

RESOLUCIÓN

Expte. S/DC/0590/16 DAMA VS SGAE

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 30 de mayo de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC o Comisión**), con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente S/DC/0590/16 DAMA VS SGAE, incoado por la Dirección de Competencia (DC) contra la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**) y por el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (**TFUE**).

ÍNDICE

I.	ANTECEDENTES.....	4
II.	LAS PARTES	9
	a. Denunciado: Sociedad General de Autores y Editores (SGAE)	9
	b. Denunciantes	10
	c. Otros interesados	11
III.	ANÁLISIS DE LOS MERCADOS RELEVANTES	13
	1. Marco normativo.....	13
	A. Regulación de las entidades de gestión colectiva.....	15
	B. Metodología para la determinación de las tarifas generales	18
	2. Mercado de producto	19
	A. Mercados aguas arriba de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras audiovisuales y musicales	19
	B. Mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración por los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de obras musicales y audiovisuales.....	22
	3. Mercado geográfico.....	25
IV.	HECHOS ACREDITADOS	26
	1. Condiciones estatutarias y contractuales en los mercados aguas arriba de gestión colectiva de derechos propiedad intelectual de autores y editores.....	27
	2. Regulación de la Unión Europea y nacional aplicable a la gestión colectiva de derechos propiedad intelectual de autores y editores.....	31
	3. Establecimiento de tarifas por remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales y audiovisuales a través de su amenización en espacios públicos en establecimientos integrantes del sector del hospedaje	33
	a. Clasificación de establecimientos y fijación de tarifas por disponibilidad promediada.....	33
	b. Tarifas Generales de SGAE 2017 y 2018 sin diferenciación entre repertorios (audiovisual y musical)	34
	4. Establecimiento de tarifas por remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales y audiovisuales en establecimientos del sector de la restauración	34
	a. Sistema de fijación de tarifas por disponibilidad promediada	34

b.	Tarifas Generales de SGAE 2017 y 2018 (audiovisual y musical)	36
c.	Actualización de tarifas en licencias para la comunicación pública del repertorio de SGAE en locales	36
V.	FUNDAMENTOS DE DERECHO	37
	PRIMERO. COMPETENCIA PARA RESOLVER.....	37
	SEGUNDO. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE ...	37
	TERCERO. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR	38
	CUARTO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA.....	39
1.	Delimitación y antijuridicidad de las prácticas restrictivas objeto del expediente.....	39
2.	Existencia de una posición de dominio de la SGAE	42
A.	Mercado de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de obras musicales.....	43
B.	Mercado de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de obras audiovisuales.	43
C.	Mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración por los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de las obras musicales y audiovisuales.....	45
D.	Conclusión	49
3.	El abuso de posición de dominio de la SGAE	49
A.	Abuso de posición dominante en los mercados de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales y audiovisuales	50
B.	Abuso de posición dominante en los mercados aguas abajo en el sector del hospedaje.	67
C.	Abuso de posición dominante en los mercados aguas abajo en el sector de la restauración.	70
4.	Carácter único y continuado y duración de la conducta	74
5.	Efectos de la conducta.....	76
6.	Responsabilidad de la SGAE	79
7.	Sobre los derechos de defensa de la SGAE	82
8.	Solicitud de confidencialidad	84
	QUINTO. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN	85
1.	Criterios expuestos por el Tribunal Supremo.....	85
2.	Criterios para la determinación de la sanción.....	85
	RESUELVE	88

I. ANTECEDENTES

1. Con fechas 22 de julio de 2016 y 22 de septiembre de 2016, se recibieron en la CNMC sendos escritos de denuncia, formulados respectivamente por Derechos de Autor de Medios Audiovisuales, Entidad de Gestión (DAMA) (folios 1 a 632) y por IME Licensing Services, S.L. (IME), cuya denominación social actual es Unison Rights, S.L. (UNISON RIGHTS)¹ (folios 4072 a 4432²), en los que se formulaban respectivas denuncias contra la SGAE, por supuestas conductas prohibidas por la LDC y el TFUE.
2. Con base en estas denuncias, la DC acordó llevar a cabo sendas informaciones reservadas, bajo las referencias S/DC/0590/16 DAMA VS SGAE y S/DC/0593/16 IME VS SGAE, con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC.
3. Por lo que respecta al expediente S/DC/0590/16, durante la citada información reservada la DC emitió los siguientes requerimientos de información a la SGAE:
 - Requerimiento de 15 de septiembre de 2016 (folios 644 a 656), contestado el 6 de octubre de 2016 (folios 680 a 803). Asimismo, con fecha 19 de octubre de 2016 se recibió nuevo escrito de contestación de la SGAE por el que se aportaba información complementaria (folios 804 a 807).
 - Requerimiento de 24 de octubre de 2016 (folios 808 a 814), contestado el 16 de noviembre de 2016 (folios 824 a 880). Posteriormente, el 29 de noviembre de 2016, se recibió nuevo escrito de contestación de la SGAE por el que se aportaba información complementaria (folios 881 a 2121).
 - Requerimiento de 27 de abril de 2017 (folios 2122 a 2130), contestado el 23 de mayo de 2017 (folios 2142 a 2197). Con fecha 26 de mayo de 2017 se recibió nuevo escrito de contestación de la SGAE por el que se aportaba información complementaria (folios 2198 a 2202).

¹ Con fecha 2 de marzo de 2017 tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de IME por el que aporta escritura pública de modificación de estatutos por los que IME cambia su denominación social a UNISON RIGHTS (folios 4549 a 4558).

² Todas las referencias a folios realizadas en esta resolución se refieren al expediente S/DC/0590/16, en el cual está actualmente incorporada la información del expediente S/DC/0593/16, de conformidad con el acuerdo de acumulación de 19 de octubre de 2017 y la diligencia de incorporación de documentación llevada a cabo el 23 de octubre de 2017.

Asimismo, con fecha 17 de julio de 2017 (folios 2203 a 2499, 2510 a 3252 y 3263 a 4039), se recibieron en el registro de esta Comisión tres nuevos escritos de denuncia de DAMA, dirigidos contra la SGAE, la Federación Española de Hostelería (FEHR) y la Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos (CEHAT) por supuestas conductas prohibidas por la LDC.

4. Por lo que respecta al expediente S/DC/0593/16, durante la citada información reservada la DC realizó las siguientes actuaciones:
 - Con fecha 20 de octubre de 2016, la DC emitió requerimiento de información a la SGAE (folios 4437 a 4448) que la citada entidad contestó el 14 de noviembre siguiente (folios 4459 a 4525).
 - Con fecha 4 de mayo de 2017, la DC emitió nuevo requerimiento de información a la SGAE (folios 4639 a 4648), que tuvo respuesta el 26 de mayo de 2017 (folios 4657 a 4781), siendo subsanada mediante escritos de 4 de julio de 2017 (folios 4791 a 4805) y 11 de julio de 2017 (folios 4806 a 4818)³.
 - Con fecha 2 de marzo de 2017 (folios 4540 a 4548) y 14 de abril de 2017 (folios 4571 a 4582), se recibieron sendos escritos de UNISON RIGHTS, en los que, entre otros extremos, se informaba de unos hechos nuevos relacionados con los descritos en su denuncia de 22 de septiembre de 2016. Con fecha 27 de abril de 2017 (folios 4583 a 4638) se recibió nuevo escrito de UNISON RIGHTS, completando la información facilitada en su escrito de 14 de abril de 2017.
 - Con fecha 25 de junio de 2017 (folios 4785 a 4790), se recibió nuevo escrito de UNISON RIGHTS, informando a la DC de la investigación iniciada por el Juzgado de Instrucción nº 2 de la Audiencia Nacional relacionada con los hechos descritos en su escrito de denuncia.
5. Con fecha 19 de octubre de 2017 la DC **acordó la incoación de expediente sancionador** contra la SGAE por supuestas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en una infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE (folios 4050 a 4052).

Asimismo, dada la conexión directa existente entre los expedientes S/DC/0590/16 y S/DC/0593, de conformidad con el artículo 29 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/08, de 22 de febrero (RDC), la DC acordó acumular e incorporar todas

³ En particular, se subsana el anexo II del escrito de respuesta de SGAE de 26 de mayo de 2017, "Informe sobre establecimientos de hospedaje licenciados por SGAE". La versión definitiva de este informe es la que se incorpora en el escrito de SGAE de 11 de julio de 2017 (folios 4811 a 4818).

las actuaciones realizadas en el expediente S/DC/0593 al expediente S/DC/0590/16 y conceder la condición de interesado a DAMA y UNISON RIGHTS.

El 23 de octubre de 2017, mediante diligencia (folio 4071), se hizo efectiva la incorporación de la toda la documentación contenida en el expediente S/DC/0593 al expediente S/DC/0590/16.

6. Durante la instrucción del expediente sancionador la DC recibió las siguientes solicitudes para ser declarado interesado en el mismo:
 - Con fecha 8 de noviembre de 2017 la solicitud de Vodafone Ono, S.A.U. (VODAFONE, folios 4870 a 4873), que fue denegada por la DC el 13 de noviembre (folios 4906 y 4907).
 - Con fecha de 27 de octubre de 2017 (folio 4824), 7 de noviembre de 2017 (folios 4851 a 4852) y 13 de noviembre de 2017 (folios 4892 a 4893), las solicitudes de Telefónica de España, S.A.U. (TELEFÓNICA), Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A. (ATRESMEDIA) y Música Aparte, S.A.U. (MÚSICA APARTE), respectivamente, estimadas por la DC el 16 de noviembre de 2017.
 - Con fecha 27 de diciembre de 2017, la solicitud de la Organización Profesional de Editores de Música (OPEM, folios 4948 a 4955), estimada el 9 de enero de 2018 (folio 4969 a 4970).
 - Con fecha 9 de marzo de 2018, la solicitud de la Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos (CEHAT, folios 5033 a 5036), estimada con fecha 12 de marzo de 2018 (folio 5047 a 5048).
 - Con fecha 17 de septiembre de 2018, la solicitud de Mediaset España Comunicación, S.A. (MEDIASET, folio 6592), estimada con fecha 25 de septiembre de 2018 (folio 6736).
7. Durante la instrucción del expediente sancionador la DC incorporó al mismo los escritos de alegaciones, documentos y respuestas a requerimientos de información que se reseñan a continuación:
 - Con fecha 5 de marzo de 2018, tuvo entrada en la CNMC escrito de alegaciones de la OPEM (folios 5000 a 5029).
 - Con fecha 23 de marzo de 2018 tuvo entrada en el registro de esta Comisión, escrito de la SGAE con información complementaria (folios 5075 a 5096).
 - Con fecha 8 de junio de 2018, la DC acordó la incorporación al expediente documentos obtenidos de internet con información relevante para el mismo (folios 5098 a 5626).

- Con fecha 17 de julio de 2018, la DC emitió requerimiento de información a la SGAE (folios 5630 a 5639). El 7 de agosto de 2018 se recibió la respuesta de la SGAE (folios 5673 a 6416).
 - Con fecha 19 de julio de 2018, la DC emitió requerimiento de información a DAMA (folios 5640 a 5644). El 30 de julio de 2018 se la respuesta de DAMA (folios 5649 a 5667).
8. Con fecha 20 de agosto de 2018, la Directora de Competencia acordó la sustitución del instructor del expediente de referencia, motivado por necesidades de servicio (folio 6417).
9. Con fecha 21 de agosto de 2018, la DC adoptó el **Pliego de Concreción de Hechos (PCH)** que fue debidamente notificado a las partes (folios 6436 a 6513).
- Junto con la notificación del PCH, se requirió a SGAE (folios 6516 a 6518) que aportara información sobre su volumen de negocios total y los volúmenes de negocios de los mercados afectados por la conducta.
10. Con fecha 5 y 13 de septiembre, 20 de septiembre y 3 de octubre de 2018, UNISON RIGHTS (folios 6569 a 6579 y 6583 a 6588), DAMA (folios 6595 a 6716) y OPEM (folios 6720 a 6735) y CEHAT (folios 7016 a 7022) respectivamente, presentaron, sus alegaciones al PCH.
- Asimismo, el 18 de octubre de 2018, la OPEM aportó información complementaria a sus alegaciones al PCH (folios 7094 a 7106).
11. Con fecha 26 de septiembre y 16 de octubre de 2018, la SGAE presentó, junto con sus alegaciones al PCH, solicitud de inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento en curso, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52 de la LDC y 39 del RDC (folios 6785 a 6957 y 7052 a 7076).
- El 24 de octubre de 2019 la DC acordó la denegación del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento (folios 7138 a 7142)
- Con fecha 12 de noviembre de 2018, la SGAE interpuso recurso administrativo contra el acuerdo de denegación de terminación convencional al amparo de lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC (folios 7356 a 7363).
- El 4 de diciembre de 2018 la Sala de Competencia del Consejo resolvió inadmitir el recurso interpuesto por la SGAE.
12. Con fecha 15 de octubre de 2018, la DC procedió a deducir testimonio del expediente de referencia de determinados documentos para incorporarlos al expediente con número de referencia S/0641/18, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del RDC (folios 7035 a 7036).

El 22 de octubre de 2018 DAMA y la SGAE presentaron sendos escritos de alegaciones al acuerdo de deducción de testimonio referido (folios 7126 a 7130 y 7134 a 7136, respectivamente).

