción del correspondiente contrato. Según se recoge en la citada estipulación, dichas cantidades se calcularán “mediante la aplicación de las Tarifas Generales de SGAE, vigentes en cada momento”. Asimismo, las



tarifas generales vigentes en el momento de la firma del contrato quedan reflejadas en el denominado ANEXO III incorporado al Convenio. Se indica también que las tarifas generales “serán revisadas anualmente en el mes de enero, modificándose en la misma proporción en que haya variado el Índice General de Precios al Consumo (IPC), conjunto nacional, elaborado por el Instituto Nacional de Estadística o por el organismo que en el futuro ejerza sus funciones”.

- 23.** En la ESTIPULACIÓN CUARTA punto (1) de los convenios se recogen las bonificaciones, fijadas en referencia a las tarifas generales y sujetas al cumplimiento de las condiciones indicadas en la ESTIPULACIÓN SEGUNDA, que se han desarrollado anteriormente. Por tanto, todas las empresas que cumplan las cinco condiciones mencionadas “podrán beneficiarse de una bonificación del 20% sobre las tarifas generales de SGAE vigentes en cada momento”.
- 24.** En el punto (2) de la ESTIPULACIÓN CUARTA de los convenios también se establecen las causas de pérdida automática de la bonificación, que son las siguientes:
1. *“La baja del empresario en ASOCIACION.*
 2. *El incumplimiento de la obligación de pago a SGAE de la remuneración establecida en los contratos-autorización.*
 3. *La suspensión del pago de la remuneración mediante su domiciliación en un banco o caja de ahorros.*
 4. *El incumplimiento de la obligación de entregar la declaración mensual anticipada de los actos que hayan de celebrarse en el local, con expresión de todos los datos necesarios para el cálculo de los correspondientes derechos de SGAE, señalada en la estipulación segunda 5ª.*
 5. *La realización, sin autorización de SGAE, de alguna de las modalidades no previstas en el contrato-autorización que se acompaña como ANEXO II de este Convenio, o que hayan de efectuarse en forma y condiciones distintas a las que expresamente se mencionan en el citado contrato-autorización”.*
- 25.** La duración de los convenios se recoge en la ESTIPULACIÓN SEXTA: “Este Convenio entrará en vigor el día de la fecha, y estará vigente hasta el 31 de diciembre del año de su firma, pudiendo prorrogarse tácitamente por anualidades, salvo denuncia en contrario que habrá de efectuarse por escrito y con una antelación mínima de tres meses”.
- 26.** Asimismo, los convenios llevan incorporados por regla general dos anexos. En el ANEXO I se detallan todos los miembros que forman parte de la asociación, mientras que en el ANEXO II se incluye el denominado “modelo



de contrato-autorización para la utilización del repertorio musical en bailes celebrados con motivo de bodas, banquetes y actos sociales de análoga naturaleza”.

27. El modelo de contrato-autorización tiene que ser firmado por la empresa, dado que como se ha indicado anteriormente, la asociación no tiene capacidad para conseguir una licencia para sus asociados, sino que tienen que ser éstos los que firmen acuerdos individuales con la entidad de gestión. Estos contratos suponen la plasmación a nivel individual de las cláusulas recogidas en los contratos generales firmados con las asociaciones.
28. En la ESTIPULACIÓN PRIMERA de dicho contrato-autorización se detalla el objeto del mismo: “SGAE concede a EMPRESA, bajo las condiciones y dentro de los límites establecidos en este contrato, autorización no exclusiva para la comunicación pública sobre las obras musicales de su repertorio, para su utilización en los bailes que se efectúan con motivo de bodas, banquetes, bautizos, comuniones y actos sociales de análoga naturaleza”.
29. En la ESTIPULACIÓN QUINTA del contrato-autorización se recoge la forma de pago que sería las tarifas generales vigentes en ese momento, y que siguen la estructura mencionada de una cantidad a tanto alzado hasta 75 asistentes y una cantidad adicional por cada invitado que supere dicho número. Asimismo, en la ESTIPULACIÓN SEXTA, se recoge que: *“las tarifas generales indicadas en la estipulación QUINTA se revisarán anualmente en el mes de enero, con independencia de la fecha del contrato, modificándose en la misma proporción en que haya variado en el año anterior el Índice General de Precios al Consumo (IPC), conjunto nacional, elaborado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que en el futuro ejerza sus funciones”*.
30. Todos los convenios llevan en su ANEXO II, aparte del modelo de contrato-autorización, otro modelo que sirve para incorporar las bonificaciones pactadas en los convenios, y que por tanto, modificarían las tarifas fijadas en la ESTIPULACIÓN QUINTA del contrato-autorización.
31. La ESTIPULACIÓN SÉPTIMA del contrato-autorización hace referencia a la obligación, por parte de la empresa de realizar una declaración mensual anticipada de los actos que se van a celebrar, aun cuando fuere negativa. Asimismo, se indica en dicha estipulación que “la inexactitud en las declaraciones previstas en la presente estipulación, dará lugar a que SGAE practique la oportuna liquidación por diferencias, elevando su resultado al duplo, como pena por incumplimiento”.
32. Además, en la ESTIPULACIÓN OCTAVA del contrato-autorización se recogen las facultades de comprobación de la SGAE, quien tendrá “las más amplias facultades de comprobación e inspección sobre las operaciones de EMPRESA en tanto tengan relación con las obligaciones contraídas por ella



en este contrato”. Asimismo, se recoge que la “EMPRESA facilitará a los Delegados, Representantes o Inspectores de SGAE el libre acceso al local y podrán exigir de la misma cualesquiera documentos contables y facturas que permitan comprobar directa o indirectamente los datos considerados para el cálculo de la remuneración”.

- 33.** Por último, según su ESTIPULACIÓN NOVENA, los contratos-autorización tienen una duración indefinida. Asimismo, en la ESTIPULACIÓN NOVENA, apartado 2, se incluyen las causas de resolución de los contratos que serían las siguientes: “además de las legales, el incumplimiento por EMPRESA de la obligación de pago establecida en la ESTIPULACIÓN QUINTA. Bastará para que tenga lugar la resolución la notificación, por escrito y certificada, enviada al domicilio de EMPRESA”.
- 34.** Además, los contratos también se pueden rescindir por cualquiera de las partes, pero ello supone el cese en el uso de dicho repertorio: “Ambas partes podrán resolver el contrato comunicándolo por escrito a la otra parte con un preaviso de un mes. En caso de resolución por parte de EMPRESA, será requisito imprescindible el cese efectivo en la utilización del repertorio de SGAE. Si posteriormente de que la EMPRESA comunique la resolución, continúa haciendo uso del repertorio de SGAE, el contrato se considerará vigente a todos los efectos”. Además “Toda cantidad no satisfecha a su vencimiento devengará en favor de SGAE, y hasta la fecha de abono, el interés legal del dinero incrementado en dos puntos. Estos intereses serán de aplicación a las liquidaciones por diferencias practicadas por SGAE de conformidad con lo dispuesto en el número 3) de la ESTIPULACIÓN OCTAVA”.
- 35.** Como se ha indicado anteriormente, los convenios, aparte del modelo de contrato-autorización, también llevan incorporado un modelo con cláusulas adicionales. En dichos modelos se incluyen las bonificaciones pactadas por convenio, por tanto, en la cláusula primera punto uno del modelo de cláusulas adicionales se recoge que ambas partes “adicionan y modifican la ESTIPULACIÓN QUINTA del contrato-autorización suscrito entre ellos, de manera que el importe mensual de la remuneración fijada en dicha estipulación, así como la que resulte de las sucesivas revisiones de la tarifa general, será bonificada en un 20%”.
- 36.** Los empresarios individuales perderán (según la cláusula PRIMERA, dos del modelo de cláusulas adicionales) las bonificaciones si incurren en alguna de las causas que ya habían sido plasmadas en los convenios como necesarias para obtenerlas. Esto es, perderán las bonificaciones, si incurren en alguna de las causas previstas que han sido descritas anteriormente, entre las que se encuentra el dejar de presentar la declaración anticipada de actos o dejar de formar parte de la asociación.



37. Por tanto, en los convenios sectoriales se plasman una serie de condiciones necesarias para obtener una bonificación del 20% respecto a las tarifas generales. Dicho sistema de bonificaciones comienza a surtir efectos cuando se firman los contratos individuales con cada uno de los empresarios.

Convenio con la Confederación Española de hoteles y alojamientos turísticos (CEHAT).

38. El convenio con la confederación de asociaciones de hoteleros CEHAT fue firmado el 19 de diciembre de 2008 (folio 181 a 212 y CD del folio 222 bis). La CEHAT se crea en el año 2004 como resultado de la integración de la Agrupación Hotelera de las Zonas Turísticas de España (ZONTUR) y la Federación Española de Hostelería (FEH), dos de las asociaciones de empresas hoteleras más importantes de España.
39. El objeto del convenio recogido en la ESTIPULACIÓN PRIMERA del mismo es, al igual que sucedía con los convenios regionales, “el establecimiento de las bases sobre las que SGAE concederá autorizaciones no exclusivas, para la comunicación pública de su repertorio, a las empresas miembros de las Asociaciones integradas en CEHAT, en las modalidades y con el alcance y condiciones que se establecen en el contrato-autorización, y en sus anexos, que se adjuntan al presente convenio como ANEXO II” (folio 182).
40. Respecto a su ámbito de aplicación (ESTIPULACIÓN SEGUNDA) coincide con el de los convenios regionales (incluye una condición adicional, la quinta, para otros usos del repertorio) por lo que sólo podrán beneficiarse del mismo los que cumplan las siguientes condiciones (folios 182 a 183):
1. *“Pertener a una Asociación miembro de CEHAT, circunstancia que habrá de acreditarse mediante certificación expedida por éstas.*
 2. *Estar al corriente de pago de los derechos de autor anteriores a la fecha de entrada en vigor del presente convenio.*
 3. *Tener suscrito o suscribir el contrato-autorización y anexo de adhesión al presente Convenio o anexo de pactos/cláusulas modificativas que figuran como ANEXO II de este convenio, atendiendo a la modalidad de utilización de las obras que se vaya a efectuar en su establecimiento.*
 4. *Domiciliar los pagos derivados de la remuneración fijada en el contrato-autorización en la cuenta corriente de una entidad bancaria o caja de ahorros. La no domiciliación del pago llevará aparejada la aplicación automática de las Tarifas Generales.*
 5. *Notificar cualquier cambio que afecte a los componentes de la tarifa o a las modalidades de amenización incorporadas con posterioridad a la firma del contrato-autorización.*