Con fecha 29 de octubre de 2018, la SGAE interpuso recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales (núm. 01/003/2018), contra el mencionado acuerdo de deducción de testimonio. Asimismo, SGAE ha interpuesto recurso contencioso-administrativo ordinario contra el mismo acuerdo de 15 de octubre de 2018 (P.O. 06/1102 /2018).

13. Con fecha 8 de noviembre de 2018, la DC acordó el cierre de la fase de instrucción del procedimiento (folio 7178) y, a continuación, con fecha 12 de noviembre de 2018, la Directora de Competencia adoptó **propuesta de resolución** que fue notificada a las partes (folios 7334-7351).

Los días 3 y 4 de diciembre de 2018 presentaron sus alegaciones a la propuesta de resolución de la DC las entidades de gestión DAMA (folios 7410 a 7428) y SGAE (folios 7432 a 7523).

14. Con fecha 19 de diciembre de 2018, la propuesta de resolución adoptada fue elevada a la Sala de Competencia, junto con las alegaciones presentadas (folios 40618 a 41126).
15. Con fecha 24 de enero de 2019 la Sala de Competencia del Consejo acordó remitir a la Comisión Europea la información prevista en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 1023 del Tratado (folio 7658), suspendiendo el plazo máximo para resolver y notificar la resolución del expediente desde la fecha de la notificación efectiva a la Comisión Europea.

El 25 de enero de 2019 se remitió a la Comisión Europea la información referida (folios 7688-7696). Trascurrido el plazo de 30 días naturales establecido en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003, se levantó la suspensión desde el 24 de febrero de 2019, día en el que se reanuda el cómputo del plazo para resolver y notificar, de conformidad con el artículo 12.2 del RDC.

16. Con fecha 14 de marzo de 2019 la Sala de Competencia de la CNMC aprobó acuerdo sobre prueba, confidencialidad y requerimiento de información (folios 7730-7734), en el que se indica que no es necesaria la previa autorización de la Sala para la aportación de prueba documental propuesta por SGAE y se solicita a dicha entidad el volumen de negocios total correspondiente al año 2018 y el volumen de negocios correspondiente a los distintos mercados afectados. El plazo máximo para resolver el procedimiento quedó suspendido en aplicación del artículo 37.1 a) de la LDC.

Mediante acuerdo de 29 de marzo de 2019, a solicitud de parte, se acordó una ampliación de 5 días hábiles para contestar al requerimiento de información.

El plazo de suspensión fue levantado mediante acuerdo de fecha 5 de abril de 2019 (folio 8104).

17. Mediante escrito de 18 de marzo de 2019 (folios 7769-7772), SGAE presentó alegaciones al acuerdo de 14 de marzo, adjuntando a su escrito el “*Informe económico sobre el impacto en la gestión de SGAE consecuencia de permitir a los socios la capacidad de atribuir fragmentadamente el repertorio*”, elaborado por una consultora, que se incorporó al expediente (folios 7773-7866).
18. Con fecha 29 de marzo de 2019 OPEM presentó escrito de alegaciones al acuerdo de 14 de marzo (folios 7939-7943), adjuntando cartas de diversos socios de SGAE solicitando a la entidad la revocación del mandato conferido para la administración de determinados derechos y la respuesta de la SGAE a dichas misivas (folios 7944-7963) y otra documentación relacionada con el expediente (folios 7964-8091).
19. Con fecha 5 de abril de 2019 tuvo entrada en la CNMC respuesta de SGAE al requerimiento de información de 14 de marzo sobre sus volúmenes de negocio (folios 8133-8139), aportando versión confidencial de la misma (folios 8140-8147).
20. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC aprobó esta resolución el 30 de mayo de 2018.

II. LAS PARTES

Son partes interesadas en el procedimiento las que se relacionan a continuación:

a. Denunciado: Sociedad General de Autores y Editores (SGAE)

La SGAE es una entidad privada dedicada a la defensa y gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual de un número muy elevado de socios (incluyendo autores, editores y herederos), y que administra millones de obras musicales, dramáticas, coreográficas y audiovisuales en su repertorio, habiendo iniciado su actividad en 1899.

Aunque creada en 1890⁴ y con actividad a lo largo de todo el siglo XX, SGAE actualmente actúa como entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual

⁴ <http://www.sgae.es/es-ES/SitePages/corp-historia.aspx>

en aplicación del TRLPI en virtud de Orden del Ministerio de Cultura de 1 de junio de 1988 (B.O.E. nº 134, de 4 de junio de 1988).

Según la última Memoria e Informe de Gestión publicado por la SGAE en su página web⁵, correspondiente al ejercicio 2016, a 31 de diciembre de dicho año, la SGAE contaba con 120.842 socios directos. De ellos, 110.447 son autores; 2.354, editores musicales, y 8.041, herederos.

Asimismo, la SGAE administra los derechos de los socios de las sociedades extranjeras con las que tiene suscritos acuerdos de representación, siendo miembro de los principales organismos internacionales de derechos de autor, siendo miembro de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores (CISAC).

Para el desarrollo de su actividad la SGAE cuenta en 2017 con más de 400 empleados, 19 sedes en España y 5 en el extranjero.

b. Denunciantes

a. Derechos de Autor de Medios Audiovisuales (DAMA)

DAMA es una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual autorizada por el Ministerio de Cultura mediante resolución de fecha 5 de abril de 1999 (B.O.E. nº 85, de 9 de abril de 1999), especializada en la recaudación, gestión y reparto de los derechos de autor de obras audiovisuales y cinematográficas.

DAMA gestiona y protege los derechos de autor de gestión colectiva obligatoria de sus autores socios (directores y autores de la parte literaria de obras cinematográficas y audiovisuales).

Según la última Memoria e Informe de Gestión de DAMA accesible en su página web, correspondiente al ejercicio 2017, con fecha 31 de diciembre de dicho año el número de socios que lo integran es de un total de 1001⁶ y, según su web⁷, gestionaba un repertorio de más de 500.000 obras audiovisuales de ficción de autores de España y otros países.

DAMA tiene acuerdos de gestión de su repertorio en España con entidades de países como México, Japón, Australia, Nueva Zelanda, Brasil, Colombia, Francia, Bélgica y Canadá, Argentina o Reino Unido. Además, al igual que la SGAE, desde 2006 DAMA forma parte de la CISAC.

⁵http://www.sgae.es/Documentos%20compartidos/Gobierno%20corporativo/2016/SGAE_Informe_Gestion_2016.pdf

⁶ <http://damautor.es/pdf/MEMORIA2017.pdf>

⁷ <https://www.damautor.es/que-es-dama/>

b. Unison Rights, S.L. (UNISON RIGHTS)

UNISON RIGHTS es una entidad privada con ánimo de lucro (denominación social anterior IME Licensing Services, S.L.)⁸ creada en septiembre de 2016, que estima estar operativa a partir del primer trimestre de 2019⁹ y cuyo objeto social incluye, entre otros, la gestión, administración, cesión y licenciamiento de derechos de autor o los derechos afines a los derechos de autor, en nombre de varios titulares de derechos

UNISON RIGHTS se configura como un operador de gestión independiente (OGI) al amparo de la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior (Directiva 2014/26/UE).

En este sentido, dicha Directiva, en su artículo 3.b) entiende por OGI *“toda organización autorizada, por ley o mediante cesión, licencia o cualquier otro acuerdo contractual, para gestionar los derechos de autor o los derechos afines a los derechos de autor en nombre de varios titulares de derechos, en beneficio colectivo de esos titulares de derechos, como único o principal objeto, y que: i) no sea propiedad ni esté sometida al control, directa o indirectamente, en su totalidad o en parte, de los titulares de derechos, y ii) tenga ánimo de lucro.”*

c. Otros interesados

a. Telefónica de España, S.A.U. (TELEFÓNICA)

TELEFÓNICA es una filial al 100% de Telefónica, S.A., matriz del grupo Telefónica, multinacional presente en 21 países y cuya actividad principal es la prestación de servicios mayoristas y minoristas de comunicaciones electrónicas.

Con fecha 16 de noviembre de 2017, la DC reconoció a TELEFÓNICA su condición de interesado en el expediente (folio 4908).

b. Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación S.A. (ATRESMEDIA)

ATRESMEDIA es la cabecera de un grupo de medios de comunicación español que opera especialmente en los mercados de televisión en abierto y radio comercial, publicidad televisiva, publicidad radiofónica, así como en otros

⁸ Como se ha indicado, con fecha 2 de marzo de 2017, tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de IME por el que aporta escritura pública de modificación de estatutos por los que IME cambia su denominación social a UNISON RIGHTS (folios 4549 a 4558).

⁹ <https://www.unisonrights.es/faq/>

diversos como desarrollo digital y multimedia, cine, internet y organización de eventos.

Con fecha 16 de noviembre de 2017, la DC reconoció a ATRESMEDIA su condición de interesado en el expediente (folio 4908).

c. Música Aparte, S.A.U. (MÚSICA APARTE)

MÚSICA APARTE es una sociedad 100% propiedad del grupo ATRESMEDIA dedicada a actividades de grabación de sonido y edición musical.

Con fecha 16 de noviembre de 2017, la DC reconoció a Música Aparte, su condición de interesado en el expediente (folio 4908).

d. Organización Profesional de Editores de Música (OPEM)

La OPEM es una organización profesional, constituida el 16 de diciembre de 1996, inscrita en el Registro del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.¹⁰ Tiene entre sus fines sociales la defensa y protección de los derechos autorales y editoriales, la difusión de la música y la colaboración con entidades o instituciones.

Los miembros de OPEM son editores musicales con domicilio en España. Actualmente, los asociados de la OPEM son BMG, Peermusic, Sony/ATV Music Publishing, Universal Music Publishing y Warner Chappell Music.

La OPEM es una asociación de ámbito nacional, si bien extiende su actuación fuera del país, no solo por la condición de editores internacionales que ostentan todos sus miembros, sino por su pertenencia a la *International Confederation of Music Publishers* (ICMP).

Con fecha 9 de enero de 2018, la DC reconoció a la OPEM su condición de interesado en el expediente (folio 4969 a 4970).

e. Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos (CEHAT)

La CEHAT está compuesta por las asociaciones hoteleras de ámbito local o provincial repartidas por toda la geografía española, representando a todo el sector del alojamiento español (tanto hoteles independientes como cadenas hoteleras, apartamentos turísticos, balnearios y *campings&resorts*).

La CEHAT se constituyó el 1 de enero de 2004 fruto de la fusión entre la Federación Española de Hoteles (F.E.H) y la Agrupación Hotelera de las Zonas Turísticas de España (ZONTUR) y, actualmente, cuenta con más de 14.000

¹⁰ <http://opemeditor.es/informacion/que-es-opem/>

establecimientos y 1.500.000 plazas, agrupadas en 54 asociaciones de ámbito nacional, provincial, autonómico y local en todo el territorio nacional¹¹.

Entre las funciones que desarrolla CEHAT se encuentra la representación de los intereses de los empresarios del sector hotelero ante todo tipo de instituciones, así como la negociación y suscripción de acuerdos en representación de sus miembros relacionados con el desempeño de la actividad hotelera.

Con fecha 12 de marzo de 2018, la DC reconoció a la CEHAT su condición de interesado en el expediente (folios 5047 a 5048).

f. Mediaset España Comunicación, S.A. (MEDIASET)

MEDIASET es un grupo de comunicación formado por un conjunto de empresas dedicadas al desarrollo de negocios vinculados con el sector audiovisual.

Entre sus canales se encuentran Telecinco, Cuatro, Factoría de Ficción, Boing, Divinity, E.Energy, y BeMad. MEDIASET tiene presencia en más de 16 territorios hispanohablantes a través de los principales operadores de cable, satélite y video bajo demanda.¹²

Con fecha 25 de septiembre de 2018, la DC reconoció a MEDIASET la condición de interesado en el expediente (folios 6736 a 6746).

III. ANÁLISIS DE LOS MERCADOS RELEVANTES

Según ha señalado la DC las prácticas investigadas en este expediente abarcan distintos mercados: (a) mercados aguas arriba de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras audiovisuales y de obras musicales; y (b) mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de obras musicales y audiovisuales.

1. Marco normativo

Los derechos de autor son los derechos de los creadores sobre sus obras literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro.

Los derechos de autor en España se regulan en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, recogiendo, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Desde 1996, el TRLPI ha experimentado numerosas reformas, siendo la más reciente la efectuada por la Ley 2/2019, de 1 de marzo¹³,

¹¹ <https://cehat.com/frontend/cehat/QUIEN-FORMA-LA-CONFEDERACION-vn2622-vst229>

¹² https://www.mediaset.es/Conocenos_0_2463300660.html

¹³ Tramitación como ley del Real Decreto-Ley 2/2018, de 13 de abril.

para incorporar al ordenamiento jurídico español las Directivas 2014/26/UE y (UE) 2017/1564.

En relación con el presente expediente, la reforma más relevante fue precisamente la introducida por el Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril, por la que se incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, con la finalidad de armonizar la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior.

De conformidad con el TRLPI, dentro de los derechos de autor podemos identificar los derechos patrimoniales, que se refieren a la obtención de una retribución por la explotación de una obra y al derecho de compensación equitativa por copia privada. En este contexto, el artículo 17 del TRLPI al referirse al *“derecho exclusivo de explotación y sus modalidades”*, distingue entre *“los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley”*.