6. Cumplir con las declaraciones de actos establecidas en la estipulación SEXTA del mencionado contrato-autorización”.

41. El objeto del convenio (ESTIPULACIÓN SEGUNDA DOS) incluye la modalidad de bailes-bodas y otras diversas, tales como la utilización de las obras de la SGAE con carácter secundario e incidental, que según definición de la propia SGAE, es un uso del repertorio que de cesar, no altera la naturaleza del establecimiento ni de su actividad (folio 183).
42. Respecto a las tarifas a pagar (ESTIPULACIÓN TERCERA del convenio) son, como en el resto de convenios, las tarifas generales que entrarían en vigor en 2009 y que serían actualizadas conforme al IPC (folio 184). No obstante, la principal novedad del convenio con CEHAT es la aplicación de un nuevo sistema de bonificaciones y deducciones, recogido en la ESTIPULACIÓN TERCERA DOS y TRES (folios 184 a 185).
43. En la ESTIPULACIÓN TERCERA, dos, “bonificación”, se expone que “Las empresas que reúnan los requisitos mencionados en la ESTIPULACIÓN SEGUNDA, y que hayan suscrito los correspondientes contratos-autorización, se beneficiarán de una bonificación del 5% sobre las Tarifas Generales de SGAE”. Por tanto, el cumplimiento de las 6 condiciones recogidas en la ESTIPULACIÓN SEGUNDA permite a las empresas beneficiarse de un 5% de bonificación.
44. Además en la ESTIPULACIÓN TERCERA se incluyen las causas de pérdida de dicha bonificación que serán el incumplimiento de cualquiera de las condiciones necesarias para obtener la bonificación, detalladas en la ESTIPULACIÓN SEGUNDA, añadiendo además que a las empresas que incumplan las condiciones necesarias para una bonificación, “les serán de aplicación de manera automática las Tarifas Generales de SGAE, que constan como ANEXO III, y desde el momento en que se produjo la causa que motivó la pérdida de los beneficios”.
45. En la ESTIPULACIÓN TERCERA, tres, se recoge lo que se denominan “deducciones”, que son descuentos sobre las tarifas generales y que, para la categoría de bailes-boda, son las siguientes:

“Por domiciliación: a las empresas que, dando cumplimiento a las condiciones pactadas en la ESTIPULACIÓN SEGUNDA de este Convenio, domicilien los pagos derivados de la remuneración fijada en el contrato-autorización en la cuenta corriente de una Entidad Bancaria o Caja de Ahorros, les será de aplicación, durante la vigencia del mismo, una deducción aplicada sobre las Tarifas Generales de SGAE señaladas en el ANEXO III de un 5%. Esta deducción quedará suspendida de forma automática en el supuesto de impago de cualquier recibo. Una vez suspendida esta deducción podrá recuperarla siempre y cuando sean



atendidos, sin este 5%, los recibos impagados, y el recibo correspondiente al siguiente trimestre del último recibo impagado”.

Para los bailes-bodas se recoge una segunda deducción:

“Por entrega de las declaraciones de bailes en bodas, bailes y espectáculos de variedades (animación), video bajo demanda Igualmente, las empresas que cumpliendo en forma y plazo con todas y cada una de las declaraciones de actos establecidas en la ESTIPULACIÓN SEXTA del contrato-autorización, llevadas a cabo en el establecimiento hotelero, se beneficiarán, durante la vigencia del presente Convenio, de una deducción del 5% aplicada sobre las Tarifas Generales de SGAE señaladas en el ANEXO II para estas explotaciones del repertorio. El incumplimiento en cualquiera de ellas dará origen a la pérdida de esta deducción”.

46. Asimismo, se incluye una tercera deducción por el pago anticipado de cantidades que no sería aplicable a los bailes-boda tal y como aclara la SGAE, en su respuesta de 17 de noviembre de 2010 (folio 557), en la que indica que “En el ámbito del convenio CEHAT, en las tarifas correspondientes a “Bailes bodas” no se aplica la bonificación correspondiente a pago anticipado. En consecuencia, los usuarios puede obtener como máximo una bonificación del 15%”.
47. Por último, como en los otros convenios con asociaciones y federaciones regionales, se incluye un modelo del contrato-autorización de bailes-bodas (folios 194 a 196) y el modelo de pactos modificativos y adicionales al contrato suscrito entre SGAE y la empresa individual (folio 202 a 203). Estos dos documentos son equivalentes a los incluidos en los convenios con las asociaciones y federaciones regionales, puesto que en el contrato-autorización se recogen a nivel individual las condiciones de contratación con la SGAE previamente fijadas en el convenio (cuya remuneración queda fijada según las tarifas generales) y en el pacto modificativo se recogen las condiciones necesarias para obtener una bonificación y las causas de pérdida de la misma, fijadas también previamente en el convenio respectivo.
48. El 27 de julio de 2009 CEHAT y SGAE acordaron modificar la referencia a las tarifas generales recogida en el convenio firmado el año anterior (folio 319). Concretamente, los posibles beneficiarios del convenio, en lugar de estar sujetos a la “tarifa sustitutoria” recogida en las tarifas generales, estarían sujetos a una “tarifa sustitutoria” específica para la CEHAT y referida a la categoría de los hoteles. La tarifa se estructuró conforme a la categoría de los hoteles, de la siguiente forma:
 - *“Hostales de dos estrellas: 275 euros*
 - *Hostales de tres estrellas: 327 euros*
 - *Hoteles apartamentos: 347 euros*
 - *Hoteles de una estrella: 802 euros*



- *Hoteles de dos estrellas: 835 euros*
- *Hoteles de tres, cuatro y cinco estrellas: 2172 euros”.*

Convenios individuales entre la SGAE y los denunciantes

49. SAN CUCAO no ha firmado ningún acuerdo del tipo contrato-autorización ni ningún convenio con la SGAE para la comunicación pública del repertorio administrado por la entidad de gestión en relación con los derechos de comunicación pública de bailes-bodas. Indica que en los años 2008, 2009 y 2010 no han pagado cantidad alguna a la SGAE debido a la existencia de un conflicto entre el restaurante y la entidad de gestión. SAN CUCAO pertenece a la “Asociación empresarial de hostelería del Principado de Asturias” (en adelante AEHPA) que parece tiene convenio con la SGAE pero no para bailes -bodas (folios 144 y 145).
50. Por su parte LA CAMPANA, firmó el 8 de noviembre de 1995 un contrato individual con la SGAE “para la utilización del repertorio musical en bailes celebrados con motivo de bodas, banquetes y actos sociales de análoga naturaleza” (folios 156 a 157).
51. En la ESTIPULACIÓN PRIMERA de dicho contrato denominada “Objeto” se reflejaba que: “La SGAE, concede a EMPRESA, bajo las condiciones y dentro de los límites establecidos en este contrato, el derecho no exclusivo de comunicación pública sobre las obras musicales de su repertorio, para su utilización en los bailes que se efectúan con motivos de bodas, bautizos y comuniones y actos sociales de naturaleza análoga” (folio 156).
52. En la ESTIPULACIÓN QUINTA bajo el título “Remuneración. Forma de pago”, quedaba fijada la siguiente condición en el punto uno (folio 157): “Como remuneración por la autorización concedida, EMPRESA satisfará a la SGAE, por cada baile celebrado, la cantidad que resulte de la aplicación de las siguientes tarifas:
 - i. Hasta 75 asistentes o invitados a la celebración 13.038 pesetas.
 - ii. Esta cantidad se incrementará en 52 pesetas por cada asistente o invitado que exceda de los setenta y cinco”.
53. Dicha remuneración era equivalente a la tarifa general de ese año 1995, pues tal y como se ha reflejado anteriormente, las tarifas generales en relación al derecho objeto del presente expediente estaban estructuradas, desde el año 1994, como una cantidad fija a tanto alzado y una cantidad adicional por comensal que se actualizaría conforme al IPC.
54. En la ESTIPULACIÓN SEXTA, “Revisión de tarifas” queda reflejado que “Las tarifas generales indicadas en la ESTIPULACIÓN QUINTA se revisarán anualmente en el mes de enero, con independencia de la fecha del contrato, modificándose en la misma proporción en que haya variado el año anterior el Índice General de Precios al Consumo (I.P.C) [...]”.



55. En la ESTIPULACIÓN SÉPTIMA del contrato, “Declaración de actos” se recogía que: “EMPRESA entregará en el domicilio de la SGAE o en el de sus Delegados o Representantes, declaración mensual anticipada de los actos que habrán de celebrarse durante el mes siguiente, con expresión de la fecha de celebración de cada acto y el número de invitados o asistentes.

EMPRESA se obliga a la presentación mensual de esta declaración anticipada, aun cuando esta sea negativa.

EMPRESA comunicará a la SGAE, por escrito y con 48 horas de antelación, cualquier variación que se produzca con posterioridad a la presentación de la declaración mensual anticipada.

La inexactitud en las declaraciones previstas en la presente estipulación, dará lugar a que la SGAE practique la oportuna declaración por diferencias, elevando su resultado al duplo, como pena por incumplimiento”.

56. En la ESTIPULACIÓN OCTAVA del contrato se refleja la “Facultad de comprobación” por parte de la SGAE:

“La SGAE tendrá las más amplias facultades de comprobación e inspección sobre las operaciones de EMPRESA en tanto tengan relación con las obligaciones contraídas por ella en este contrato.

Consecuentemente, EMPRESA facilitará a los Delegados, Representantes o Inspectores de la SGAE el libre acceso al local y podrán exigir de la misma cualesquiera documentos contables y facturas que permitan comprobar directa o indirectamente los datos considerados para el cálculo de la remuneración [...]”.

57. Por último, en la ESTIPULACIÓN NOVENA, “Duración y Resolución del Contrato” se indica que “El contrato entrará en vigor el día de la fecha y será de duración indefinida”. En el apartado segundo se incluyen las causas de resolución del contrato que serán “además de las legales, el incumplimiento por EMPRESA de la obligación de pago establecida en la ESTIPULACIÓN QUINTA. Bastará para que tenga lugar la resolución la notificación, por escrito y certificada, enviada al domicilio de EMPRESA”. Además, según el apartado tercero “Ambas partes podrán resolver el contrato comunicándolo por escrito a la otra parte con un preaviso de un mes. En caso de resolución por parte de EMPRESA, será requisito imprescindible el cese efectivo en la utilización del repertorio de la SGAE. Si posteriormente de que la EMPRESA comunique la resolución, continúa haciendo uso del repertorio de la SGAE, el contrato se considerará vigente a todos los efectos”. Por último: “Toda cantidad no satisfecha a su vencimiento devengará en favor de la SGAE, anualmente, el interés legal del dinero incrementado en dos puntos. Estos intereses serán de aplicación a las liquidaciones por diferencias practicadas por la SGAE de conformidad con lo dispuesto en el número 3) de la ESTIPULACIÓN OCTAVA”.