Las conductas objeto de investigación en este expediente están relacionadas con los derechos de explotación, y, más concretamente, con los derechos de remuneración, que obligan al usuario al pago de una cantidad dineraria por los actos de explotación que realice, derivados de la gestión de los derechos de propiedad intelectual de los autores por la reproducción y la comunicación pública de sus obras musicales y audiovisuales.

De acuerdo con el artículo 18 del TRLPI, se entiende por reproducción *“la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias”*. Por su parte, el artículo 20.1 del TRLPI define la comunicación pública como *“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”*, puntualizando que *“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”*.

Por su parte, por gestión de los derechos de propiedad intelectual se debe entender el modo de administrar los derechos de autor y sus derechos afines, es decir, la forma de concederlos, cederlos o remunerarlos según su tipo de utilización. La gestión de estos derechos puede ejercitarse por parte de los titulares de los mismos de manera individual o colectiva. Así, según la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo y al Comité Económico y Social Europeo de 16 de abril de 2004 sobre la gestión de los derechos de autor y derechos afines en el mercado interior, la gestión colectiva de estos derechos es un sistema mediante el cual una sociedad de gestión colectiva administra conjuntamente los derechos y supervisa, recauda y distribuye el pago de los derechos en nombre de varios titulares.

En este contexto, el TRLPI introdujo la posibilidad de que los titulares de derechos de propiedad intelectual encomendaran su gestión a operadores de gestión independientes (OGIs). De este modo, sus titulares pueden optar entre gestionarlos individualmente o encomendar su representación y el ejercicio de sus derechos a una entidad de gestión colectiva o a un OGI, salvo que se trate del derecho del autor a autorizar la retransmisión por cable de su obra, en cuyo caso será obligatorio realizarla a través de una entidad de gestión colectiva, de conformidad con el artículo 20.4.b) del TRLPI.

En todo caso, la concesión de autorizaciones sobre derechos de propiedad intelectual se ha llevado a cabo tradicionalmente a través de sistemas de gestión colectiva, puesto que se reducen los costes de transacción, permitiendo a los usuarios el acceso a un número elevado de obras de manera sencilla y, al mismo tiempo, a los titulares de los derechos, a la remuneración por usos de sus obras que, de manera individual, sería complicado obtener.

A. Regulación de las entidades de gestión colectiva

Las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual están reguladas en el Título IV del Libro III del TRLPI (art. 147-192). Estas entidades, legalmente constituidas en España y sin ánimo de lucro, deben obtener la autorización del Ministerio de Cultura y Deporte, con objeto de garantizar una adecuada protección de la propiedad intelectual. Actualmente, se han autorizado ocho entidades de gestión¹⁴. En virtud de dicha autorización, pueden ejercer los derechos de propiedad intelectual confiados a su gestión por sus titulares mediante contrato de gestión y, en particular, hacer efectivos los derechos a una remuneración y compensación equitativas en los distintos supuestos previstos en la ley y a autorizar la distribución por cable.

Concretamente, entre las funciones que la normativa vigente asigna a las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual¹⁵ se encuentran las siguientes:

- Administrar los derechos de propiedad intelectual conferidos, con sujeción a la legislación vigente y a sus estatutos. Estas entidades ejercitan derechos de propiedad intelectual, bien de forma delegada por sus legítimos titulares, o bien por mandato legal (derechos de gestión colectiva obligatoria); persiguen las violaciones a estos derechos mediante un control de las utilizaciones; fijan una remuneración adecuada al tipo de explotación que se realice y perciben esa remuneración con arreglo a lo estipulado.

¹⁴ De autores (SGAE, CEDRO, VEGAP y DAMA), de artistas, intérpretes o ejecutantes (AIE y AISGE) y de productores (AGEDI y EGEDA).

¹⁵<http://www.culturaydeporte.gob.es/cultura-mecd/areas-cultura/propiedadintelectual/gestion-colectiva/entidades-de-gestion-colectiva.html>

- En el ámbito de las utilidades masivas, celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio y fijar tarifas generales por la utilización del mismo.
- Permitir hacer efectivos los derechos de naturaleza compensatoria (por ejemplo, remuneración por copia privada).
- Realizar el reparto de la recaudación neta correspondiente a los titulares de derechos.
- Prestar servicios asistenciales y de promoción de los autores y artistas intérpretes o ejecutantes.
- Proteger y defender los derechos de propiedad intelectual contra las infracciones que se cometan, acudiendo en su caso a la vía judicial.

Así, el TRLPI desarrolla ciertas obligaciones y derechos que les asisten a las entidades de gestión para poder garantizar la adecuada protección de los derechos de propiedad intelectual:

En primer lugar, el artículo 156.2 TRLPI recoge la obligación de: *“aceptar la administración de los derechos que les sean encomendados contractual o legalmente de acuerdo con su objeto o fines y conforme a los criterios de admisión previstos en sus estatutos siempre que su gestión esté comprendida dentro de su ámbito de actividad”*. Como excepción a esta obligación, el articulado recoge la posibilidad de que las entidades de gestión rechacen la administración de tales derechos por motivos objetivamente justificados que, en todo caso, deberán ser motivados adecuadamente. De igual manera, las entidades de gestión no podrán imponer obligaciones a los titulares de derechos que no sean objetivamente necesarias para la protección de sus derechos e intereses o para la gestión eficaz de sus derechos.

En segundo lugar, los artículos 156.3 y 158.1 del TRLPI establecen la obligatoriedad de encomendar la gestión de estos derechos mediante contratos de gestión, con una duración no superior a tres años y renovables por períodos de un año.

Asimismo, el artículo 158.2 del TRLPI prevé la posibilidad de que el titular de los derechos gestionados pueda revocar, total o parcialmente, su contrato de gestión con una retirada de los derechos, categorías de derechos o tipos de obras o prestaciones de su elección en los territorios de su elección.

En relación a ello, el artículo 157.1 del TRLPI también señala que *“en el contrato de gestión, el titular de derechos deberá dar consentimiento explícito, por escrito, para cada derecho, categoría de derechos o tipo de obra o prestación cuya gestión encomienda a la entidad y respecto de los territorios de su elección, con independencia de su nacionalidad o lugar de residencia o de establecimiento de la entidad de gestión. Dicho contrato no podrá imponer como obligatoria la gestión de todas las modalidades de uso ni la de la totalidad de la obra o producción futura.”*

En tercer lugar, en relación con las obligaciones de las entidades de gestión hacia sus asociados, el artículo 177 del TRLPI destaca, entre otros, el deber de repartir los derechos recaudados de manera equitativa entre los titulares de las obras o prestaciones utilizadas y las otras entidades de gestión con las que se hayan firmado acuerdos de representación¹⁶. En relación con ello, el artículo 159.l) del TRLPI estipula que dicho reparto de los derechos recaudados deberá ser proporcional a la utilización de sus obras y prestaciones protegidas y, en consecuencia, a la recaudación que contribuyan a generar para la entidad de gestión.

Por último, el TRLPI establece otra serie de obligaciones impuestas a las entidades de gestión, entre las que cabe resaltar, por afectar al análisis del presente expediente, las siguientes:

- En relación con la concesión de autorizaciones no exclusivas, el artículo 163 del TRLPI establece la obligación de *“negociar y contratar, bajo remuneración, en condiciones equitativas y no discriminatorias con quien lo solicite, salvo motivo justificado, (...), actuando bajo los principios de buena fe y transparencia”* (artículo 163.1 del TRLPI). Asimismo, se dispone que *“la concesión de las autorizaciones no exclusivas se basará en condiciones equitativas y no discriminatorias. Para tal fin, las entidades de gestión deberán informar a los usuarios sobre las condiciones comerciales otorgadas a otros usuarios que lleven a cabo actividades económicas similares”* (artículo 163.2 del TFLPI). También se estipula que *“mientras las partes no lleguen a un acuerdo [respecto a la concesión de autorizaciones], 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”* (artículo 163.4 del TFLPI).
- En relación con las tarifas generales, el artículo 164.1¹⁷ del TRLPI fija la obligación de *“establecer tarifas generales, simples y claras que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio”*, debiendo ser acompañadas de una memoria económica que proporcione *“una explicación pormenorizada por modalidad tarifaria para cada categoría de usuario”*. Así, el artículo 164.3 del TRLPI añade que *“El importe de las tarifas generales se establecerá en condiciones razonables, atendiendo al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad del usuario, y buscando el justo equilibrio entre ambas partes.”*

¹⁶ Obligación recogida en el artículo 154 de la TRLPI en la redacción dada por la Ley 5/1998, de 6 de marzo.

¹⁷ Antiguo artículo 157.1.b) en la redacción dada por la Ley 5/1998, de 6 de marzo.

- El artículo 165 del TRLPI regula los acuerdos sectoriales obligando a las entidades de gestión “*a negociar y celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente*”. A este respecto, este tipo de contratos generales firmados con asociaciones a los que hace referencia este artículo carecen de efectos vinculantes por sí mismos, precisando de transposición mediante la celebración de contratos individuales suscritos con usuarios miembros de la respectiva asociación. En cualquier caso, se ha de reseñar que, aunque el TRLPI sólo contemple el supuesto de las tarifas pactadas entre las entidades de gestión y las asociaciones representativas de usuarios, las entidades de gestión también pueden pactar tarifas individualizadas con usuarios concretos, sin que los contratos estén amparados por ningún contrato general con asociaciones representativas del sector.
- Finalmente, es pertinente señalar que el artículo 185 del TRLPI impone la obligación a las entidades de gestión de hacer pública determinada información destacando, en relación con el objeto de este expediente, la referida a las tarifas generales vigentes, junto con la memoria económica justificativa, para cada una de las modalidades de uso de su repertorio, incluidos los descuentos y las circunstancias en que deben aplicarse.

B. Metodología para la determinación de las tarifas generales

De conformidad con lo estipulado en el artículo 164.4 del TRLPI, la metodología para la determinación de las tarifas generales de las entidades de gestión deberá ser aprobada por el Ministerio de Cultura y Deporte mediante orden ministerial, previo informe de la CNMC y acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos¹⁸.

De conformidad con los principios tanto del TRLPI como de los precedentes de las resoluciones de la autoridad de competencia en la materia, las tarifas generales para la remuneración del repertorio de las entidades de gestión deben ser simples y claras, de forma tal que puedan resultar comprensibles para el usuario, permitiéndole identificar, en cada caso, el concreto derecho respecto de las obras y prestaciones del repertorio de la entidad de gestión, la modalidad de explotación a que se aplican y los componentes en los que se desglosa la tarifa.

Además, el importe de las tarifas generales debe ser razonable, es decir, atender al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad del usuario y buscar el justo equilibrio entre éste y la

¹⁸ En cumplimiento de esta disposición del TRLPI se adoptó la Orden ECD/2574/2015, de 2 de diciembre, por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual. No obstante, esta Orden fue declarada nula por el Tribunal Supremo en su sentencia número 508/2018, de 22 de marzo de 2018.

entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual correspondiente. Para ello debe atender a los criterios establecidos en el artículo 164.3 del TRLPI.

Asimismo, de cara a lograr el justo equilibrio en la determinación del importe de las tarifas generales deben tenerse en cuenta por las entidades de gestión, como parámetros de comparación, las tarifas generales preexistentes y las tarifas aceptadas por los usuarios por la utilización del repertorio hasta la fecha de entrada en vigor del TRLPI.

En definitiva, en la determinación del valor económico de la utilización de los derechos en el establecimiento de tarifas generales es imprescindible tener en cuenta el grado de uso efectivo, la intensidad de uso, la relevancia de uso y la amplitud del repertorio, así como los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del mismo.

2. Mercado de producto

Al abordar el mercado de producto y en coincidencia con lo expuesto por la DC, hay que tener en cuenta que, las entidades de gestión colectiva y, en su caso, los OGI's, operan en dos ámbitos distintos, por un lado, conciertan contratos con los titulares de derechos de autor, lo que les permite gestionar en nombre de éstos un repertorio de creaciones (mercado aguas arriba); y, por otro lado, contratan con usuarios la concesión de autorizaciones para permitirles la utilización de repertorio de sus derechos gestionados (mercado aguas abajo). Esta configuración del mercado hace que las entidades de gestión colectiva, como operadores económicos del mismo, lleven a cabo una doble competencia por captar derechos para su repertorio y usuarios para sus licencias.

A. Mercados aguas arriba de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras audiovisuales y musicales

Este primer segmento de mercados de producto, en el que las entidades de gestión compiten por la captación de derechos de propiedad intelectual para su repertorio, está íntimamente relacionado con los mercados aguas abajo, en la medida en que una vez que dichas entidades consiguen suscribir contratos de gestión de derechos con sus titulares para la incorporación de sus obras a su repertorio, deciden y gestionan la concesión de autorizaciones y la remuneración por la reproducción y comunicación pública de las mismas.

Como afirma la DC, las principales características de estos mercados son la presencia de economías de red y de escala positivas, debido, por un lado, a una mayor capacidad de atracción de usuarios conforme mayor es el repertorio de la entidad de gestión y, por otro lado, la progresiva reducción de los costes medios de operación según aumenta la cantidad de derechos gestionados.