58. El mismo día de la firma del contrato, el 8 noviembre de 1995, LA CAMPANA y la SGAE llegaron a un acuerdo para sustituir la tarifa fijada en dicho contrato por un número fijo de eventos al mes. A través de una carta, el restaurante solicitó a la SGAE que se le relevase de presentar las declaraciones anticipadas, indicando que, a partir del 1 de enero de 1996, preveía celebrar una media de 7 eventos al mes de 125 comensales cada uno (folio 153 y 506). Dicho acuerdo permaneció vigente hasta diciembre de 2007.
59. El 11 de diciembre de 2007 LA CAMPANA solicitó a la SGAE la rescisión del contrato firmado a partir del 10 de enero de 2008, indicando que iba a dejar de hacer uso del repertorio de la entidad de gestión. No obstante, la SGAE consideró que el repertorio continuaba utilizándose, motivo por el cual interpuso una demanda judicial cuya sentencia del 21 de octubre de 2009, indica que el contrato seguía vigente al continuar usándose el repertorio y condenando al restaurante al pago de los derechos devengados (folios 509 a 520). Dicha sentencia fue ratificada en apelación, aunque minorando la cantidad a pagar por el restaurante (folios 521 a 529).
60. Como consecuencia de dicha sentencia, el 17 de mayo de 2010, el restaurante LA CAMPANA volvió a solicitar que se le facturase conforme a un número fijo de eventos, concretamente 7 eventos de 125 comensales igual que en el año 1995, y que se liquidasen las cantidades que correspondiese, de manera retroactiva desde el 1 de noviembre de 2008 (folio 508).
61. La SGAE no ha aplicado al restaurante LA CAMPANA ningún tipo de bonificación en relación con las tarifas generales fijadas para este tipo de eventos (folio 504).
62. LA CAMPANA pertenece igualmente a la AEHPA y, al tener también instalaciones hoteleras, está asociado a la “Unión hotelera del Principado de Asturias”, que a su vez forma parte de la CEHAT (folio 152). No obstante, el restaurante se rige por el contrato firmado el 17 de mayo de 2010, sin que se le haya aplicado el convenio CEHAT.
63. La AEHPA firmó con fecha 15 de diciembre de 2006 un acuerdo con la SGAE, en relación con las autorizaciones no exclusivas para el derecho de comunicación pública de su repertorio para amenizaciones de carácter secundario en relación con todos los sectores que engloba la asociación (hoteles, bares, restaurantes, cafeterías, discotecas) (folios 678 a 755).
64. No obstante, para la categoría de derechos “bailes-bodas”, la AEHPA no ha firmado ni tiene actualmente ningún acuerdo con la SGAE, según su respuesta al requerimiento de información de 22 de noviembre de 2010, por no estar de acuerdo con la estructura de tarifas generales fijada por la SGAE para este tipo de eventos (folios 559 a 561).



Modificación unilateral de las tarifas generales de SGAE

- 65.** Con fecha 30 de septiembre de 2011, tuvo entrada en la CNC un escrito de SGAE (folios 909 a 914), en el que comunica que pese a la denegación de la terminación convencional propuesta, había decidido poner en práctica unilateralmente los compromisos que había notificado en su propuesta de terminación convencional. En el escrito se compromete a:
- A la mayor brevedad posible y en todo caso antes del 5 de noviembre de 2011, aprobar, presentar en el Ministerio de Cultura y publicar en la página web de la SGAE, unas nuevas tarifas generales que incluyan una nueva tarifa sustitutoria (aplicable a todos los usuarios sin excepción) e información sobre los descuentos que concederá la SGAE a todos los usuarios sin excepción. Estos descuentos pueden alcanzar hasta un total de 20%.
 - Antes del 31 de diciembre de 2011, a adoptar las medidas necesarias para adaptar los convenios con asociaciones de usuarios del sector a dichos descuentos así como a los principios expuestos en el documento presentado en Anexo al escrito de SGAE de 27 de junio de 2011.
 - También se compromete a poner en marcha, simultáneamente, todos los mecanismos para que todos los usuarios puedan acceder de forma efectiva a estos nuevos descuentos.
- 66.** En el mencionado escrito, SGAE afirma haber procedido a adoptar ciertas mejoras respecto a las medidas notificadas en su escrito de propuesta de terminación convencional. Dichas mejoras consistirían en que para poder beneficiarse del descuento de estar al corriente de pago bastaría con cumplir con haber realizado puntualmente los pagos en los seis últimos meses y en que la tarifa sustitutoria sólo se aplicaría en caso de incumplimiento reiterado.
- 67.** El pago a realizar por cada evento se calcularía con arreglo a las cantidades por comensal previstas en la tarifa general aplicable (inferior a la tarifa sustitutoria pactada con CEHAT). La tarifa sustitutoria ya no se calcularía sobre la base de 30 eventos al mes (excepto para los usuarios que celebren más de 30 eventos al mes), sino sobre la base de los eventos realizados en los últimos doce meses. No obstante, para que mantenga su carácter disuasorio, SGAE eleva en un 15% el resultado de aplicar la tarifa general.
- 68.** Estas medidas se podrían en vigor con carácter retroactivo a partir del 1 de enero de 2011.
- 69.** La DI, que no ha analizado dicho sistema ni ha contrastado si el mismo ha sido aplicado en la forma y fecha comunicada por SGAE en su escrito, contempla la posibilidad de que lo hubiera aplicado al definir la duración de la infracción en su propuesta al Consejo. Por tanto el Consejo, atendiendo a dicha referencia y a las alegaciones de SGAE al IPR ha comprobado las modificaciones introducidas en la página web de la SGAE.



70. El Consejo ha comprobado que la web de la SGAE recoge, en el apartado Bailes/bodas y, a continuación de la tarifa general, una nueva definición de la tarifa sustitutoria según la cual el incumplimiento, por tres o más veces en los últimos seis meses, de la obligación de presentar la declaración mensual anticipada faculta a la SGAE a liquidar la tarifa general vigente incrementada en un 15%, y sobre un número de eventos igual al número de actos más elevado notificado en los últimos 12 meses o bien sobre un acto al día, y para un número de comensales igual al 75% de aforo del salón de mayor capacidad del establecimiento.
71. Asimismo incluye un apartado de bonificaciones y deducciones en el cual anuncia que si el usuario pertenece a una asociación puede *“obtener importantes bonificaciones y deducciones aplicables sobre las Tarifas Generales”* y remite a la información sobre las asociaciones firmantes del convenio que consta en la web.

Y para los no miembros de una asociación describe la posibilidad de beneficiarse de una serie de deducciones sobre la tarifa general, a saber: 5% por domiciliación bancaria de los pagos; 5% por presentación y liquidación puntual de las declaraciones, y finalmente, la posibilidad de un total de un 5% por pago anticipado anual o bien un 2, 5% si el pago anticipado es semestral. Explica las condiciones para acceder a dichos descuentos así como las causas que llevarán a la pérdida de los mismos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y Normativa de Aplicación

El objeto de la presente Resolución es determinar, sobre la base de la propuesta de la DI, si SGAE ha infringido los artículos 2 de la LDC y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en el ámbito, en que se ha desarrollado la instrucción de este expediente.

La DI ha centrado su instrucción en el comportamiento de la SGAE en el mercado de *autorizaciones y remuneración del derecho de comunicación pública de obras musicales en bailes celebrados con motivo de bodas, bautizos y comuniones o en los que el acceso de los asistentes se realice a través de invitación personal*. Y finalmente imputa a SGAE por su forma de negociación y contratación con los distintos usuarios, no transparente y discriminatoria, aplicando condiciones distintas para prestaciones equivalentes, lo que coloca a unos usuarios en condición desventajosa frente a otros, y por la introducción, a partir del año 2009 de una tarifa sustitutoria que supone la imposición de unas condiciones inequitativas y discriminatorias.

Este expediente, incoado el 29 de noviembre de 2010, se ha tramitado conforme a las normas procesales de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, pues así resulta, *“sensu contrario”*, de lo establecido en la



Disposición Transitoria Primera del citado texto legal, en el que se señala que, “*Los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio*”.

De acuerdo con la imputación de la DI la conducta infractora de SGAE se habría iniciado en el año 2002 y habría permanecido hasta la actualidad, por tanto habría tenido lugar bajo la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y bajo la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007. Ambas normas prohíben en sus artículos 6 y 2 respectivamente, la misma conducta, “*(...) la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional*”. Por tanto desde el punto de vista del derecho sustantivo y a los efectos de la calificación jurídica de los hechos declarados probados, la aplicación de una u otra Ley de Defensa de la Competencia carece de trascendencia. En todo caso, en supuestos similares en los que la conducta tiene lugar en un periodo de vigencia de ambas normas, el Consejo, de acuerdo con el art. 128 de la Ley 30/1992, ya ha manifestado y resuelto de forma reiterada que es necesario optar por una de la dos normas, eligiendo aquella que resulte más beneficiosa para la empresa imputada, conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable para el infractor en el caso en concreto. Teniendo en cuenta el sistema de graduación de las infracciones, inexistente en la legislación anterior, el establecimiento de topes máximos al importe de algunas sanciones de cuantía inferior al general previsto por el artículo 10 de la Ley 16/1989, y la reducción de los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas, el Consejo considera que en este caso el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007, es globalmente, más favorable, siendo por tanto ésta la norma de aplicación.

Por otra parte, el artículo 3 del Reglamento CE 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de los actuales artículos 101 y 102 del TFUE, dispone que las Autoridades Nacionales de Competencia cuando juzguen una conducta que pueda afectar a los intercambios entre los Estados miembros, están obligados a aplicar también la correspondiente norma comunitaria, en este caso el artículo 102 del TFUE (antiguo artículo 82 de TCE).

Es necesario analizar, por tanto, si se da la anterior premisa de posibilidad de afectación de los intercambios comunitarios para lo cual nos apoyaremos en las Directrices de la Comisión relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), que establece tres elementos a tener en cuenta : a) el concepto de “*comercio entre los Estados miembros*”; b) la noción de “*pueda afectar*” y c) el concepto de “*apreciabilidad*”.

Como dice la DI en su Propuesta de Resolución, las conductas investigadas de la SGAE son susceptibles de afectar al comercio intracomunitario porque el artículo



163 del TRLPI otorga a los ciudadanos de otros países la misma protección que a los españoles, y así la SGAE, puede y así lo hace, representar a ciudadanos de otros países miembros, fundamentalmente a través de contratos de representación recíproca establecidos con más de 150 sociedades extranjeras, por lo que entrega a las entidades de gestión comunitarias el porcentaje que recauda por los autores extranjeros asociados a las mismas. Recordar a estos efectos que la SGAE es una de las sociedades de gestión sancionadas por la Comisión Europea por haber llevado a cabo entre ellas determinados acuerdos de representación recíproca que incluían limitaciones a la afiliación de sus miembros en una sociedad de otro estado miembro y coordinaban las delimitaciones territoriales limitando la licencia al territorio de cada entidad de gestión (Decisión de la Comisión de 16 de julio de 2008, C (2008) 3445 final, CISAC).

En todo caso, el Consejo ha reiterado en distintas Resoluciones relativas a las sociedades de gestión colectiva de derechos la aplicación de la normativa comunitaria por cuanto, como se recoge en la Resolución de 9 de diciembre de 2008, (expte. 636/07, Fonogramas, confirmada por Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de marzo de 2010), relativa al derecho a una remuneración de productores y artistas por la comunicación pública de fonogramas, *"el TJCE ha establecido de forma reiterada y constante que el territorio de un Estado miembro es una parte sustancial del mercado común (entre otras, STJCE de 9 de noviembre de 1983, Michelin). En consecuencia cuando una conducta afecta, aunque sea potencialmente a la totalidad del territorio español (que constituye una parte sustancial del mercado común), el artículo 82 TCE será plenamente aplicable, y así resulta por lo demás de la propia praxis del TDC (Resolución de 27 de julio de 2000, Expte 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual)"*.

El Consejo coincide con el análisis de la DI en que las conductas de SGAE, que afectan a todo el territorio español y a productores audiovisuales comunitarios así como a empresarios comunitarios asentados en España, tienen aptitud para afectar de manera apreciable a los intercambios comunitarios y en consecuencia, de acuerdo con el Reglamento 1/2003, es de obligada aplicación el artículo 102 del TFUE en este expediente.