Además, el establecimiento en el TRLPI de determinados límites y obligaciones a las relaciones entre entidades de gestión colectiva y autores, ya señaladas en el estudio del marco normativo, también tiene relevancia desde el punto de vista de la incidencia de condicionantes legales al funcionamiento del mercado.

Por estos motivos, y pese a que existen elementos que apuntarían hacia la competencia de las entidades de gestión, la presencia de barreras de diferente índole determina que la competencia de las entidades de gestión colectiva sea mínima. De hecho, en España, en lo que respecta a la gestión de los derechos de autor de obras audiovisuales -directores y guionistas-, operan solo dos entidades de gestión colectiva en régimen de competencia: SGAE y DAMA.

Adicionalmente, en relación con el análisis del grado de sustituibilidad de la demanda, existe una baja elasticidad por parte de los propietarios de derechos de autor, debido a la tradicional existencia de una única entidad de gestión por conjunto de derechos (salvo la excepción señalada para la gestión de los derechos de autor de obras audiovisuales), los aspectos legales y las características del sector indicadas anteriormente.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe mencionar, en términos del análisis de la posible existencia de competencia potencial, que junto a las citadas entidades de gestión autorizadas existen también otros tipos de entidades que podrían representar una alternativa a la gestión colectiva ofrecida por las entidades de gestión preponderantes, aumentando la presión competitiva frente al poder de mercado que éstas vienen ostentando:

- En primer lugar, estarían las entidades de gestión de ámbito autonómico, siendo aquellas que desarrollan su actividad principalmente en el territorio de la Comunidad Autónoma¹⁹.
- En segundo lugar, como se ha señalado al describir el marco normativo, en España están activas actualmente los denominados OGI's, como el denunciante UNISON RIGHTS. Se trata de entidades reconocidas por la Directiva 2014/26/UE que han venido operando al margen del régimen jurídico previsto por el TRLPI hasta la reciente modificación del texto legislativo, mediante la que se finalizaba su transposición a la legislación nacional de la mencionada Directiva. Su regulación concreta está establecida en el artículo 153 del TRLPI que los define como "*cualquier entidad legalmente constituida y autorizada por un contrato de gestión para gestionar derechos de explotación u otros de carácter patrimonial en*

¹⁹ Desde 2014 está operando en el ámbito del País Vasco Euskal Kulturgileen Kidegoa (EKKI), entidad de gestión autorizada mediante Resolución de 20 de octubre de 2014, del Director de Patrimonio Cultural del País Vasco, en el marco de lo dispuesto en el Real Decreto 896/2011, de 24 de junio, sobre ampliación de servicios de la Administración General del Estado tras pasados a la Comunidad Autónoma del País Vasco, en él se establece que en cuanto a las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, la Comunidad Autónoma del País Vasco asume diversas funciones en los términos que establezca la legislación del Estado, entre ellas la autorización y revocación de autorización de las entidades o asociaciones de entidades que pretendan dedicarse, de manera exclusiva o mayoritariamente en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en nombre propio o ajeno, a la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual.

nombre y beneficio colectivo de varios titulares de derechos, como único o principal objeto” siempre que no sea propiedad ni estén sometidos al control, directo o indirecto, en su totalidad o en parte, de los titulares de derechos y que tengan ánimo de lucro. Asimismo, deberán comunicar al Ministerio de Cultura y Deporte el inicio de sus actividades.

- Una tercera vía de competencia potencial serían las entidades de gestión de otros Estados que operen en España, las cuales, en virtud de las disposiciones relativas al régimen jurídico de las autorizaciones multiterritoriales no exclusivas de derechos en línea sobre obras musicales, introducidas por el Real Decreto-ley 2/2018 para armonizarlo con el texto comunitario, podrían facilitar la aparición de licencias multiterritoriales a nivel europeo. Sin embargo, se trata de una forma sin reconocimiento tradicional en la legislación nacional sobre propiedad intelectual y sin ejemplos vigentes.

Sin embargo, conforme a la información disponible en el expediente de referencia, hasta la fecha estas tres alternativas mencionadas han tenido un desarrollo mínimo de cara a la captación y explotación de repertorios de derechos de autor en España, y no alcanzan una magnitud competitiva significativa, siendo su presencia menor.

Por último, esta sala coincide con la DC en la necesidad de diferenciar, en estos mercados aguas arriba de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores y editores, el mercado referido a la reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales, y el referido a la reproducción y comunicación pública correspondiente a las obras musicales. Pese a que el régimen jurídico aplicable a estos dos mercados es análogo, tal y como se refleja en el título VI de la sección segunda del libro Primero del TRLPI²⁰, la diferenciación entre ambos vendría determinada en función de la titularidad de los derechos. Así, mientras que en el caso de los derechos sobre obras audiovisuales²¹ la titularidad corresponde a los directores-realizadores y a los guionistas y argumentistas (así como a los derechohabientes de ambos), en el caso de las obras musicales su titularidad corresponde a autores, compositores y editores.

Esta diferenciación es relevante en la medida en que la SGAE compite con otra entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, DAMA, únicamente en el mercado de obras audiovisuales. Como se verá más adelante, la SGAE también gestiona derechos de otro tipo de autores (por ejemplo, los musicales o los teatrales) en los cuales ostenta un monopolio *de facto*. Esta

²⁰ Cuyo artículo 94 determina la aplicabilidad de las disposiciones relativas a obras cinematográficas y demás obras audiovisuales a las obras radiofónicas.

²¹ El artículo 87 del TRLPI considera autores de la obra audiovisual a:

1. El director-realizador.
2. Los autores del argumento, la adaptación y los del guion o los diálogos.
3. Los autores de las composiciones musicales, con o sin letra, creadas especialmente para esta obra.

diferente composición y dinámica del mercado desde el punto de vista de la oferta, determina también la existencia de un mercado separado para los distintos tipos de obras o disciplinas artísticas.

Efectivamente, la diferenciación de estos dos mercados aguas arriba se manifiesta en el hecho de que en el mercado español la SGAE cuenta hasta la fecha con un repertorio cuasi-universal en el ámbito de las obras musicales. Sin embargo, en el mercado de obras audiovisuales, la cuota de la SGAE en términos de repertorio ponderado por uso se mantuvo cerca del 80-90% hasta 2017 y, en 2018, cayó significativamente hasta el 30-40%²², como consecuencia del trasvase del repertorio en España de los autores de EE.UU. y Reino Unido a DAMA, que se acordó en 2017 y se ha hecho efectivo en 2018 (folio 5662).

Aunque, como dice la DC, se podría plantear la existencia de mercados separados para cada uno de los derechos o formas de ejercicio de los derechos de remuneración de propiedad intelectual, esto no resulta necesario en este caso, ya que, actualmente, la dinámica competitiva en los mismos es muy similar, con independencia de que se definan o no de forma más estrecha.

En conclusión, a los efectos del presente expediente, esta Sala, en concordancia con la DC, considera que pueden definirse dos mercados aguas arriba: el de la gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras audiovisuales y el de la gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales.

B. Mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración por los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de obras musicales y audiovisuales

En los mercados aguas abajo, por su parte, se desarrolla la competencia por captar usuarios del repertorio de cada entidad de gestión a los que comercializar sus licencias y autorizaciones. En el presente expediente existen dos tipos de usuarios afectados por la gestión de los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de obras musicales y audiovisuales, los establecimientos del sector del hospedaje y los establecimientos del sector de la restauración.

Tanto los diversos establecimientos del sector hospedaje (hoteles, apartahoteles, apartamentos, moteles, ciudades y clubes vacacionales, hostales, pensiones, casas rurales, fondas, albergues, posadas, ventas, refugios, apartamentos de carácter rural y campings o similares) como los diversos establecimientos de restauración (bares, cafeterías, tabernas, restaurantes y similares) suelen utilizar contenidos musicales y audiovisuales como

²² Calculado sobre las estimaciones de SGAE, a partir del acuerdo de reparto de los ingresos de la copia privada y de las televisiones privadas entre DAMA y SGAE (folio 5686). Si se tomasen las estimaciones de aumento de ingresos que DAMA prevé para 2018, la cuota de SGAE se situaría en el 50-60% (folio 5654).

amenización de carácter secundario e incidental en el marco de su actividad principal de prestación de servicios de alojamiento y de hostelería.

En este contexto, los titulares de los establecimientos de hospedaje y restauración forman la demanda de este mercado concreto, ya que son los solicitantes de la autorización necesaria para la realización de los actos de reproducción y comunicación pública de los contenidos musicales y audiovisuales que se utilizan en el ámbito de su establecimiento, de conformidad con el artículo 17 del TRLPI.

Como ya se ha comentado anteriormente, los derechos exclusivos de autor generados por actos de reproducción y comunicación pública de obras musicales y audiovisuales no son de gestión colectiva obligatoria (con la excepción del derecho de comunicación pública por retransmisión por cable de la composición musical²³). No obstante, como acertadamente indica la DC, debido al elevado grado de atomización de la demanda por parte de ambas categorías de establecimientos, fundamentalmente se lleva a cabo una gestión colectiva por parte de los titulares de los derechos y se establecen tarifas por disponibilidad. Ello debido a que una gestión individual en la práctica generaría unos elevados costes de transacción que a su vez repercutirían en el aumento de costes en el caso de fijar tarifas por uso efectivo.

Asimismo, este mercado se distingue en función del contenido al cual se refieran los derechos de autor por la reproducción y la comunicación pública, debiendo diferenciarse el relativo a las obras audiovisuales y el referente a las obras musicales. Lógicamente, la sustituibilidad de la demanda es muy limitada por tratarse de productos (música y video) claramente diferenciados.

Por un lado, en el ámbito de los contenidos musicales, tal y como señalaba la DC, la SGAE tiene un monopolio de facto, ya que es la única entidad de gestión autorizada por el Ministerio de Cultura y Deporte para la gestión de los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de esta clase de derechos. Debe descartarse la competencia potencial de las OGI's por la escasa relevancia cuantitativa que han tenido hasta la fecha.

Por otro lado, en el ámbito de los contenidos audiovisuales, el escenario desde el punto de vista de la oferta es similar, aunque aparentemente parezca diferente, ya que, desde 1999, operan dos entidades de gestión colectiva: SGAE y DAMA. Así, en principio los autores de obras audiovisuales tienen la posibilidad de elegir entre ambas para la gestión de sus derechos de autor por la reproducción y la comunicación pública de las obras musicales. Sin embargo, desde el punto de vista de la demanda de los usuarios finales, aguas abajo, debido a que el repertorio de cada una de estas entidades de gestión es diferente, en la práctica la competencia entre ambas es con frecuencia limitada, ya que para el caso de que los usuarios desearan tener cobertura respecto a todo el repertorio de obras

²³ Artículo 20.4.b) del TRLPI.

audiovisuales disponibles, deberían disponer de la licencia de ambas entidades de gestión.

Por tanto, esta Sala acoge el criterio de la DC sobre la necesidad de diferenciar los mercados aguas abajo, configurados en base a la existencia de clientes distintos (demandantes de licencias/autorizaciones), productos distintos (las licencias son diferentes en función del tipo de actividad a desarrollar) y precios distintos. De hecho, en la práctica es frecuente que existan tarifas diferentes para el sector restauración y para el sector hospedaje e, incluso, algunas de las licencias otorgadas son específicas a alguno de los dos sectores. Por ello, deben diferenciarse cuatro mercados:

- Un mercado de producto relevante de concesión de autorizaciones y remuneración por los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de obras musicales en establecimientos del sector del hospedaje.
- Un mercado de producto relevante de concesión de autorizaciones y remuneración por los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de obras musicales en establecimientos del sector de la restauración.
- Un mercado de producto relevante de concesión de autorizaciones y remuneración por los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales en establecimientos del sector del hospedaje.
- Un mercado de producto relevante de concesión de autorizaciones y remuneración por los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales en establecimientos del sector de la restauración.

En relación con la estructura de estos mercados, destaca en todos ellos la cuota de la SGAE en España que es del 100% o muy próxima a esta cifra, pues a pesar de que en el ámbito de las obras audiovisuales la SGAE no tiene un repertorio cuasi-universal (compite con DAMA, que desde 2018 tiene una cuota del 40-70% -según la fuente que se utilice²⁴- en términos de repertorio gestionado), es el único operador que recauda por el uso de derechos de autor en estos ámbitos.

En este sentido, al no disponer de una red de representantes ni de acuerdos para gestionar sus derechos en el ámbito de la hostelería y de la restauración, DAMA ha sido incapaz de recaudar ningún derecho de remuneración en este ámbito hasta la fecha, a pesar de que ha intentado llegar a acuerdos con asociaciones representativas de usuarios y con usuarios concretos (folios 5662 a 5667).

²⁴ Previsiones de DAMA para 2018 (folio 5654) o estimaciones de SGAE (folio 5686).

3. Mercado geográfico

A los efectos del presente expediente, la DC considera que el ámbito geográfico relevante de los mercados de producto definidos es nacional.