SEGUNDO.- Conductas infractoras imputadas por la DI a la SGAE

La DI imputa a SGAE una infracción de la LDC consistente en un abuso de la posición de dominio que detenta en el mercado *"de autorizaciones y remuneración del derecho de comunicación pública de obras musicales en bailes celebrados con motivo de bodas, bautizos y comuniones o en los que el acceso de los asistentes se realice a través de invitación personal"* (bailes/bodas). Las conductas llevadas a cabo por SGAE en el citado mercado que la DI considera abusivas y por tanto prohibidas por el artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE serían las siguientes:



- la fijación de condiciones distintas para prestaciones equivalentes, dando lugar a tarifas inequitativas y colocando a unos usuarios en una condición desventajosa respecto a otros,
- la falta de transparencia en los criterios de fijación y aplicación efectiva de los descuentos y la aplicación de un régimen contractual con contratos indefinidos que puede generar discriminaciones entre los distintos usuarios,
- la exigencia del cumplimiento conjunto de determinadas condiciones independientes entre sí para la aplicación de descuentos, y
- la previsión de una tarifa sustitutoria que supone la imposición de una condiciones inequitativas y discriminatorias.

Para la DI las conductas se habrían iniciado en el año 2002, fecha del primer Convenio Sectorial de SGAE con una Asociación empresarial, hasta la actualidad. En el caso de la tarifa sustitutoria se introdujo en la tarifa general en el año 2009 (Hecho Probado –HP-12).

La DI define en primer lugar la posición de la SGAE en el mercado de referencia y concluye que tiene una posición de monopolio en la gestión colectiva de los derechos de los autores de obras musicales, puesto que es la única entidad de gestión habilitada en España para autorizar la comunicación pública de las citadas musicales.

A diferencia de otros derechos protegidos por la LPI, este derecho no es de gestión colectiva obligatoria, sino voluntaria, por lo que los autores deben cedérselo expresamente a la SGAE, pero a efectos prácticos, un porcentaje muy elevado de los autores han hecho cesión del mismo a la SGAE, única entidad de gestión autorizada para hacer efectivos los derechos, y por tanto con una independencia significativa a la hora de fijar y aplicar efectivamente las tarifas de este derecho de comunicación pública, en concreto en el mercado relevante que nos ocupa que es el de *autorizaciones y remuneración del derecho de comunicación pública de obras musicales en bailes celebrados con motivo de bodas, bautizos y comuniones o en los que el acceso de los asistentes se realice a través de invitación personal.*

Constatada la posición de dominio de la SGAE en el mercado definido, la DI en el PCH y en el IPR, al dar respuesta a las alegaciones, apoya su imputación de abuso en los siguientes elementos de la conducta que constan acreditados en los hechos probados anteriormente descritos:

1 Diferencia de trato entre usuarios.

De los acuerdos del tipo contrato-autorización firmados por SGAE con las salas de restauración y de los convenios firmados con las asociaciones y federaciones de hostelería y hoteles, deduce la DI que la SGAE habría podido incurrir en la aplicación de tarifas inequitativas, al discriminar entre los empresarios de restauración, estableciendo condiciones económicas desiguales para prestaciones equivalentes, relativas al derecho de comunicación pública de obras musicales en



bailes celebrados con motivo de bodas, bautizos y comuniones o en los que el acceso de los asistentes se realice a través de invitación personal, infringiendo así el artículo 2 de la LDC, que en su párrafo 2º, letras a) y d) que indican respectivamente que una posible conducta abusiva puede consistir en “la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos” y en “la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros”.

Para la DI la SGAE mantiene tres tipos o formas de aplicar bonificaciones sobre la tarifa general publicada: a) los descuentos a usuarios que forman parte de una asociación firmante de un convenio sectorial que por el cumplimiento de determinados requisitos (HP 15 y ss.) pueden tener una bonificación del 20%; b) las bonificaciones acordadas con la CEHAT (HP 38 y ss.) que por cumplir iguales condiciones pueden llegar a tener un descuento del 15%, y c) los establecimientos que no están asociados a ninguna de las entidades, ya sean asociaciones o federaciones, que tenga firmado un convenio con la SGAE, no pueden beneficiarse a priori de ninguna bonificación. Por tanto los empresarios individuales, que libremente hayan optado por no pertenecer a una organización sectorial y que cumplan escrupulosamente las mismas condiciones que una sala de restauración asociada, están en una posición de desigualdad y desventaja frente a los asociados.

Y estas discriminaciones son, a juicio de la DI, aptas para distorsionar la competencia en el mercado de prestación de servicios de restauración en establecimientos dedicados a la organización de “bailes-bodas”, en la medida en que unos empresarios se ven obligados a pagar por la utilización de obras musicales unas tarifas mucho menos ventajosas que otros, lo que encarece la prestación del servicio principal. Y por tanto para la DI la forma en que se aplican los descuentos hace que las tarifas finales de SGAE resulten inequitativas puesto que si las tarifas deben tener una relación con el valor de la prestación que se pretende remunerar, es difícilmente comprensible que en unos casos se considere equitativo obtener una tarifas más elevadas que en otros por cumplir exactamente las mismas condiciones.

Y dice la DI que el mero hecho de ser miembro de una asociación, que es el elemento determinante para tener derecho a bonificaciones, no es por si misma una condición objetiva susceptible de justificar una reducción del precio, si no existe una reducción de costes acreditada y suficiente, y no parece ser el caso en este expediente, puesto que cada una de las salas tiene que adherirse individualmente al convenio sectorial (que tiene la naturaleza ya mencionada de contrato general) y la asociación llevaría a cabo una mera labor de información, que podría conseguirse fácilmente a través de la entidad de gestión, sin que mediase una asociación sectorial, si aplicase un régimen de descuentos más transparente.



Considera la DI por tanto que estas prácticas están favorecidas por la acreditada falta de transparencia de la SGAE en la información sobre bonificaciones y descuentos, que facilita a los usuarios que realizan actividades similares y utilizan el mismo repertorio. Esta falta de información merma su capacidad de negociación y coloca a unos empresarios en una situación desventajosa respecto a otros. Y la práctica discriminatoria, viene acentuada para la DI por el régimen contractual utilizado por la SGAE, con contratos de duración indefinida, renovables, y cuya resolución por los usuarios implica el cese efectivo en la utilización del repertorio de SGAE, mientras que la utilización del repertorio hace que el contrato continúe vigente en su términos, sin que las empresas tengan oportunidad de modificar sus condiciones para incorporar posteriores bonificaciones.

Por otra parte, y en relación con los descuentos previstos en los convenios con las asociaciones sectoriales, la DI considera inequitativo y desproporcionado que se exija el cumplimiento conjunto de determinados requisitos para otorgar descuentos sobre la tarifa general, como las declaraciones anticipadas o las domiciliaciones bancarias, cuando cada uno de estos elementos por sí mismo produce o puede producir un ahorro de costes de gestión a SGAE, pudiendo individualizar el descuento aplicable por el cumplimiento de cada uno de estas condiciones, y no penalizar con la pérdida de todos los descuentos por la falta de cumplimiento de alguna de las condiciones.

2 La tarifa sustitutoria

Otro elemento de distorsión en la conducta de la SGAE, a juicio de la DI, es el establecimiento en el año 2009 de la denominada tarifa sustitutoria, según la cual, la falta de comunicación anticipada de los eventos a realizar supone que la SGAE en lugar de la tarifa general aplique un régimen equivalente a tener un evento diario los 30 días del mes, con una ocupación del 75% del aforo de la mayor sala y remunerándolo a una tarifa un 15% superior a la tarifa general. Para los miembros de CEHAT la tarifa sustitutoria por incumplimiento de la comunicación se fija a un tanto alzado en función de la categoría de los hoteles.

No encuentra la DI una conexión objetiva entre la tarifa sustitutoria y las mayores cargas que representa para SGAE la falta de información por no recibir las declaraciones anticipadas y encuentra desproporcionado el incremento aplicado frente a los objetivos buscados de incentivar el cumplimiento de dicha notificación previa. Además las diferencias entre usuarios de la tarifa sustitutoria acentúan para la DI las discriminaciones sin que encuentre justificación alguna en que varíe la aplicación de la misma dependiendo de los usuarios.

En todo caso, el hecho de que, según SGAE, la tarifa sustitutoria no se haya aplicado en la práctica no modifica la valoración de la DI, pues la mera inclusión de la misma en las tarifas generales, los convenios y los contratos individuales ya genera una distorsión al obligar a cumplir una conducta bajo la amenaza del pago de una tarifa mucho más elevada. Y la no aplicación en la práctica evidenciaría su falta de justificación objetiva y su carácter coactivo.



En resumen para la DI la SGAE ha abusado de la posición de dominio que le confiere la normativa vigente sobre la explotación de los derechos de autor, incumpliendo los requisitos básicos de transparencia y equidad que le son exigidos por la especial responsabilidad que tiene como monopolista legal en la explotación de los derechos de autor, en la gestión de las autorizaciones y en la recaudación de los derechos de propiedad intelectual generados en los bailes/bodas. Por una parte ha aplicado condiciones distintas a prestaciones equivalentes, pues mientras que a los empresarios miembros de una asociación sectorial les aplicaba descuentos de hasta un 20% vinculados al cumplimiento de determinados requisitos, los empresarios individuales no podían beneficiarse de dichos descuentos, ni siquiera introducirlos en sus negociaciones con la SGAE puesto que no tenían conocimiento de los mismos al no aparecer en las condiciones de las tarifas de la SGAE dicha posibilidad. Además en determinados supuestos los descuentos se vinculan al cumplimiento en bloque de varias condiciones, de forma que el incumplimiento de una de ellas supone la pérdida de todo el descuento. Y por otra parte ha introducido en el año 2009 la denominada tarifa sustitutoria que incrementa la tarifa general de forma desproporcionada en relación con los objetivos buscados y es por tanto una imposición de condiciones inequitativas y discriminatorias. Todo ello facilitado por una falta de transparencia por la cual los usuarios, competidores entre si en el mercado de Bodas/ banquetes, no tienen información para poder negociar adecuadamente sus contratos tal como dispone la LPI.

TERCERO.- Resumen de las Alegaciones de las partes a la PR

Las partes han alegado a la propuesta de resolución que les fue notificada por la DI los días 26 y 27 de octubre de 2011, en los términos que de forma resumida se recogen a continuación.

Alegaciones de RESTAURANTE LA CAMPANA, S.A. y el COMPLEJO HOSTELERO SAN CUCAO, S.L

En escrito conjunto del RESTAURANTE LA CAMPANA, S.A. y del COMPLEJO HOSTELERO SAN CUCAO, S.L de fecha 15 de noviembre de 2011 los denunciantes comparten la valoración de la DI en el PCH y en el IPR, así como la propuesta de imposición de sanción, solicitando que no se le apliquen atenuantes y sí el agravante por reiteración.