En primer lugar, la SGAE es la única entidad de gestión colectiva autorizada en territorio nacional para operar en el mercado de gestión de derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de contenidos musicales, compartiendo tal situación con DAMA en el ámbito de gestión de los derechos de los autores del medio audiovisual. Asimismo, tanto la SGAE como DAMA desarrollan su actividad, de acuerdo a sus estatutos, en territorio español y, en virtud de acuerdos de representación recíproca suscritos con entidades de gestión extranjeras²⁵, gestionan el repertorio de éstas en España. Por tanto, aunque tengan encomendada la gestión de derechos en un ámbito territorial amplio²⁶, en la práctica desarrollan la gestión directa únicamente en el territorio español, realizando su gestión en el extranjero las entidades con acuerdos recíprocos y de acuerdo a cada normativa nacional.

Por otro lado, otro elemento que delimita el ámbito geográfico del mercado objeto de estudio son las diferencias en los regímenes jurídicos aplicables, que pueden determinar discordancias significativas entre la gestión de derechos entre países, más allá del reconocimiento genérico de un derecho de autor, y que justificarían actualmente la consideración de mercados nacionales. En el caso español, el requisito de obtención de la oportuna autorización del Ministerio de Cultura para poder desarrollar la actividad las distintas entidades de gestión, funge como un delimitador del mercado, caracterizando su carácter nacional y uniforme. Precisamente, en el artículo 148 del TRLPI, entre otros, se pone de manifiesto que el ámbito principal de acción y cobertura de dicha norma es el territorio español, al afirmar que la condición para obtener la autorización pertinente que la entidad solicitante debe reunir es para asegurar la eficaz administración de los derechos, cuya gestión le va a ser encomendada, en todo el territorio español.

En relación a los usuarios, titulares de los establecimientos de hospedaje y restauración que forman la demanda en los mercados aguas abajo, su ámbito de acción viene determinado por su ubicación física, salvo grandes grupos y cadenas de establecimientos que gestionan establecimientos en todo el territorio nacional. En cualquier caso, esta Sala coincide con la DC en el hecho de que, a

²⁵ SGAE afirma en su web tener suscritos más de 200 acuerdos de reciprocidad con otras sociedades de autor extranjeras de más de 140 países: (ver <http://www.sgae.es/es-ES/SitePages/corp-yocreo.aspx>)

DAMA afirma en su web tener suscritos acuerdos de reciprocidad en el ámbito audiovisual con entidades de Reino Unido, Francia, México, Argentina, Canadá, Japón, Polonia, Brasil, Suiza y Colombia, entre otros. (Ver <http://www.damautor.es/socios/#tab-1435781893437-5-0>)

²⁶ De hecho, los contratos de gestión se refieren a cesiones o mandatos de derechos para cualquier territorio.

efectos del presente expediente, no resulta relevante realizar una delimitación de ámbito geográfico afectado inferior al territorio nacional, dado que las condiciones de contratación son homogéneas en todo el país, y así lo han reflejado diversos precedentes de la autoridad de competencia²⁷. Asimismo, los convenios suscritos por las entidades de gestión con las asociaciones sectoriales tienen habitualmente un ámbito de acción nacional, no haciendo distinciones en base a territorios de menor magnitud.

Asimismo, como se analizará más adelante, también se cumplen los criterios de posible afectación al comercio entre Estados miembros desarrollados en la Comunicación de la Comisión Europea de directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio intracomunitario, lo que permite la aplicación del artículo 102 TFUE a los efectos del presente expediente.

IV. HECHOS ACREDITADOS

Los hechos acreditados en el presente expediente relativos a las prácticas investigadas que se exponen a continuación tienen su origen en la información aportada por los denunciantes y, posteriormente, por la SGAE como inocada en sus escritos de contestación a los requerimientos de información efectuados por esta Comisión.

En los párrafos 146 a 192 del PCH, la DC expone los hechos que considera acreditados respecto a las conductas desarrolladas por las empresas imputadas una vez analizada toda la información disponible en el expediente.

A continuación, se exponen los hechos acreditados más destacados obtenidos por la DC a lo largo de la instrucción del expediente. A este respecto, la propuesta de resolución estructura los hechos acreditados en cinco partes: una primera relativa a las condiciones estatutarias y contractuales en los mercados aguas arriba de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de autores y editores; una segunda sobre la regulación europea y nacional aplicable a la gestión colectiva de estos derechos; una tercera y una cuarta relacionadas con el establecimiento de tarifas por remuneración de los derechos en los mercados aguas abajo para los establecimientos del sector hospedaje y restauración, respectivamente; y una quinta relacionada con la actualización de tarifas en licencias para la comunicación pública del repertorio de SGAE en locales.

Para mantener una coherencia estructural con la propuesta de resolución, esta Sala ha decidido dividir los hechos acreditados siguientes de acuerdo al mismo esquema que la DC.

²⁷ Expedientes: S/0157/09 EGEDA, S/0466/13 SGAE Autores y S/0460/13 SGAE Conciertos.

Finalmente, cabe advertir que esta resolución recoge los hechos acreditados más significativos contenidos en la propuesta de resolución a la que, en su caso, habrá que remitirse para una completa lectura de las pruebas recabadas por la DC a lo largo de la instrucción del presente expediente (la versión completa de los hechos acreditados se puede consultar en los folios 7550 a 7571 del expediente).

1. Condiciones estatutarias y contractuales en los mercados aguas arriba de gestión colectiva de derechos propiedad intelectual de autores y editores

La Asamblea General de SGAE, en su sesión de 23 de junio de 2016, aprobó la modificación de los Estatutos y del modelo de contrato de gestión con objeto de adaptarlos tanto a las reformas experimentadas en el TRLPI como a las previsiones de la Directiva 2014/26/UE. En dichos Estatutos, la SGAE define las condiciones de funcionamiento de la entidad en el desempeño de sus funciones incluyendo, entre otros aspectos, las características del contrato de gestión a través del cual los socios de ésta le atribuyen la gestión de sus derechos.

De este modo, el vigente artículo 14.1 de los Estatutos de SGAE que regula las características del contrato de gestión, establece la posibilidad de que el titular de los derechos pueda limitar la cesión de los mismos a la entidad de gestión para una o varias categorías de obras, derechos y formas de explotación (folio 2250) [énfasis añadido]:

“1º El otorgante cederá en exclusiva a la Sociedad, a los solos fines de su gestión, los derechos exclusivos y los de remuneración equitativa que se mencionan en las categorías que se determinan en el siguiente ordinal 4º.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, los derechos relativos a las obras de gran derecho –en el sentido del artículo 12 de los presentes Estatutos– y a las contribuciones no musicales incorporadas a una obra audiovisual, así como los derechos de remuneración equitativa que no sean transmisibles, serán objeto de mandato en exclusiva conferido a la Sociedad.

2º La cesión y, en su caso, el mandato de los derechos aludidos en el precedente ordinal 1º se extenderán a todos aquellos de los que sea titular el otorgante del contrato al tiempo de su incorporación a la Sociedad y para cualquier territorio, así como a los que adquiera durante su vinculación con aquella, sin perjuicio de lo que se dispone en el siguiente ordinal 3º.

*3º No obstante lo establecido en el anterior ordinal 2º, **el otorgante podrá limitar la cesión y, en su caso, el mandato:***

a) a una o varias de las categorías de obras, derechos y formas de explotación que se describen en el siguiente ordinal 4º y/o

b) a los territorios de su elección.”

En relación a las categorías de derechos a que hace mención el artículo 13.3º.a), en su apartado 4º se definen las diecinueve categorías de derechos, referidas a obras de gran derecho, obras de pequeño derecho y obras audiovisuales.

Las categorías más relevantes de cara al presente expediente son la primera y segunda de pequeño derecho (donde se incluyen las obras musicales) ya que son las que se refieren a los derechos de comunicación pública (folios 2250 y 2251) [énfasis añadido]:

- **“Categoría primera: derechos exclusivos de autorizar su representación, ejecución, recitación, exhibición o proyección pública, su transmisión en lugar accesible al público a partir de una emisión de radiodifusión o de un programa distribuido por cable y, en general, su comunicación pública en cualquier otra forma (comprendida la efectuada por cualquier medio o procedimiento) que se realice con destino a un público presente en el lugar donde se produzca el acto de explotación.**
- **Categoría segunda: derechos exclusivos de autorizar su emisión (por el medio de la radio o la televisión, comprendida la efectuada por satélite –incluso transfronterizo–), su transmisión (distribución) por cable inicial (o distribución por cable de programas propios del distribuidor), su retransmisión inalámbrica o por hilo (comprendida la de un programa propio de otro distribuidor por cable) y, en general, su comunicación al público en cualquier otra forma que se realice con destino a un público no presente en el lugar de origen del acto, incluso a través de redes del tipo de la Internet, incluida la realizada mediante puesta a disposición del público de manera que cada uno de los miembros de este pueda acceder a la obra desde el lugar y en el momento que elija.**
- *Categoría tercera: derechos exclusivos de autorizar su reproducción (reproducción mecánica) sobre soportes de sonido (fonogramas) y, con relación a las obras reproducidas en dichos soportes, su distribución mediante venta, alquiler o préstamo, así como su comunicación pública (ejecución mecánica) en los términos expresados en las categorías primera y segunda que anteceden, incluidas la distribución y comunicación pública efectuadas a partir de soportes que se hayan puesto en circulación en forma de venta y con destino únicamente al uso privado.*
- *Categoría cuarta: derechos exclusivos de autorizar su reproducción (reproducción mecánica), incluso en concepto de primera fijación –*

comprendida la “sincronización de obras musicales”–, sobre soportes de sonido e imagen (grabaciones audiovisuales) y, con relación a las obras reproducidas en dichos soportes, su distribución –mediante venta, alquiler o préstamo– y su comunicación pública en los términos expresados en las categorías primera y segunda que anteceden, incluidas la distribución y comunicación pública efectuadas a partir de soportes que se hayan puesto en circulación en forma de venta y con destino únicamente al uso privado.

- *Categoría quinta: derechos exclusivos de autorizar su reproducción sobre soportes de sonido (fonogramas), de imagen o de sonido e imagen (grabaciones audiovisuales), incluso en concepto de primera fijación –comprendida la “sincronización” de obras musicales–, con fines publicitarios.*
- *Categoría sexta: derechos exclusivos de autorizar su reproducción en obras audiovisuales que se hayan creado con vistas a su reproducción, así como el derecho de autorizar su transformación en los términos mencionados en la letra b) del apartado 1 del artículo 6.*
- *Categoría séptima: derechos exclusivos de autorizar su reproducción, en tanto obras preexistentes y comprendida la “sincronización” de obras musicales, en obras audiovisuales, así como el derecho de autorizar su transformación en los términos mencionados en la letra b) del apartado 1 del artículo 6.*
- *Categoría octava: derechos de remuneración equitativa previstos en relación con: la copia privada para uso personal; con el alquiler de soportes de sonido (fonogramas) y de sonido e imagen (grabaciones audiovisuales) en los que se hayan reproducido las obras de referencia –en su forma original o mediante su incorporación a una obra audiovisual–; y con la proyección, exhibición y transmisión pública de las mismas obras incorporadas a una obra audiovisual”*

En relación con las obras audiovisuales, comprendidas las expresadas en forma de producción multimedia y excluidas las obras musicales preexistentes y las contribuciones de dicho género incorporadas (unas y otras) a dichas obras audiovisuales, la categoría más relevante de cara al presente expediente es la decimosexta [énfasis añadido]:

- **“Categoría decimosexta: derechos exclusivos de autorizar la reproducción, en soportes de sonido e imagen, de las contribuciones literarias y de realización incorporadas a obras audiovisuales con vistas a las cuales hayan sido creadas, así como los de distribución –en forma de venta, alquiler o**

***préstamo– y comunicación pública en los términos expresados en las categorías novena, décima y duodécima que anteceden.*²⁸**

- *Categoría decimoséptima: derecho de remuneración equitativa previsto en la Ley de Propiedad Intelectual en relación con la copia privada para uso personal de las obras de referencia.*
- *Categoría decimoctava: derechos de remuneración equitativa previstos en relación con el alquiler de soportes de sonido (fonogramas) y de sonido e imagen (grabaciones audiovisuales) en los que se hayan reproducido las referidas obras.*
- *Categoría decimonona: derechos de remuneración equitativa previstos en relación con la proyección, exhibición y transmisión pública de tales obras.”*

En relación con la regulación sobre la duración de los contratos y el ejercicio de la revocación de la autorización de gestión de derechos, los apartados 5º y 6º del multicitado artículo 14 establecen lo siguiente (folio 2252) [énfasis añadido]:

“5º El contrato de gestión tendrá una duración de tres años prorrogables indefinidamente de año en año, salvo denuncia escrita con un preaviso de seis meses, en cuyo caso el vencimiento efectivo tendrá lugar al final del ejercicio correspondiente a la fecha de extinción del contrato.

El titular de los derechos, no obstante, podrá revocar en cualquier momento la autorización para gestionar derechos, categorías de derechos o tipos de obras o retirar los derechos o categorías de derechos o tipos de obras de su elección, mediante comunicación escrita dirigida a la Sociedad con un preaviso de seis meses. La revocación o retirada surtirán efecto al final del ejercicio correspondiente a la fecha en que haya vencido el expresado plazo de preaviso de seis meses.