Alegaciones de SGAE.- La SGAE remite unas prolijas alegaciones agrupadas por distintos epígrafes que se resumen a continuación. El Consejo dará respuesta a algunas de las alegaciones, entre otras las procedimentales, mientras que las de fondo serán respondidas en el siguiente fundamento de derecho:

1) Errores de apreciación.- Considera la SGAE que el IPR tiene errores de apreciación importantes respecto a,



- a) Aplicación del artículo 102 TFEU. Entiende la SGAE que de acuerdo con la Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de junio de 2011, recurso 646/2009, debe acreditarse una afectación al comercio intracomunitario: Ingresos de explotación de los establecimientos a los que se aplican la tarifa general y si dichos ingresos están vinculados a la explotación de obras de autores de otros Estados miembros y en qué porcentaje.

El Consejo ya ha justificado en el Fundamento de Derecho primero las razones por las que las actuaciones de las sociedades de gestión, que afectan a todo el territorio nacional, afectan a los intercambios comunitarios, y más en el caso de la SGAE que como se deduce de la Decisión de la Comisión en el caso CISAC tiene acuerdos de representación recíproca con las entidades del resto de EEMM y por tanto al margen de que esas otras entidades tenga establecido el cobro por el uso de la música en los eventos aquí tratados, deberá remitirle los ingresos que obtiene de los autores de dichos EEMM.

La propia SGAE recoge en su página web que *“mantiene 270 acuerdos de reciprocidad con 149 Sociedades de Autor extranjeras, [...] hemos suscrito diversos convenios bilaterales de representación recíproca con entidades similares de otros países, por los que nuestra Sociedad se compromete a defender a nivel nacional los intereses de los autores y editores adheridos a esas otras entidades y, a su vez, éstas hacen lo mismo en sus respectivos países con nuestros asociados”*.

- b) Aplicación uniforme en relación con otras entidades de gestión de la UE. Según SGAE se investigan prácticas que son habituales en el resto de Estados miembros y que no han sido nunca cuestionadas por otras autoridades de la competencia. La SGAE se remite a la Sentencia TJUE de 3 de mayo de 2011 en el asunto C-375/09, *Tele 2 Polska*, para alegar aplicación uniforme de la normativa de competencia en el UE.

El Consejo coincide con la DI en que, con carácter general, el hecho de que una conducta no haya sido sancionada hasta el momento no impide hacerlo una vez que se acredite, de acuerdo con la normativa, que es una infracción. Y por lo que se refiere al caso concreto es posible que no haya precedentes porque otras sociedades de gestión no tengan esta tarifa, pero en situaciones comparables, en los asuntos *Tournier y Lucazeau*, a los que alude la propia SGAE, la Sentencia no se pronuncia sobre la discriminación, pero como recuerda la DI en su respuesta a esta alegación, *el Abogado General considera, en el párrafo (56) que “si cuando hace referencia a la discriminación el Tribunal tiene en mente el hecho de que la SACEM aplica distintas remuneraciones a las diferentes clases de discotecas, entonces opino que dicha conducta no constituye ninguna indicación de que sea excesiva la remuneración general del 8,25 % de los ingresos totales, pero podría suponer una discriminación distinta, la de la letra c) del artículo 86, es decir, la consistente en «aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva»*.



Para decidir si existe una discriminación de este tipo, el Tribunal nacional tendrá que examinar, como cuestión de hecho, si la diferencia de trato entre distintas clases de discotecas tiene justificación objetiva. A este respecto, el punto crucial es el de determinar si las discotecas que se benefician de un trato más favorable proporcionan una genuina y adecuada contraprestación por el referido trato especial”.

- c) Finalmente y en relación con la solicitud de Terminación Convencional alega SGAE que la misma era adecuada para resolver los problemas de competencia que pudieran existir en el expediente y que la decisión de no iniciarla no se debió a la propuesta de la SGAE.

El Consejo no puede compartir con la SGAE la adecuación de la terminación convencional en este supuesto, pues como ha anticipado en su COMUNICACIÓN SOBRE TERMINACIÓN CONVENCIONAL DE EXPEDIENTES SANCIONADORES publicada en octubre del año 2011, esta forma de finalizar un expediente sancionador no procede cuando las conductas investigadas hayan tenido efectos irreversibles sobre la competencia durante un periodo de tiempo significativo o hayan afectado a una parte sustancial del mercado, como es el caso que nos ocupa, en que la SGAE ha mantenido la conducta abusiva por un periodo largo de tiempo, desde el año 2002.

2) Sobre la falta de transparencia en las tarifas de la SGAE, en los criterios de fijación de los descuentos a usuarios que realizan una actividad similar y un uso similar del repertorio, la SGAE entiende que la DI está invirtiendo la carga de la prueba, y alega que los convenios son públicos y las asociaciones pueden acceder a ellos de diversas maneras: (i) a través de un registro público (por el art. 159.3 LPI la SGAE está obligada a notificar al Ministerio de Cultura los convenios celebrados con asociaciones de usuarios y que estos figuran en un registro público); (ii) por la información publicada en prensa e internet (web SGAE); (iii) por otras asociaciones que forman parte de las confederaciones FEHR y CEHAT (hay asociaciones que pertenecen a las dos). En cuanto a los usuarios dice que conocen el contenido de los convenios y la posibilidad de obtener descuentos similares porque están comunicados al Ministerio de Cultura, de acuerdo con el art. 159.3 LPI. Para apoyar sus alegaciones aporta en anexos información de prensa y convenios suscritos con distintas asociaciones.

En relación con esta alegación el Consejo acepta la posibilidad de que los usuarios puedan acceder a la información por vías indirectas, pero eso en nada empece la imputación que se le hace a la SGAE de no tener a disposición de todos los usuarios de forma no discriminatoria, un sistema de descuentos objetivo y transparente, para que en el momento de la negociación de los contratos estos puedan utilizarlo y acogerse a las bonificaciones y descuentos que les resulten aplicables en función de su perfil, actividad o funcionamiento.



3) Sobre la supuesta fijación de condiciones distintas para prestaciones equivalentes en el mercado de la concesión de licencias para Bailes/Bodas, la SGAE alega que, i) la conducta no es susceptible de crear una ventaja competitiva apreciable entre usuarios competidores puesto que supone un porcentaje muy bajo del coste del evento ; y, ii) justifica el distinto trato y los descuentos a los miembros de las asociaciones sectoriales en que son situaciones jurídicamente distintas y los usuarios asumen obligaciones específicas. En concreto dice que: a) La LPI diferencia en el art. 157.1 las licencias individuales de los convenios; b) los miembros de las asociaciones asumen obligaciones específicas (ej., domiciliar pagos o las declaraciones previas); y c) los miembros de las asociaciones ofrecen ventajas cuantificables. Esto es, tiene un porcentaje menor de impagos, menos conflictividad judicial y plazos más cortos de pago, y para avalar dicha alegación aporta un informe según el cual la pertenencia a una Asociación podría suponer un ahorro del 5,8% anual (2,69% menores impagos y 3,11 % menos judicialización).

4) Respecto a la inequidad de la tarifa sustitutoria, la SGAE argumenta que dicha tarifa no restringe la competencia porque es una medida de penalización por incumplimiento de unas obligaciones que le permiten ejercer el control para hacer efectivos los derechos que la LPI concede a los autores.

5) La SGAE también alega respecto a la posible confusión de la DI entre el carácter discriminatorio e inequitativo de la tarifa, el supuesto trato discriminatorio a la CEHAT, y la vinculación de los descuentos al cumplimiento en bloque de varias obligaciones, aspectos estos a los que se dará respuesta en el fundamento siguiente.

6) Por último, y en relación con la sanción, la SGAE alega no entender que se compute el inicio de la infracción en el año 2002 y considera, con carácter subsidiario, que no procede multa porque tras la Resolución de TDC de 27 de octubre de 2006, en el expediente R/678/05, Caserón/SGAE, que ha ratificado el archivo realizado por el SDC, tenía la legítima confianza de que estaba actuando correctamente. Finalmente alega en contra de la propuesta de la DI de aplicar agravante por reincidencia tras la sanción en el caso de Vale Music, porque dice que la conducta es distinta en la medida en que no ha habido negativa por parte de la SGAE, pero sobre todo porque dice que modificó los descuentos de buena fe para adaptarse al pronunciamiento en Vale Music. Por el contrario si considera ser acreedora de atenuante por haber puesto fin a la conducta al adoptar y publicar unos descuentos sobre la tarifa general, objetivos, transparentes y condicionados solo a las obligaciones aceptadas y no a la pertenecía o no a una asociación.

Por lo que se refiere a la proposición de pruebas al Consejo, la SGAE reitera la propuesta ya realizada ante la DI de solicitar a través de la red de autoridades de competencia información sobre la actuación de otras sociedades de gestión. El Consejo coincide con la DI en que dicha prueba no procede en este caso porque no hay un imputación del carácter excesivo de la tarifa general susceptible de comparar con otros países de la UE sino que lo que se imputa es el carácter



discriminatorio del sistema de descuentos y la inequidad en la introducción de una tarifa sustitutoria adicional a la tarifa general. En todo caso, dadas las particularidades del sistema utilizado por la SGAE, la comparación internacional no resulta factible.

Propone asimismo la SGAE como actuaciones adicionales a las propuestas en la fase de instrucción: que se incorpore al expediente un informe de Ministerio de Cultura que obra en el expediente Vale /Music; certificación del Ministerio de Cultura sobre el registro público de convenios; y que se le conceda la aportación en el plazo de 30 días de un estudio sobre la racionalidad económica de su actuación respecto a los descuentos, la vinculación en bloque, o la tarifa sustitutoria.

El Consejo no ha considerado necesario, para la formación de su juicio en los términos del artículo 51.1 de la LDC, ordenar la realización de dichas pruebas, no siendo ninguna de ellas, por otra parte prueba de descargo de las imputaciones realizadas por la DI y asumidas por el Consejo, tal como se justificará en el siguiente fundamento. En todo caso y en relación con las pruebas propuestas, el Consejo conoce y tiene en cuenta en su valoración que el apartado c) del Art. 157 del TRLPI, prevé que las Entidades de gestión celebren contratos generales con las Asociaciones de Usuarios (HP 4), y no pone en duda la existencia del registro citado en el Ministerio de Cultura. Y por lo que se refiere al informe sobre racionalidad económica de su conducta, la SGAE sabe que ha podido aportar durante la instrucción del procedimiento, en su descargo, los estudios de parte que haya tenido por conveniente relacionados con el mismo, como así lo ha hecho al anexar a sus alegaciones a la PR el *Informe sobre los beneficios que tiene para la SGAE el que los usuarios sean miembros de una asociación*. Por otra parte al artículo 36 del RDC dispone que el Consejo, podrá rechazar la práctica de aquellas pruebas, que pudiendo haber sido propuestas en fase de instrucción, no lo fueron.

CUARTO.- Calificación jurídica de las conductas imputadas a SGAE

Centrándonos en la cuestión sustantiva, el Consejo en este expediente, y sobre la base de la propuesta de la DI, debe analizar el posible carácter abusivo de la conducta de SGAE en “el mercado de autorizaciones y remuneración del derecho de comunicación pública de obras musicales en bailes celebrados con motivo de bodas, bautizos y comuniones o en los que el acceso de los asistentes se realice a través de invitación personal” (bailes/bodas)” desde el año 2002 hasta la actualidad.

Como se recoge en el FD SEGUNDO la DI imputa a SGAE una infracción del artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE, en el citado mercado, consistente en un abuso de posición de dominio por la aplicación de descuentos de forma discriminatoria y no transparente, vinculados a condiciones en bloque y por la introducción desde el año 2009 de una denominada tarifa sustitutoria, que es inequitativa y discriminatoria.



El artículo 2 de la LDC, y de forma similar el artículo 102 del TFUE, prohíbe *“la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional”*. Y en su apartado 2º recoge alguna de las posibles formas de abusos, entre ellos, *“imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos”*; y *“la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros”*.

La LDC, al igual que el artículo 102 del TFUE, no prohíbe la posición dominante, pero sí la utilización de dicha posición para imponer condiciones comerciales y obtener ventajas que no obtendría en el caso de una competencia practicable y suficientemente efectiva. (Ver en este sentido, Sentencias del TJUE de 3 de julio de 1991, AKZO/Comisión (62/86, Rec. p.I-3359), apartado 69, y de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión (85/76, Rec. p.461), apartado 91).

Por tanto para que exista una infracción del artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE la conducta tiene que realizarse desde una posición de dominio de la empresa o empresas en el mercado relevante o, en determinados supuestos, con dicho poder en un mercado conexo.

Posición de la SGAE en el mercado relevante

Dado que la imputación es de abuso de posición de dominio, deberemos analizar en primer lugar el mercado, tanto de producto como geográfico, en el que se desarrolla la conducta y la posición de SGAE en el mismo, antes de pronunciarnos sobre el posible abuso.

Tal como se define en los HP 5 y 6 el mercado en el que se desarrolla la conducta es el mercado de producto relevante de autorizaciones y remuneración del derecho de comunicación pública de obras musicales en bailes celebrados con motivo de bodas, bautizos y comuniones o en los que el acceso de los asistentes se realice a través de invitación personal. En dicho mercado los demandantes son los propietarios de salas de restauración que, para poner música deben obtener la autorización de los autores de las obras musicales, y deben pagar por ello. Y la SGAE es la única entidad autorizada en el territorio español para la gestión de esos derechos.

Ni la normativa nacional ni la comunitaria definen lo que debe entenderse por posición de dominio, pero si lo ha hecho la jurisprudencia, y de acuerdo con la misma sería aquella situación en el mercado que permite al operador dominante independencia de comportamiento con respecto a sus clientes, proveedores o competidores, (por todas la Sentencia del TJUE de 14 de febrero de 1978, Asuntos: 27/76, United Brands Company y United Brands Continentaal/Comisión).

Como se recoge en la descripción de la SGAE en los Hechos Probados, esta sociedad gestiona en España los derechos de propiedad intelectual y de remuneración de obras literarias, musicales, teatrales, cinematográficas y



cualesquiera otras obras audiovisuales ya sean obras originales o derivadas. Del conjunto de derechos que gestiona la SGAE, en este expediente se analizan las conductas relacionadas con derechos exclusivos de comunicación pública de obras musicales que han sido previamente fijadas en un soporte fonográfico.

El Consejo coincide con la DI en que la SGAE goza de posición de dominio, monopolio, en la gestión colectiva de los derechos de los autores de obras musicales que tiene atribuidos o que le han sido confiados por los autores, así como en la comunicación pública que los autores que detentan el derecho le han cedido y en la recaudación de los derechos por la explotación comercial del repertorio de obras musicales, puesto que es la única entidad de gestión habilitada en relación con esos concretos derechos (ver HP 4, 5 y 6). Por tanto tiene posición de dominio en el *“mercado nacional de autorizaciones y remuneración del derecho de comunicación pública de obras musicales en bailes celebrados con motivo de bodas, bautizos y comuniones o en los que el acceso de los asistentes se realice a través de invitación personal”*.

En todo caso la posición de dominio de SGAE es una cuestión pacífica puesto que como recoge la Sentencia de 25 de febrero de 2004 de la Audiencia Nacional (caso Vale Music/SGAE) en su Fundamento SEGUNDO.- *Ninguna duda existe, a efectos de resolver el fondo de la cuestión debatida, que SGAE ostenta una posición dominante en el sector discográfico en cuanto a la explotación de obras y composiciones musicales, así lo acepta la propia actora, que recoge el tenor de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Diciembre de 1.996 (Recurso 6923/1.992).* Tenemos que concluir por tanto que SGAE goza también de posición de dominio, de hecho monopolio, en el mercado que nos ocupa de remuneración del derecho de comunicación pública de obras musicales en *“Bailes/boda”*.

El sistema de tarifas de SGAE en el mercado de Bailes/bodas.-

El TRLPI confiere a las entidades de gestión un amplio margen de actuación en cuanto a la fijación de sus tarifas que, en todo caso, debe compatibilizarse con lo establecido en el artículo 2 de la LDC.

A esos efectos este Consejo y su predecesor el TDC en sus resoluciones ha sentado criterios, avalados por la jurisprudencia, sobre la fijación de la tarifas generales y la aplicación de las mismas teniendo siempre en cuenta la especial responsabilidad que, como detentadoras de un monopolio, compete a las entidades de gestión, en este caso a SGAE de no aplicar tarifas, que, por inequitativas o discriminatorias, constituyan un abuso sancionable por la LDC.

En el año 1994 la SGAE estableció una Tarifa General para los *bailes celebrados con motivo de bodas, bautizos y comuniones o en los que el acceso de los asistentes se realice a través de invitación personal* que se define como una tarifa por acto y asistente, pero que se estructura como una cantidad fija por acto, que se incrementa por cada asistente que exceda a los 75 comensales. Las cantidades,



tanto la fija por acto como la cuantía por cada comensal adicional, se actualizan anualmente con el IPC (HP 7 y ss.)

Sobre la base de esta Tarifa General publicada y comunicada al Ministerio de Cultura la SGAE firmó contratos con los empresarios individuales no pertenecientes a una Asociación sectorial en los que además del pago de la tarifa General vigente (Cláusula QUINTA) como remuneración por la autorización, no exclusiva, por comunicación pública de las obras musicales del repertorio de la SGAE, los empresarios adquirirían determinadas obligaciones frente a la SGAE, tal como se recoge en el contrato de La Campana firmado en el año 1995 (HA 49 y ss.). Destaca entre esas obligaciones (cláusula SÉPTIMA) la de entregar a la SGAE una declaración mensual anticipada de los actos a celebrar durante el mes siguiente, haciendo constar la fecha del evento y el número de asistentes. Cualquier variación sobre lo notificado debe de ser comunicado a la SGAE 48 horas antes del acto. La declaración mensual debe hacerse incluso cuando el establecimiento no prevea tener ningún acto al mes siguiente. Y lo que es más importante, la SGAE introduce en los contratos un dispositivo penalizador para castigar la realización de declaraciones infravalorando los actos o asistentes, de forma que si detecta que las declaraciones son inexactas hace una facturación adicional por la diferencia detectada, y la cuantía resultante la multiplica por dos. A los efectos de esta cláusula de penalización es necesario subrayar que la SGAE puede hacer fácilmente la comprobación que los clientes hacen de su repertorio, puesto que conoce la fecha y lugar de los actos, pero es que además la cláusula OCTAVA del contrato le da amplios poderes a la SGAE de inspección y de acceso a la documentación contable del cliente usuario de su repertorio.

Por tanto los contratos individuales ya incluyen la obligación de la comunicación anticipada y la previsión de una penalización por inexactitudes en la misma.

Por lo que se refiere a los empresarios asociados o pertenecientes a una Asociación sectorial, estos pueden acogerse a unas condiciones más favorables si suscriben el denominado Contrato/Autorización, según modelo anexo a los Convenios firmados con cada una de las Asociaciones.

Los Convenios firmados con las Asociaciones, iguales entre sí, recogen las condiciones que tienen que cumplir los empresarios individuales para acogerse a las condiciones de los mismos, incluida la posibilidad de beneficiarse de una bonificación del 20%, y entre ellas está la obligación de suscribir de forma individual el citado Contrato/Autorización y presentar una declaración anticipada, de acuerdo con lo previsto en el propio Contrato/Autorización. El Convenio recoge también las causas de pérdida de dicha bonificación entre las que se incluye, una vez más, el incumplimiento de entregar la declaración mensual anticipada (HP 21 a 24).

Los Contratos/Autorización que deben ser suscritos de forma individual por cada uno de los miembros de la asociación que así lo deseen, son similares en todos los extremos a los contratos firmados por empresarios de establecimientos de *Bailes/bodas* no miembros de una asociación que se han descrito en párrafos anteriores,



incluida la cláusula SEPTIMA descrita relativa a la declaración mensual anticipada, pero van acompañados de un documento de Cláusulas Adicionales por las que se modifica la Cláusula relativa a la remuneración (QUINTA), mediante la bonificación de un 20% de la Tarifa General. Según la propia Cláusula Adicional el empresario perderá esta bonificación en las siguientes circunstancias: si el firmante deja de ser miembro de la asociación; si incumple las obligaciones de pago; si realiza actuaciones no autorizadas, y si incumple la obligación de comunicación anticipada de los actos del mes siguiente. También prevé el contrato que la inexactitud en la información anticipada suponga una penalización que implica facturar el doble de la diferencia detectada.

En el caso de los convenios firmados en diciembre del año 2008 con las Asociaciones de empresarios hoteleros de CEHAT y FHPV, que también realizan Bailes/ bodas en sus salones, las condiciones son diferentes puesto que la bonificación no es global del 20 % sino desagregada: bonificación del 5% por pertenecer a la asociación y cumplir los requisitos del convenio (similares a las del resto de convenios) y siempre que firmen el contrato/autorización con sus condiciones; 5% por domiciliación del pago; 5% por pago anticipado, y curiosamente un 5% adicional por cumplir en forma y plazo con todas las declaraciones anticipadas, que como se ha visto son condiciones para acceder ¿a qué?. En los modelos de contratos a firmar por los asociados a CEHAT ya no se prevé la penalización por inexactitud de la información aportada del duplo del exceso detectado, sino que se remite a la Tarifa Sustitutoria en caso de incumplimiento de la notificación anticipada.

En efecto, en los hechos probados se recoge que la SGAE modificó en el año 2009 la Tarifa General con la inclusión de la denominada Tarifa Sustitutoria que, como su nombre indica, sustituiría a la Tarifa General en caso de que el empresario no envíe la notificación anticipada de los eventos. Y esta tarifa supone cobrar un precio por plaza mucho más elevado que el fijado en la Tarifa General. Según los datos de 2009 la TG es un tanto alzado de 118,79 euros por 75 plazas, (lo que daría 1,6 euros por plaza) y por las plazas adicionales a 75 comensales se pagarían 0,4793 euros por plaza (HP11), en tanto que la Tarifa Sustitutoria se fija en 2,13 euros por plaza, pero además se computa un evento diario con un número de plazas igual al 75 % del aforo máximo de los salones habitualmente utilizados por el establecimiento (HP 12).

De acuerdo con las alegaciones presentadas por SGAE a la PR, dicha tarifa sustitutoria se introdujo tras ser pactada con la CEHAT, con la que sin embargo acordó en el año 2009 aplicar una tarifa sustitutoria a tanto alzado en función de la categoría del hotel (HP 48).



La discriminación en la aplicación por la SGAE de las Tarifas a los distintos operadores.