*6º Las facultades de denuncia y desistimiento mediante revocación o retirada previstas en el anterior ordinal 5º, **en caso de ser parciales, se llevarán a cabo bajo las condiciones que se han establecido en el ordinal 3º.** [es decir, por categorías de obras, derechos y formas de explotación, y/o para determinados territorios]”.*

²⁸ La categoría novena incluye la comunicación pública a través de emisión por radiodifusión o por un programa distribuido por cable o en cualquier forma para un público que esté presente en el lugar donde se produce el acto de explotación. La categoría décima es idéntica a la anterior pero cuando el público no está presente en el lugar donde se produce el acto de explotación. La undécima se refiere a la reproducción mecánica y, en relación a esa reproducción, su distribución mediante venta, alquiler o préstamo, así como su comunicación pública para públicos presentes y no presentes en el lugar donde se produce el acto de explotación.

Esta facultad de desistimiento mediante revocación o retirada se aplicará a todos los contratos cualquiera que sea la fecha de su celebración, según lo previsto en la Disposición Transitoria Decimoséptima de los propios Estatutos (folio 2302).

Adicionalmente, la letra a) del artículo 14.1.3º de los Estatutos de SGAE impide que el titular de derechos, en el momento de suscripción del contrato de gestión con la entidad de gestión, excluya de esta gestión derechos específicos, puesto que, como se ha reproducido con anterioridad, la atribución de la gestión a esta entidad “[...] se refiere a cada una de las categorías de derechos que se mencionan en el apartado 4º del artículo 14.1 de la versión vigente de los Estatutos de SGAE”. Lo cual ha sido confirmado expresamente por la SGAE, aseverando que **“El mandato de los autores a SGAE se refiere a cada una de las categorías de derechos que se mencionan en el apartado 4º del artículo 14.1 de la versión vigente de los Estatutos de SGAE, sin que sea posible excluir obras individuales o porcentajes de obras individuales de cada una de esas categorías”** [énfasis añadido] (folio 829).

Lo misma interpretación aplica en relación al derecho de revocación o retirada, pues la propia SGAE ha declarado que, a pesar de la redacción del párrafo segundo del artículo 14.1.5º de sus Estatutos *“el derecho de revocación o retirada se refiere a las mismas categorías definidas en el apartado 4º del artículo 14.1”* (folio 829). En la práctica, esto impide que sus socios revoquen o retiren derechos específicos.

En definitiva, tanto la gestión de derechos conferida por el autor a SGAE en el momento de su alta como socio y de la suscripción del correspondiente contrato de gestión, como la revocación o retirada parcial realizada con posterioridad, parecen estar restringidas por bloques completos de categorías de obras, categorías de derechos y a formas de explotación, conforme a la clasificación establecida por la propia SGAE en el artículo 14.1.4º de sus estatutos, a las que nos hemos referido anteriormente.

2. Regulación de la Unión Europea y nacional aplicable a la gestión colectiva de derechos propiedad intelectual de autores y editores

El texto legal de referencia en este ámbito es la Directiva 2014/26/UE, en cuyo párrafo 19 de la Exposición de Motivos identifica el contenido de dicha norma como una manifestación más de las libertades establecidas en el TFUE. Al respecto, indica lo siguiente: *“Habida cuenta de las libertades establecidas en el TFUE, la prestación y recepción de servicios de gestión colectiva de derechos de autor y derechos afines deben implicar que **un titular de derechos pueda elegir libremente la entidad de gestión colectiva encargada de la gestión de sus derechos, ya se trate de derechos de comunicación con el público o de derechos de reproducción o de categorías de derechos relacionados con formas de explotación como la radiodifusión, la exhibición en salas o la reproducción para la distribución en línea, siempre y cuando la entidad de***

gestión colectiva que el titular de derechos desee elegir ya gestione estos tipos o categorías de derechos”. [énfasis añadido]

Ésta Directiva en su artículo 5, referido a los derechos de los titulares de derechos, establece en cuanto a la cesión de derechos en su apartado 2 que **“Los titulares de derechos tendrán derecho a autorizar a la entidad de gestión colectiva de su elección a gestionar los derechos, categorías de derechos o tipos de obras y otras prestaciones de su elección, respecto de los territorios de su elección, independientemente de la nacionalidad o del Estado miembro de residencia o de establecimiento de la entidad de gestión colectiva o del titular de derechos. Salvo que la entidad de gestión colectiva tenga motivos objetivamente justificados para rechazar la gestión, estará obligada a gestionar esos derechos, categorías de derechos o tipos de obras y otras prestaciones, siempre que su gestión esté comprendida dentro de su ámbito de actividad.”** [énfasis añadido].

A continuación, en relación a la revocación, el apartado 4 del mismo artículo indica que **“Los titulares de derechos tendrán derecho a revocar la autorización para gestionar derechos, categorías de derechos o tipos de obras y otras prestaciones, concedida por ellos a una entidad de gestión colectiva, o a retirar de una entidad de gestión colectiva los derechos o categorías de derechos o tipos de obras y otras prestaciones de su elección, según se determine de conformidad con el apartado 2, en los territorios de su elección, con un plazo de preaviso razonable no superior a seis meses. La entidad de gestión colectiva podrá decidir que la revocación o la retirada surta efecto únicamente al final del ejercicio.”** [énfasis añadido].

Como reflejo de estos dos preceptos, la reforma del TRLPI por el Real Decreto-ley 2/2018 introduce el artículo 158, relativo a la revocación total o parcial del contrato de gestión, según el cual el titular tiene derecho *“a revocar total o parcialmente su contrato de gestión, con una retirada de los derechos, categorías de derechos o tipos de obras o prestaciones de su elección en los territorios de su elección”*.

Asimismo, el artículo 158 del TRLPI al referirse a las licencias multiterritoriales recoge la posibilidad de retirar determinados derechos no sujetos a categorías al puntualizar que *“las entidades de gestión que no concedan ni se ofrezcan a conceder autorizaciones multiterritoriales no exclusivas de derechos en línea sobre obras musicales o no permitan que otra entidad de gestión represente esos derechos con tal fin, deberán permitir a sus miembros la revocación parcial de su contrato de gestión en lo que se refiere a tales derechos con el fin de poder conceder tales autorizaciones”*.

No obstante, tanto la Directiva²⁹ como el TRLPI³⁰ buscan mantener una proporcionalidad entre la gestión de derechos y el ejercicio de la libertad de los

²⁹ Considerando 19, Directiva 2014/26/UE.

³⁰ Artículo 159.e).3º, TRLPI.

titulares de los mismos. Por ello, regulan que la revocación de derechos por sus titulares deberá mantener un equilibrio con la capacidad de la entidad de gestión para gestionar eficazmente aquéllos derechos que le hayan sido encomendados.

3. Establecimiento de tarifas por remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales y audiovisuales a través de su amenización en espacios públicos en establecimientos integrantes del sector del hospedaje

a. Clasificación de establecimientos y fijación de tarifas por disponibilidad promediada

Como indica la SGAE en su Memoria Económica Justificativa de las Tarifas Generales SGAE 2016³¹ (Memoria Económica SGAE 2016), actualmente no existe en España un sistema nacional de clasificación de alojamientos, puesto que cada Comunidad Autónoma tiene su propia legislación (folio 5597), aunque en la práctica las definiciones son muy parecidas. Por ese motivo, y con el objeto de establecer un sistema tarifario de aplicación en todo el territorio nacional, la SGAE acordó las definiciones, categorías de establecimientos y convenciones en este ámbito con la Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos (CEHAT). Así, en el Capítulo I de la Memoria Económica SGAE “Comunicación pública”, se incluye en el sector hospedaje las siguientes categorías de establecimientos:

1. Establecimientos Hoteleros: en general hoteles, aparta-hoteles, apartamentos, moteles, ciudades y clubes vacacionales.
2. Pequeño hospedaje: en general hostales, pensiones, casas rurales y fondas.
3. Hospedaje de carácter rural: en general albergues, posadas, ventas, refugios y apartamentos de carácter rural.
4. Otros alojamientos turísticos, en general campings o similares.

Para la determinación de las tarifas generales aplicadas a los establecimientos del sector de hospedaje, la SGAE acordó con el CEHAT, tal y como viene recogido en el Convenio Sectorial de julio de 2016 (Convenio CEHAT, folios 2306 a 2353), que el uso de una tarifa por disponibilidad promediada es la mejor solución para esta categoría de usuarios, debido a la ausencia o dificultad de disponer, desarrollar y tratar regularmente, a un coste razonable de monitorización y actualización, información fidedigna y personalizada para cada establecimiento relativa a los ingresos directamente vinculados con la explotación del repertorio y/o a la intensidad real del uso del repertorio utilizado. De esta manera, en el Convenio Sectorial se reflejan las tarifas aplicables y se especifican deducciones, bonificaciones adicionales e incentivos para los usuarios.

³¹ Folios 5509 a 5621.

En la Memoria Económica SGAE 2016, la SGAE destaca el carácter secundario que tiene la utilización del repertorio en la actividad de los titulares de dichos establecimientos, pues ocupan un segundo plano o posición respecto a otros reclamos o servicios incluidos en la oferta de valor que realizan los mismos a sus clientes³². Por ello, justifica que las tarifas que utilizan como criterio tarifario principal la categoría del establecimiento o local y/o el número de plazas, donde se va a llevar a cabo la utilización del repertorio, es una combinación de estimadores muy razonables de la capacidad del establecimiento de generar ingresos, y por tanto de vincular el importe de la tarifa de forma razonable y sencilla a dicha capacidad³³.

Debe destacarse que actualmente el uso de tarifas por disponibilidad promediada de la SGAE para utilizaciones secundarias de su repertorio por (i) hoteles, (ii) hostales, pensiones, casas rurales y fondas y por (iii) hospedaje de carácter rural, no establecen el desglose correspondiente a cada uno de los derechos y obras retribuidos por las mismas.

b. Tarifas Generales de SGAE 2017 y 2018 sin diferenciación entre repertorios (audiovisual y musical)

Tal y como están configuradas las Tarifas Generales de SGAE tanto para el año 2017 como para el año 2018, a los establecimientos del sector hospedaje les resulta imposible diferenciar los usos y repertorios retribuidos, no siendo posible distinguir qué parte de la tarifa corresponde al uso del repertorio audiovisual y qué parte corresponde al repertorio musical, integrando ambos tipos de obras el contenido de la autorización licenciada por SGAE.

A este respecto, la versión más detallada de este tipo de tarifas se puede consultar en los hechos acreditados contenidos en la propuesta de resolución de la DC, localizables en los párrafos 172 a 174 del PCH.

4. Establecimiento de tarifas por remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales y audiovisuales en establecimientos del sector de la restauración

a. Sistema de fijación de tarifas por disponibilidad promediada

La Memoria Económica Justificativa de las Tarifas Generales SGAE 2016 no incluye el análisis específico para la categoría Restauración. No obstante, a la fecha de exposición del documento se encontraban abiertos procesos formales de negociación con, entre otros, el sector de la restauración

(folio 5544). A fecha de elaboración del PCH, la DC no tuvo constancia de que se hubieran producido una actualización de la citada memoria económica.

³² Folio 5536.

³³ Folio 5536.

No obstante, en el apartado de *“Coherencia interna y comparativa de las tarifas fijadas en las distintas categorías de usuarios de la sección de Contenidos Comunes”* (folios 5526 a 5539), dentro de la disposición descriptiva de Tarifas de Uso Efectivo para Espacios o Establecimientos de Carácter Estable o de Tracto Sucesivo (TECE-TUE) se incluye, como uno de sus usos de carácter secundario, los bares, cafeterías y restaurantes (sector de la restauración), señalándolos *“como subgrupo independiente que aplica la superficie del local como criterio tarifario, en los que mediante la aplicación de una única tarifa, se encuentran autorizados conjuntamente tanto el uso del repertorio musical como el audiovisual que se vaya a realizar en estos establecimientos”* (folio 5536), y realizando una mención especial de este mercado en la que se indica *“que es el más numeroso en cuanto a integrantes y el más atomizado de los existentes. Para el que se ha establecido, buscando una simplificación y mayor sencillez en la administración y entendimiento de la tarifa, una tarifa conjunta de uso de repertorio musical y audiovisual, que reduzca los elevados costes de gestión que supondría una fiscalización y monitorización del uso por tipo de aparato y número de ellos, en relación con la relevancia del repertorio en la actividad del usuario, así como, que tenga en cuenta una realidad de mercado en este colectivo de usuarios. Y es la verdadera integración de los usos que se produce habitualmente en este tipo de establecimientos, donde la televisión en muchas ocasiones es empleada también como aparato de ambientación musical”* (folio 5536).

Las tarifas generales y descuentos aplicados a los establecimientos de este sector son el resultado de las negociaciones entre la SGAE y la Federación Española de Hostelería (FEHR), formada por asociaciones empresariales de hostelería de toda España y que representa a nivel estatal a un conjunto de cerca de 280 mil empresas entre restaurantes, bares, cafeterías y otros establecimientos de restauración, entre otros³⁴. Así pues, el último Convenio data de marzo de 2018 (Convenio FEHR), y supone una renovación del anterior de enero de 2014³⁵, que suponía una revisión del Acuerdo Marco suscrito entre las partes en julio de 2006.