El Consejo, conforme al IPR de la DI, no va analizar en este caso la compatibilidad con la normas de competencia de la cuantía de la Tarifa General aplicada desde el año 2004, pero si la aplicación que de la misma ha llevado a cabo la SGAE.

Por lo que se refiere a la aplicación de la Tarifa General entre los distintos actores del mercado de Bailes/ bodas, competidores entre si (tanto restauradores de este sector como hoteles con salones habilitados al efectos), ha quedado acreditado que SGAE, amparado por su posición de dominio y utilizando en las negociaciones a que le obliga el TRLPI una política de opacidad, ha aplicado condiciones desiguales para prestaciones equivalentes a los distintos agentes. Así mientras que los miembros de las asociaciones, firmando contratos idénticos tenían derecho a bonificaciones del 20% sobre la Tarifa General, los empresarios individuales no tenían el acceso a asumir los compromisos que les dieran la posibilidad de tener dichas reducciones en el coste, porque ni siquiera conocían la posibilidad de acceder a las bonificaciones.

Si se analizan los contratos, parte de las condiciones que dan lugar a la bonificación, como por ejemplo la obligación de comunicación anticipada de los actos del mes siguiente, son obligaciones que también afectan a los empresarios que contratan al margen de las asociaciones y que están recogidas en ambos contratos. Y el resto de los supuestos que pueden dar lugar a la pérdida de la bonificación, como la domiciliación, o la obligación de pago, están también implícitas en las obligaciones de los contratos y puesto que los contratos así lo contemplan, hubiera sido posible para los empresarios individuales suscribir dichos compromisos y obtener los descuentos.

Mas aún, las obligaciones condicionadas a la bonificación deben ser controladas por la SGAE caso a caso con cada uno de los empresarios firmantes de los contratos/autorización, sin que se realice ningún control por la Asociación, ni la pertenencia a ésta suponga una menor carga administrativa para la SGAE.

Alega SGAE a la PR que los convenios con las Asociaciones le permiten asegurarse de que los miembros van a cumplir determinadas condiciones que le producen eficiencias (domiciliación bancaria, estar al corriente del pago), pero como hemos visto más arriba, dichos compromisos deben ser adoptados de forma individual por cada empresario firmante sin que la pertenencia a la asociación asegure su cumplimiento. Y dado que dichos comportamientos suponen una eficiencia para la SGAE, que ella valora en una determinada cuantía, cosa que este Consejo no pone en duda, debería haberle ofrecido esa posibilidad a todos los firmantes a fin de obtener esas eficiencias en un mayor numero de casos.

Las normas de competencia no se oponen a que los operadores dominantes apliquen a sus clientes o proveedores un trato diferenciado cuando hay una justificación objetiva que motive la diferencia. Nada se opone a la existencia de



esquemas que contemplen descuentos diferentes siempre que los mismos se basen en criterios objetivos, y que además sean transparentes y conocidos por todas las partes de antemano.

Dice la SGAE que además de las eficiencias por usuario, la firma de los convenios con las asociaciones tiene ventajas y que por tanto no es comparable la situación de un miembro de una asociación y un empresario individual, alegando que son ventajas de difícil medición como que la firma del convenio supone la aceptación por parte del colectivo de la aplicación de la tarifa SGAE (no siempre aceptada) y la constatación de que los firmantes de las asociaciones son más diligentes en sus obligaciones de pago y menos conflictivos antes los Tribunales. Para avalar dicha afirmación y cuantificar las eficiencias aludidas aporta la SGAE un informe de un experto (folio 1181) según el cual los menores costes asociados a los firmantes acogidos a convenio frente a los que no lo están sería equivalente al 5,80 % de la facturación anual de los firmantes sin convenio. Obtiene estos datos de una diferencia entre los impagos de ambos colectivos en los años 2006-2010 que asciende al 1,17% en el caso de los con convenio frente a un 3,56% para los sin convenio, y del diferencial en la tasa de conflictividad entre ambos colectivos que evalúa en un 8,49%.

Por tanto, incluso dando por buenos dichos cálculos, que el Consejo puede aceptar como eficiencias, el mayor coste que le supone a la SGAE la gestión del colectivo de los firmantes sin convenio podría justificar, como mucho, una bonificación a los firmantes del colectivo acogido a convenio del mismo orden de magnitud que los menores costes de la facturación anual que representa esa colectividad, pero en ningún caso una reducción de un 20%, no justificada, y mucho menos la exclusión total de los sin convenio a cualquier posibilidad de acceso a otras bonificaciones objetivas relacionadas con la domiciliación o el pronto pago. Los descuentos por conceptos objetivos como estos no tienen por qué venir subordinados al hecho de ser asociado a quién se asocie la empresa. Cuestión aparte es que el hecho de ser asociado a una determinada entidad de lugar a algún descuento de carácter objetivo y proporcionado.

En este sentido tampoco se justifican las diferencias en la estructura de descuentos entre las distintas asociaciones y la CEHAT y la vinculación en bloque de los criterios para la bonificación, que son indicadores de la actuación discriminatoria de la SGAE apoyada en una falta de transparencia en la aplicación de la Tarifa General entre los distintos colectivos.

Y prueba evidente de la falta de equidad de la SGAE en el tratamiento entre los operadores, que no olvidemos compiten entre si en precios, es que ante la instrucción de este expediente la SGAE ha establecido y publicado en la web, sin ningún problema, una estructura de descuentos aplicables a todos los operadores (HP 73).



Dichos descuentos son como máximo del 15%, cumpliendo todos los requisitos, quedando por tanto un 5% adicional accesible solo a los adheridos a un convenio y en función meramente de dicha pertenencia.

Respecto a las alegaciones de la SGAE de que este expediente no es equivalente al ya mencionado de VALE MUSIC porque en aquel la bonificación era de un 37% de la tarifa, el Consejo considera que, sin perjuicio de todas las diferencias que existen entre ambos procedimientos, una diferencia de trato entre los clientes que suponga un 15 % del coste, sin justificación objetiva, es suficientemente relevante para considerarla una discriminación. Y aunque, como alega SGAE el porcentaje del coste del uso de la música no sea muy importante en el coste final del Baile/banquete, es un incremento de coste para el restaurador, suficiente como para colocar en desventaja a unos operadores frente a otros, justamente lo que prohíbe el artículo 2 de la LDC.

Respecto a la alegación de que han actuado con la confianza legítima que le daba el archivo de las actuaciones en el caso Caserón/SGAE (Resolución del TDC de 27 de octubre de 2006 en el expediente R-678/05), el Consejo, al igual que la DI, considera que precisamente el supuesto es contrario al aquí tratado porque como dice la Resolución citada dicho caso es también diferente al de VALE MUSIC porque el denunciante, que sí era miembro de una asociación, pretendía beneficiarse de la bonificación acordada con la misma por el mero hecho de formar parte de la asociación, aunque no cumplía los requisitos objetivos exigidos.

La tarifa sustitutoria

Como queda claramente acreditado en los Hechos Probados de este expediente y como se explica en el apartado dedicado a las tarifas en este Fundamento, la SGAE imponía en todos los contratos la obligación de notificar con carácter anticipado el número y aforo de los eventos a realizar en el mes siguiente.

Dicha notificación, que según la SGAE tiene como objetivo hacer efectivo el control del uso de los derechos que gestiona, era en el caso de los firmantes acogidos a convenio una de las condiciones para la bonificación, como se desprende de los HP 21 y 24, siendo su incumplimiento causa de la pérdida de la bonificación. Para los firmantes individuales era una obligación adicional, cuyo cumplimiento no era remunerado.

Por el contrario si estaba prevista en todos los contratos, (excepto los de la CEHAT) una penalización no por ausencia de notificación sino por inexactitud en los datos aportados, de forma que las cantidades de eventos o comensales ocultados se tarifaba al doble del precio de la tarifa general.

Desde el año 2009 la SGAE mantiene dicha obligación, pero en vez de incentivar su cumplimiento con un descuento como hacía previamente con los sometidos a convenio, y extenderlo con carácter general, lo que hace es implantar una nueva tarifa, denominada sustitutoria, que podría considerarse general, mucho más elevada, para aquellos que no hagan la notificación anticipada. No podemos olvidar



que lo que está comprando el establecimiento, y por tanto por lo que debe pagar el cliente es por el derecho a utilizar el repertorio de la SGAE, y que debe ser ésta la que se ocupe de controlar el uso que se hace del mismo, cosa para la que tiene herramientas como la cláusula incluida en todos los contratos, mencionada mas arriba, que le da amplios poderes de inspección y de acceso a la documentación contable, lo que le permite saber a posteriori el número de Bodas/banquetes celebrados y el numero de asistentes. No es por tanto la obligación de comunicación anticipada de los eventos previstos una condición imprescindible, ni siquiera necesaria, para el ejercicio por parte de la SGAE de sus derechos de cobro de la remuneración debida. Acepta el Consejo que la notificación previa facilita la gestión de la SGAE y le permite controlar a un coste mucho menor el uso de su repertorio por un conjunto de usuarios tan amplio, pero eso no justifica en modo alguno a juicio del Consejo, el computar la notificación como un elemento inherente y consustancial al objeto del contrato, sino que puede y debe ser, como sucedía hasta el año 2009, una actuación voluntaria de las partes cuyo cumplimiento sea retribuido por la SGAE con una deducción del precio a pagar por el servicio, calculada en función del ahorro de costes de gestión que le supone a la SGAE dicha aportación anticipada de la información.

La nueva tarifa instaurada en el 2009, tal como se recoge en los Hechos probados, suponía un fuerte incremento sobre la tarifa general, tanto por la cuantía por comensal -2,13 euros para dicho año- como por las presunciones que realizaba de los aforos a computar para el cálculo de la cuantía a pagar. Y tras las modificaciones realizadas por la SGAE sigue siendo una tarifa desproporcionada y no justificada, puesto que supone una elevación del montante a pagar de un 15 % como mínimo, ya que dicho incremento que se aplica sobre el resultado final, se hace además sobre un aforo sobrevalorado, calculado sobre una previsión de asistentes o invitados en base a la mayor capacidad del establecimiento en cuestión y no sobre los asistentes reales.

En conclusión el Consejo coincide con la DI en valorar la implantación por la SGAE de la Tarifa sustitutoria en el año 2009 como una imposición de condiciones a sus clientes, inequitativa y ausente de justificación en relación con la gestión de sus derechos. Al margen de la posible discriminación, al prever aplicaciones diferenciadas de dicha tarifa para los distintos usuarios, como es el caso de la CEHAT, sin justificación objetiva acreditada.

Y la alegación que hace la SGAE de que dicha tarifa no ha sido aplicada en ningún caso, y aun aceptando que así haya sido, no anula el abuso que supone el mero hecho de la implantación por la SGAE de una tarifa no justificada ni por la prestación del servicio ni por la viabilidad práctica de la SGAE para ejercer su derecho, e impuesta además desde la posición de dominio que le da el que los establecimientos de bodas y banquetes deban de llegar a acuerdo, obligatoriamente, para contratar y poder utilizar el repertorio. Puesto que en caso de no existir contrato, la SGAE está legitimada para demandar al usuario de su repertorio musical en los Tribunales, como así lo ha hecho con el Restaurante La



CAMPANA, el cese en dicha utilización en los eventos referidos, con el consiguiente menoscabo para su negocio.