Dicho esto, cabe destacar que las tarifas de uso por disponibilidad promediada de SGAE para utilizaciones secundarias de su repertorio por establecimientos del sector de la restauración derivadas del Convenio de 2014 y aplicadas hasta 2017 no establecían el desglose correspondiente a cada uno de los derechos y obras retribuidos por las mismas. Así, las licencias concedidas por SGAE para este ámbito incluían la autorización conjunta para la utilización tanto de obras del

³⁴ <http://www.fehr.es/que-es-fehr.html>

³⁵ Cabe señalar que la Disposición transitoria segunda de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, establecía un plazo máximo de tres años desde la entrada en vigor de la Ley durante el que las tarifas de las entidades de gestión colectiva acordadas con usuarios seguirían produciendo plenos efectos durante la vigencia de los acuerdos.

repertorio musical (a través de cualquier medio: radio, tv, cd, internet, gramola-hucha, juke box, actuaciones en vivo o en directo...) como del repertorio audiovisual (a través de cualquier medio: tv, internet, laser disc, DVD, video...). Sin embargo, a raíz del Convenio de 2018, como se verá, se establece en las tarifas la diferenciación entre repertorios musical y audiovisual, con las características que se señalan más adelante.

b. Tarifas Generales de SGAE 2017 y 2018 (audiovisual y musical)

Las Tarifas Generales de SGAE para el año 2017 por Comunicación Pública (folios 5098 a 5295) establecían como detalle para la utilización de las obras musicales y audiovisuales del repertorio SGAE como amenización de carácter secundario e incidental en bares, cafeterías, tabernas, restaurantes y similares (folios 5147 a 5148), la diferenciación por la superficie del establecimiento y su categoría.

Sin embargo, las Tarifas Generales publicadas por SGAE en 2018 por Comunicación Pública (folios 5296 a 5508) para amenización de carácter secundario e incidental en bares, cafeterías y similares (folios 5347 a 5348), supusieron una modificación de su estructura, distinguiendo el uso del repertorio por su uso musical o audiovisual. Asimismo, desaparece la consideración a la categoría del establecimiento y se establecen tres subtarifas para cada categoría, sustituyendo, entre otras cosas, a los anteriores porcentajes de descuento por formalización voluntaria y previa de licencia y gastos de gestión no evitados, manteniendo, por otro lado, los descuentos por domiciliación, pago anticipado anual y pago anticipado semestral

A este respecto, la versión más detallada de este tipo de tarifas se puede consultar en los hechos acreditados contenidos en la propuesta de resolución de la DC, localizables en los párrafos 184 a 186 del PCH.

c. Actualización de tarifas en licencias para la comunicación pública del repertorio de SGAE en locales

En el transcurso de la instrucción del presente expediente la DC tuvo conocimiento de la adopción por parte de SGAE de un mecanismo de revisión de tarifas de acuerdo con un nuevo índice de actualización aprobado por la entidad (folios 5304 a 5305) para la actualización de sus tarifas en el periodo 2015 a 2017, ambos inclusive, practicando a partir de 2018 la revisión correspondiente al referido periodo.

El mecanismo de actualización de tarifas aprobado por SGAE, y recogido en las Tarifas Generales 2018, establece un porcentaje de revisión anual que se calcula como promedio del IGC y la variación anual del PIB nacional, tomando como mes de referencia para la revisión el que corresponda al último índice que estuviera publicado el día 1 de enero de cada año, y según la siguiente fórmula:

$$\% \text{ Revisión anual} = \frac{\% \text{ Variación anual IGC} + \% \text{ Variación anual del PIB nacional}}{2}$$

Añade SGAE que, de acuerdo con la metodología de cálculo del IGC, el valor de la variación anual puede estar entre un mínimo de 0 (que sería de aplicación en caso de que la variación sea negativa) y un máximo del 2% (de aplicación en caso de que sobrepase este valor).

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. COMPETENCIA PARA RESOLVER

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

La Sala de Competencia del Consejo debe resolver en este expediente, sobre la base de la instrucción realizada por la Dirección de Competencia que se recoge en el informe y propuesta de resolución, si las prácticas investigadas son constitutivas de infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE.

En lo relativo a la normativa aplicable, las conductas recogidas en los hechos acreditados se han desarrollado durante la vigencia de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. En atención a ello, la Ley 15/2007 es la norma aplicable al presente procedimiento sancionador.

Por otro lado, esta Sala considera también necesario analizar los hechos a la luz del artículo 102 del TFUE. Por un lado, porque los mercados de producto señalados en el apartado III.2 de esta resolución abarcan todo el territorio nacional. Reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, establece que *“la extensión de una posición de dominio en el territorio de un*

*Estado miembro, puede constituir una posición dominante en una parte sustancial del mercado común*³⁶.

Asimismo, el artículo 199 del TRLPI hace extensiva la protección que el texto legislativo otorga a los autores españoles también “a los autores nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea”. Por tanto, la liquidación definitiva de las cantidades recaudadas por cualquier entidad de gestión no se circunscribe únicamente a España sino a cualquier otra entidad de gestión extranjera con los que éstas tengan acuerdos de representación recíproca. Asimismo, las autorizaciones multiterritoriales recientemente incluidas en el TRLPI refuerzan la conclusión de que existe una afectación al comercio entre estados miembros de la Unión Europea (UE).

En este sentido, como ya ha reiterado la CNMC en distintas resoluciones previas relativas a sociedades de gestión colectiva de derechos, las conductas investigadas afectan también a operadores y autores de otros Estados miembros de la Unión Europea y son susceptibles de tener un efecto apreciable sobre el comercio en el interior de la UE, cumpliéndose por ello los criterios de posible afectación al comercio entre Estados miembros desarrollados en la Comunicación de la Comisión Europea de directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio intra Unión Europea, lo que conlleva la aplicación del artículo 102 del TFUE a los efectos del presente expediente.

TERCERO. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

Una vez instruido el procedimiento sancionador, la Dirección de Competencia ha propuesto a esta Sala que declare la existencia de una infracción única y continuada de abuso de posición dominante prohibida en el artículo 2 de la LDC y en el artículo 102 del TFUE, desde 2016 a noviembre de 2018, consistente en:

- Un abuso de posición dominante en los mercados aguas arriba de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales y audiovisuales y en el mercado conexo (aguas abajo) de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras audiovisuales, mediante la imposición a los socios de condiciones estatutarias y contractuales que restringen injustificadamente tanto la

³⁶ Sentencias del Tribunal de Justicia de la UE de 11 de diciembre de 2008 (asunto C-52/07, Kanal 5 Ltd y TV 4 AB contra STIM, ECLI:EU:C:2008:703STIM) y del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2014 (recurso nº 4816/2011).

Véase además, por ejemplo, el asunto 322/81, Nederlandse Banden Industrie Michelin, Rec. 1983, p. 3461 y el apartado 93 de las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), DOUE 2004 C 101, pág. 81.

atribución inicial a SGAE de la gestión de derechos de propiedad intelectual de forma parcial como la revocación o retirada parcial de SGAE de la gestión de los mismos a lo largo de la vigencia de los contratos de gestión.

- Un abuso de posición dominante en los mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales y audiovisuales a través de su amenización en espacios públicos en establecimientos integrantes del sector del hospedaje, mediante la paquetización y ausencia de desglose tarifario entre el repertorio audiovisual y musical.
- Un abuso de posición dominante en los mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales y audiovisuales en establecimientos del sector de la restauración, mediante la paquetización y el establecimiento de una estructura tarifaria que dificulta la comparación y contratación con otros operadores.

Teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción y de su autor, la Dirección de Competencia propone que la misma se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como una infracción muy grave del artículo 62.4.b) de la LDC.

CUARTO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

1. Delimitación y antijuridicidad de las prácticas restrictivas objeto del expediente

La Dirección de Competencia ha propuesto a esta Sala que sancione a la SGAE por la comisión de una infracción muy grave de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE consistente en un abuso de posición dominante de la SGAE en los mercados aguas arriba de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de obras musicales y audiovisuales y en los mercados conexos aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración por los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de obras musicales y audiovisuales en establecimientos del sector del hospedaje y la restauración.

Al respecto, el artículo 2 de la LDC prohíbe *“la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.”* Posteriormente, este mismo artículo cita como ejemplos de abuso de la posición de dominio un listado de conductas *numerus apertus*:

“a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.

b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.

c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.

d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de tales contratos.”

Por su parte, el artículo 102 del TFUE, en sentido análogo al anterior, establece que: “[...] *Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. [...]*”.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 8 de mayo de 2003 (recurso de casación número 4495/1998), realiza las siguientes consideraciones en torno al artículo 6 de la Ley 16/1989, que traemos al presente expediente toda vez que el contenido de aquel precepto ha sido mantenido en la redacción dada en el artículo 2 de la LDC del año 2007. El Alto Tribunal dice lo siguiente:

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

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

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

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

E) Por ello, al enjuiciar si una conducta es constitutiva de explotación abusiva, han de tenerse presentes los principios propios del derecho sancionador, en el sentido de exigencia de que tal calificación de la conducta pudiera ser predecible por su agente, de prohibición del uso de

la analogía y de resolución a favor del imputado de las dudas razonables que no hayan podido ser despejadas.

F) Por fin, dada la similitud existente entre el artículo 82 (antiguo artículo 86) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y aquel artículo 6, que transcribe casi literalmente la norma de antiabuso comunitaria al Derecho de Defensa de la Competencia español, cabe tomar en consideración la doctrina comunitaria sobre el abuso de posición de dominio como instrumento auxiliar para la interpretación de nuestro Derecho interno (así lo entendió, también, el Tribunal de Defensa de la Competencia en su resolución de 2 de febrero de 1992, asunto A 36/92, Talleres Muñoz)”.

Dicho lo anterior, en el ámbito de la Unión Europea, la sentencia del TJUE de 17 de febrero de 2011 (asunto C-52/09 TeliaSonera), ha señalado que:

“En efecto, la explotación abusiva de una posición dominante prohibida por dicha disposición es un concepto objetivo que tiene por objeto los comportamientos de una empresa en posición dominante que, en un mercado donde la competencia ya está debilitada, precisamente por la presencia de la empresa en cuestión, tienen por efecto impedir, por medios distintos de los que rigen una normal competencia entre productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que aún existe en el mercado o su desarrollo (sentencia Deutsche Telekom/Comisión, antes citada, apartado 174, y jurisprudencia citada)”.

Los hechos puestos de manifiesto en esta resolución, cuya versión completa consta en los apartados 146 a 192 del PCH (folios 7550 a 7571), evidencian la existencia de un abuso de posición dominante de la SGAE en los mercados aguas arriba de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de obras musicales y audiovisuales y en los mercados conexos aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración por los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de obras musicales y audiovisuales en establecimientos del sector del hospedaje y la restauración. Dicha conducta de abuso se manifiesta, como desarrollaremos, en la imposición a los socios de la SGAE de condiciones estatutarias y contractuales que restringen injustificadamente tanto la atribución inicial a la SGAE de la gestión de derechos de propiedad intelectual de sus socios de forma parcial como la revocación o retirada parcial de la gestión de los mismos a lo largo de la vigencia de los contratos de gestión celebrados con la SGAE. Asimismo, también se han identificado conductas de abuso mediante la paquetización de tarifas, la ausencia de desglose tarifario y el establecimiento de una determinada estructura tarifaria, mediante la cual la SGAE ha dificultado la comparación y contratación con otros operadores por parte de los establecimientos del sector hospedaje y restauración.

Dicho esto, teniendo en cuenta la evidente relación existente entre los mercados aguas arriba y aguas abajo señalados anteriormente, con el objeto de clarificar el análisis del objeto de esta resolución, y respetando la estructura analítica practicada por la DC en su propuesta de resolución, esta Sala examinará, en primer lugar, la existencia de posición de dominio de la SGAE en los mercados relevantes y, posteriormente, analizará las distintas conductas abusivas identificadas por el órgano instructor en la propuesta de resolución. .

2. Existencia de una posición de dominio de la SGAE

En la propuesta elevada a Sala la Dirección de Competencia afirma que SGAE ocupa una posición de dominio en los mercados afectados por las prácticas investigadas. Es decir, en el mercado de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales y audiovisuales y en los mercados de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales y audiovisuales en establecimientos de los sectores del hospedaje y la restauración.

En sus sucesivas alegaciones, SGAE niega que disponga de posición de dominio en el mercado de gestión de derechos de propiedad intelectual de obras audiovisuales a partir de 2018 (debido a la nueva posición de DAMA en el mercado) ni en el mercado de autorización y remuneración de derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras audiovisuales. Asimismo niega SGAE tener monopolio en los mercados de autorización y remuneración de derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales.

Para que haya un abuso de posición dominante es requisito previo la existencia de una posición de dominio en el mercado definido como relevante. A este respecto, aunque el artículo 2 de la LDC no define dicho concepto, amplia y reiterada jurisprudencia ha venido a determinarlo. Así, en el apartado 65 de su sentencia de 14 de febrero de 1978³⁷, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea proporcionó la que, a partir de entonces, ha sido la definición constante de posición de dominio por parte de toda la jurisprudencia, entendiendo la posición dominante como la: *“posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores”*. Es decir, la posición dominante de un operador económico vendrá determinada por la facultad de mantener, de forma significativa, un

³⁷ Sentencia de 14 de febrero de 1978, Asunto 27/76, United Brands Company and United Brands Continentaal BV vs. Comisión de las Comunidades Europeas.

comportamiento independiente respecto de sus fuentes de presión competitiva, ya sean competidores, proveedores o consumidores.