Y a juicio del Consejo, la modificación introducida en la tarifa sustitutoria en el año 2011 (HP 67) no pone fin a la infracción, sin perjuicio de que reduzca en parte la desproporción inicial, y no pone fin a la infracción porque es la propia tarifa sustitutoria, su diseño y filosofía la que es contraria a las normas de competencia por no estar relacionada con la prestación realizada ni justificada en la mejora de la gestión de la misma.

Por tanto a los efectos de esta tarifa el Consejo considera que el abuso por parte de la SGAE sigue en este momento y deberá poner fin al mismo.

Respecto a las pruebas planteadas por la SGAE relativas a un informe sobre la racionalidad económica de la firma de convenios y la justificación objetiva de los descuentos, el Consejo no niega la existencia de dicha racionalidad, ni tampoco cuestiona los cálculos aportados por la SGAE de los ahorros que le suponen, siendo el nivel de dichos ahorros lo que debe marcar los límites en la diferencia de descuentos. Por tanto toda bonificación superior a los ahorros acreditados no tendría justificación objetiva alguna.

En conclusión el Consejo considera que el comportamiento de la SGAE analizado en este expediente constituye una infracción compleja compuesta de dos conductas llevadas a cabo por la SGAE desde la posición de dominio que tiene en el mercado de autorizaciones y remuneración del derecho de comunicación pública de obras musicales en bailes celebrados con motivo de bodas, bautizos y comuniones o en los que el acceso de los asistentes se realice a través de invitación personal, y dirigida a empresas que compiten en un mismo mercado y a través de un mismo instrumento y con un mismo fin.

QUINTO.- Responsabilidad de SGAE en el abuso y determinación del importe de la multa

Por las razones señaladas en los fundamentos de derecho anteriores el Consejo considera a SGAE responsable de una infracción del artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE, consistente en un abuso de su posición de dominio, que ha llevado a cabo mediante las conductas anteriormente descritas, y sin que hubiera acreditado justificación objetiva alguna para las mismas.

Por lo que se refiere a la discriminación en la aplicación de los descuentos, la misma se extendió durante el periodo que va desde el año 2002, fecha del primer contrato con una asociación sectorial en el que se contemplan descuentos de hasta un 20% sobre la tarifa general para los miembros de esa asociación, hasta al menos el 1 de enero de 2011, descuentos a los que no tenían acceso los empresarios que firmaban contratos con SGAE de forma individual, al no poder adherirse al convenio de una asociación a la que no pertenecían.



En cuanto a la tarifa sustitutoria, y al carácter abusivo de la misma definido en el anterior fundamento, sigue vigente con las modificaciones detalladas previamente, y aun en el supuesto de que no hubiera sido aplicada, mantiene su virtualidad como presión a la hora de negociar los contratos.

La infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia cometida por la SGAE y descrito en el Fundamento anterior constituye un abuso que debe ser calificada de muy grave de acuerdo con el artículo 62.4 b) de la LDC. Y las infracciones muy graves de acuerdo con el artículo 63.1.c) de la misma Ley pueden ser sancionadas con una multa que puede alcanzar, como límite máximo, el 10% del volumen de negocio de la empresa infractora, en este caso de la SGAE, en el año anterior a la Resolución. Según la información aportada con fecha 18 de junio de 2011 (folio 1369), la SGAE tuvo unos ingresos totales en el año 2011 de 288.228.672 euros, por tanto el límite máximo posible superaría los 28 millones de euros.

En las alegaciones a la PR (folio 1036) y en la ampliación de la información para 2011 (folio 1369) la SGAE pretende sustituir las cifras remitidas previamente de volumen de negocios obtenido, es decir los ingresos recibidos (288.228.672 euros en el año 2011), por el importe que supone el descuento de administración que SGAE aplica por la recaudación de derechos en España ([...]).

El Consejo no puede aceptar dicha modificación de los datos, puesto que tal propuesta no se corresponde con ninguno de los conceptos que la LDC establece en los criterios a seguir para el cálculo de las sanciones. Por un lado, de acuerdo con el artículo 63 de la LDC, el límite de la sanción se fija sobre el volumen de negocios total del infractor, en este caso los ingresos recaudados por la SGAE, en el año anterior al de la imposición, y por otro, según el artículo 64.1.a) un criterio para el cálculo de la sanción es la dimensión y características del mercado afectado. En todo caso la multa resultante no supera el 10% de la cantidad que SGAE dice es el montante que corresponde al descuento que se queda por administración.

Para la modulación de la cuantía de la multa el Consejo tendrá en cuenta los criterios establecidos en el artículo 64.1 de la LDC, a saber, a) la dimensión del mercado y la cuota del mercado de la empresa o empresas responsables; b) el alcance de la infracción y su duración, c) los efectos sobre competidores y usuarios, d) los beneficios ilícitos obtenidos con la infracción y, e) las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables.

Por otra parte, según jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas STS de 23/03/2005) la discrecionalidad que tiene el Consejo en la fijación de la cuantía de la multa, dentro de los criterios fijados por la Ley, debe utilizarse ponderando las circunstancias que concurren al objeto de que la multa sea proporcionada a la infracción y disuasoria de conductas similares, de forma que para el infractor no



sea más beneficioso cometer una infracción contraria al interés común que el cumplimiento de las normas.

Teniendo en cuenta lo anterior y al objeto de calcular la multa de acuerdo con los criterios de 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”* el Consejo hace las siguientes consideraciones respecto a la infracción cometida por SGAE.

Por lo que se refiere a la modalidad de la infracción, el abuso de posición de dominio, debe calificarse según el artículo 62.4.b) como una infracción muy grave, debido a que el abuso se lleva a cabo por una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual que goza del monopolio de la explotación de dichos derechos en virtud de los derechos especiales que le otorga el TRLPI., lo que supone mayor responsabilidad en una adecuada gestión de los mismos. Dicha situación implica por tanto que la cuota de mercado de SGAE en el mercado relevante sea del 100%.

En cuanto a la duración la infracción, el abuso ha tenido lugar desde el año 2002 hasta ahora. No obstante al calcular la sanción el Consejo tendrá en cuenta que la tarifa sustitutoria fue implantada en el año 2009 y que SGAE hizo públicos en su web a finales de 2011 y con efectos de 1 de enero de ese año, la posibilidad para todos los agentes, de forma incondicional e independiente de la pertenecía o no a una asociación sectorial, de acceder a los descuentos sobre la tarifa general vinculados exclusivamente al cumplimiento de determinados requisitos objetivos. Y que por tanto a partir de ese momento el abuso se limita a la tarifa sustitutoria.

Finalmente, por lo que se refiere a los efectos, se trata de una discriminación que se ha mantenido a lo largo de los años y que aunque no suponga un porcentaje elevado sobre el coste del evento, no deja de ser un factor de competencia significativo al incidir directamente en el margen de beneficios de los empresarios excluidos de los descuentos que no podrán trasladar los costes al cliente.

Estamos ante una infracción compleja, compuesta de varias conductas, que se ha prolongado en el tiempo y ha desplegado sus efectos fundamentalmente sobre empresas de escaso poder negociador. Todo ello justifica aplicar según la Comunicación de multas citada, un tipo de un 15% sobre el volumen de negocios del mercado afectado. No obstante teniendo en cuenta que la tarifa sustitutoria y el esquema de descuentos discriminatorio solo coincidieron durante una parte del periodo de infracción, el Consejo, en aras de la máxima proporcionalidad entre la gravedad de la infracción y el importe de la multa impuesta, aplicará el 15% al periodo de coincidencia de ambas conductas, es decir 2009 y 2010, y el 10% para el resto del periodo.

La base sobre la que aplicar los citados porcentajes, según dispone la Comunicación de multas, debe de ser el volumen de ventas afectado por la



infracción con las ponderaciones pertinentes. Pues bien según la información aportada por SGAE, la recaudación en el “mercado nacional de autorizaciones y remuneración del derecho de comunicación pública de obras musicales en bailes celebrados con motivo de bodas, bautizos y comuniones o en los que el acceso de los asistentes se realice a través de invitación personal” desde el año 2002 hasta finales de 2011, y una vez aplicada la ponderación a que se refiere la Comunicación de multas, alcanzaría un montante total de 12.778.551 euros. De ellos 5.658.476 corresponderían a los años 2009/2010.

Aplicando sobre estas bases los porcentajes correspondientes del 10 y del 15% antes citados la multa resultante es de 1.560.779 euros, lo que supone un porcentaje medio sobre el volumen de ventas afectado del 12, 21%.

Por lo que se refiere a la concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes de las previstas en el artículo 64 de la LDC, la DI aprecia la reiteración prevista en el 64.2 a) de la LDC, puesto que con fecha 25 de enero de 2002 el Tribunal de Defensa de la Competencia sancionó a la SGAE por un abuso de posición dominante consistente en el cobro de tarifas distintas por la gestión de los derechos de propiedad intelectual a los propietarios de los mismos, en función de su pertenencia o no a una asociación (Expediente 511/01 Vale Music/SGAE). Y según la DI el agravante debe computarse cuando menos desde el 15 de junio de 2006 fecha en que dicha Resolución del TDC devino firme al no admitir el Tribunal Supremo el recurso de casación presentado por SGAE contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de febrero de 2004, que había desestimado el recurso contencioso interpuesto contra la misma.

Asimismo considera la DI que el hecho de que la SGAE haya puesto fin a la discriminación haciendo transparentes los descuentos podría hacerla acreedora del atenuante previsto en el artículo 64.3.a) de la LDC.

El Consejo hace suya la propuesta de la DI y aplicará un agravante del 15% en el periodo que va desde 15 de julio de 2006 hasta finales de 2011, puesto que SGAE ha incurrido nuevamente en un abuso de posición de dominio, tal como exige el artículo 64 2.a) de la LDC. Al aplicarse el agravante sobre el periodo que va desde julio de 2006 a finales del año 2011 la cuantía de la sanción se eleva a 1.766.744 euros.

Por lo que se refiere al atenuante del 5% mencionado por la DI, este Consejo no considera que se den las condiciones para su aplicación ya que la SGAE no puso fin al conjunto de la infracción imputada, puesto que se mantiene vigente la tarifa sustitutoria. En todo caso, y aunque únicamente se valorase el hecho de que la SGAE haya puesto fin a la discriminación en los descuentos en septiembre de 2011, incluso con carácter retroactivo, el hecho de que esta decisión se tomase no por propia iniciativa libre de cualquier condicionante sino una vez incoado el expediente, emitido el Pliego de Concreción de Hechos y, por lo tanto, formulados los cargos, privaría a dicha actuación, a juicio de este Consejo, de las condiciones necesarias para su toma en consideración como circunstancia atenuante.



Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, este Consejo de la Comisión Nacional de Competencia,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la comisión de una infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE de la que es responsable la Sociedad General de Autores de España, SGAE.

SEGUNDO. Imponer a SGAE por dicha infracción una sanción pecuniaria por importe de 1.766.744 euros, (un millón setecientos sesenta y seis mil setecientos cuarenta y cuatro Euros).

TERCERO. Intimar a la SGAE a que deje sin efecto la tarifa sustitutoria a que hace referencia el Fundamento de Derecho CUARTO de la presente Resolución

CUARTO. Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.