En el mismo sentido se ha pronunciado la autoridad de competencia española estableciendo que: "*una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tiene en el mismo poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto*"³⁸.

A continuación, procedemos a examinar la posición de dominio de SGAE en los distintos mercados afectados, contestando a las alegaciones presentadas por esta entidad de gestión.

A. Mercado de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de obras musicales.

Ha quedado acreditado que en el **mercado de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de obras musicales** la SGAE ostenta un monopolio *de facto* ya que es el único operador con un catálogo significativo de derechos de autor de contenidos musicales.

Esta circunstancia se debe, entre otras cosas, a los acuerdos de reciprocidad que la SGAE tiene suscritos con otras entidades de gestión extranjeras para conferirse recíprocamente la representación de sus respectivos repertorios. Esta circunstancia, unida a la apariencia residual y casi inexistente de los operadores de gestión independientes (OGI's) y a la existencia de barreras de entrada por la presencia de economías de escala, de alcance y de red en la gestión de este tipo de derechos, provoca que no exista ningún otro operador que disponga de un catálogo significativo de derechos de autor de contenidos musicales que pueda competir efectivamente con la SGAE en este mercado.

B. Mercado de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de obras audiovisuales.

En el otro mercado aguas arriba objeto de estudio, es decir, en el mercado de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de obras audiovisuales, la SGAE ha ostentado una posición de dominio hasta, al menos el año 2018, cuando DAMA pasó a gestionar un porcentaje representativo del repertorio

³⁸ Por ejemplo, resolución TDC de 10 de mayo de 1999 (expediente 344/98 Aluminios Navarra), resolución TDC de 7 de julio de 1999 (expte. 441/98 Electra Avellana), resolución TDC, de 30 de septiembre de 1999 (expte. 362/99 Bacardí), resolución de la CNC de 22 de febrero de 2011, (expediente S/0180/10 ArcelorMittal), y resolución de la CNMC, de 8 de junio de 2017 (expediente S/DC/0557/15 Nokia).

audiovisual, si bien, al menos hasta la emisión de la propuesta de resolución, además de la SGAE, operaba DAMA como entidad de gestión colectiva autorizada, por lo que, existía una situación competitiva de duopolio.

De la información que figura en el expediente, se deduce que DAMA ha incrementado su presencia en este mercado de manera continuada desde su creación en 1999. Su cuota de mercado se ha mantenido más o menos estable entre 2013 y 2017, en términos de repertorio gestionado, situándose alrededor del 10-20%, dando un gran salto en 2018, al pasar a una cuota del 40-70% (según la fuente de la estimación que se utilice³⁹). Este cambio ha alterado el tradicional dominio de la SGAE como consecuencia del trasvase en la gestión de los derechos de los principales autores y editores de Reino Unido y Estados Unidos de la SGAE a DAMA, de conformidad con los acuerdos celebrados en 2017 con efectos a partir de 2018.

Por todo cuanto antecede, esta Sala considera que, en el mercado de gestión de derechos de propiedad intelectual de obras audiovisuales, la SGAE dispuso de una posición de dominio hasta, por lo menos, 2018, año a partir del cual la posición de DAMA ha variado la situación del duopolio en dicho mercado. Por ello, al contrario de lo que alega SGAE, no resulta necesario variar la descripción de los hechos o recalificar la conducta para describir las prácticas de SGAE como abusivas, dado que durante la práctica totalidad del periodo investigado la entidad disponía de una posición de dominio incuestionable tanto en el mercado de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de obras musicales como audiovisuales.

Esto no implica, como ha indicado reiteradamente la DC tanto en el PCH como en la propuesta de resolución a las alegaciones de la SGAE (folios 7437 a 7438), que no puedan calificarse de abusivos determinados comportamientos de la SGAE producidos en este mercado a partir del año 2018, pues es reiterada la jurisprudencia de la Unión Europea que ha calificado como abusivos comportamientos en mercados distintos de los dominados⁴⁰. En cualquier caso, este extremo será analizado por esta Sala más adelante.

DAMA alega que la posición dominante de SGAE en dicho mercado se habría mantenido también durante el año 2018 y hasta la actualidad (folios 7410 a 4715), puesto que la delimitación del mercado relevante llevada a cabo por la DC, tanto en el PCH como en la PR, sería errónea en tanto que unifica, en un mismo mercado de producto, tanto el mercado de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de obras audiovisuales cuya gestión obtiene la entidad de gestión directamente de los autores o titulares de los derechos, como el

³⁹ Previsiones de DAMA para 2018 (folio 5654) o estimaciones de SGAE (folio 5686).

⁴⁰ Véase Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de febrero de 2011 en el asunto C-52/09 (cuestión prejudicial relativa al procedimiento entre Konkurrentsverket y TeliaSonera Sverige AB, párrafos 84-86).

mercado de gestión que proviene de los derechos confiados por otra entidad de fuera del territorio geográfico en el que la entidad de gestión opera, al considerarlos como servicios de distinta naturaleza, y no sustituibles.

Al respecto, esta Sala se remite a lo contestado por la DC en la propuesta de resolución (folios 7621 a 7622) en lo que respecta a la delimitación del mercado que se realiza en la decisión de la Comisión Europea de 16 de julio de 2008, COMP/C2/38.698 – CISAC, en la que DAMA basa su alegación y en lo relativo a la coherencia de dicha definición de mercado con la contenida recientemente en el precedente nacional S/0466/13 SGAE – AUTORES, de 2013.

En todo caso, tal y como afirma DAMA en sus alegaciones, la determinación del mercado de referencia no depende del tratamiento normativo que a unos y otros servicios dé la Directiva 2014/26/UE sino que debe determinarse en función de los factores recogidos en la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión Europea en materia de competencia (97/C 372/03), identificados como la sustituibilidad de la demanda, la sustituibilidad de la oferta y la existencia de barreras de entrada y competencia potencial que existan en el mercado objeto de estudio.

DAMA alude al párrafo 43 de dicha Comunicación para defender que estaríamos ante mercados distintos como consecuencia de las diferentes categorías de clientes y discriminación de precios. Sin embargo, el hecho de que la gestión de los derechos provenga de una entidad foránea o directamente del titular de los derechos a gestionar, no significa que los mismos no puedan incluirse en el mismo mercado. Por ello, esta Sala considera que los mismos forman parte del mismo mercado.

En consecuencia, esta Sala interpreta que desde el punto de vista de la demanda los servicios ofrecidos son, a efectos prácticos, muy similares para ambos grupos de clientes, ya sean los titulares de los derechos a gestionar de manera directa o a través de una entidad de gestión foránea, y por el lado de la oferta los servicios son prestados por los mismos operadores, las entidades de gestión, actualmente SGAE y DAMA. Por estos motivos, esta Sala considera que la diferenciación entre ambos mercados que pretende establecer DAMA resulta artificial, está basada en la Comunicación COMP/C2/38.698 – CISAC que no es aplicable al objeto del presente expediente y se separa del precedente nacional más próximo y directamente aplicable al que se vincula esta Sala.

C. Mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración por los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de las obras musicales y audiovisuales.

En lo que se refiere a los mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración por los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública **de obras musicales**, esta Sala no tiene duda, tal y como han establecido las distintas autoridades nacionales de competencia, de la existencia de una

posición de dominio desde la que actúan las entidades de gestión⁴¹ y, en particular, la SGAE, como única entidad de gestión habilitada actualmente en España para autorizar la comunicación pública y reproducción, y gestionar la remuneración de las obras de contenido musical en cada una de sus distintas formas, (emisión a través de radiodifusión o de un programa distribuido por cable, la efectuada mediante música en vivo, ejecución humana o amenización secundaria en hostelería o en establecimientos de los sectores de hospedaje, empresas de transporte u otros establecimientos abiertos al público, etc.).

En sus alegaciones a la PR, SGAE se limita a afirmar que no es la única entidad habilitada para autorizar la comunicación pública y reproducción de obras musicales, dado que existen otras entidades que ofrecen en España licencias y recaudación de los derechos de autores y editores de obras musicales en competencia con SGAE. En todo caso, a juicio de la Sala, la existencia de dichas entidades, agencias o empresas en competencia con SGAE no supone la inexistencia de la posición de dominio de esta última, incontestable según las cuotas de mercados y la actuación de la entidad acreditadas en el expediente.

En todo caso, la concesión de autorizaciones para la comunicación pública de carácter secundario mediante otros operadores no supone un cambio en la posición competitiva de SGAE en el mercado, dado que dichos operadores son escasamente representativos, y más aún durante el período investigado en el expediente. Incluso la SGAE alude a tecnologías que aún no están en el mercado y que además se refieren a los derechos de autor musicales, no de contenidos audiovisuales, como las intenciones por parte de UNISON de usar la tecnología *blockchain* a la industria musical para controlar los derechos de autor (folio 7441).

En relación con el mercado aguas abajo de autorización y remuneración por los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública **de contenidos audiovisuales**, participan, al igual que en el mercado aguas arriba del sector audiovisual, la SGAE y DAMA, estando ambas entidades de gestión habilitadas para la autorización de la reproducción y comunicación pública de estos contenidos.

En sus alegaciones a la PR, SGAE sostiene que el incremento de la cuota de mercado de DAMA en la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de obras audiovisuales desde 2018 incide igualmente en la posición de dominio de SGAE aguas abajo, eliminándola o matizando la misma. Sostiene asimismo la entidad de gestión que la red de representantes y los acuerdos con usuarios de los que dispone SGAE no pueden ser considerados elementos que

⁴¹ Por ejemplo, Resoluciones del TDC de 27 de julio de 2000 (expediente 465/99 Propiedad Intelectual Audiovisual) y de 25 de enero de 2002 (expediente 511/01 Vale Music/SGAE); resolución de la CNC de 9 de diciembre de 2008 (expediente 636/07, Fonogramas); y resoluciones de la CNMC de 6 de noviembre de 2014 (expediente S/0460/13, SGAE-CONCIERTOS) y de 26 de noviembre de 2015 (expediente S/0500/13 AGEDI/AIE RADIO).

determinen la existencia de la posición de dominio que discute (folios 7438 a 7442).

Ninguna de dichas alegaciones resulta asumible para esta Sala. Como se ha señalado respecto al mercado de autorizaciones de obras musicales, en los mercados de autorizaciones y remuneración por los derechos de reproducción y comunicación pública en establecimientos de los sectores de hospedaje y restauración de contenido audiovisual, la SGAE es actualmente la única entidad que participa en estos mercados como oferente efectivo. Ello es así, incluso aunque su repertorio haya disminuido y no sea cuasi-universal, debido a que, desde 2018, cerca del 40-70% (según la fuente de la estimación que se utilice⁴²) del repertorio audiovisual está en manos de DAMA, como consecuencia del trasvase de autores y editores de EE.UU. y Reino Unido. Pero durante el periodo investigado (2016-2018, previo a ese cambio de configuración del repertorio), la posición de dominio de SGAE, como ya se ha reseñado, era incontestable al ser la única entidad que podía ofrecer una autorización sobre un porcentaje significativo del repertorio.

En este mercado existe una elevada atomización y dispersión de los sectores concernidos, tal y como se reconoce en el Convenio de 27 de julio de 2016 suscrito entre SGAE y CEHAT para el sector el sector alojamiento (folio 4475) y en la Memoria Económica Justificativa de Comunicación Pública SGAE 2016 del sector restauración. Al respecto se señala que es el mercado más numeroso y atomizado de los existentes (folio 5536) y, en general, esta configuración del mercado hace que las entidades que posean ya una posición relevante en el mismo dispongan de una ventaja significativa frente a nuevos entrantes, como consecuencia de la presencia de elevadas economías de escala, de red y de alcance en su gestión.

Por otra parte, en relación a que la existencia de una red de representantes no debería constituir una evidencia de la posición de dominio de la SGAE, esta Sala debe precisar que SGAE posee la red de representantes y acuerdos con usuarios más amplia de las entidades de gestión, construida sobre la base de una posición consolidada durante años de dominio en la gestión de derechos, tal y como reconoce en sus alegaciones (folio 7455). Adicionalmente, debe subrayarse que este mercado tiene como características propias la existencia de economías de escala y alcance, aunque SGAE niegue la existencia de estas economías en red o pretenda matizarlas. Al respecto, esta Sala en coherencia con la lógica económica, interpreta que las economías de escala de este mercado se sustentan, en parte, en la existencia de economías en red. Esto es un extremo importante, ya que forma parte del sustrato lógico sobre el que se defiende la irreplicabilidad de la red de representantes que tiene la SGAE por

⁴² Previsiones de DAMA para 2018 (folio 5654) o estimaciones de SGAE (folio 5686).

otros operadores económicos y la que perpetúa su posición dominante en este mercado.

En este contexto la SGAE ignora esta característica para pretender justificar la inexistencia de su posición de dominio en el mercado aguas abajo de la autorización y remuneración por los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de contenidos audiovisuales, pero implícitamente hace alusión a ella para tratar de justificar su negativa a la separación de los usos secundarios o complementarios del derecho de comunicación pública (entre otros, vídeo/DVD, la televisión de pago, el vídeo a la carta, etc.) de los usos primarios del mismo derecho (cine y emisión en televisión en abierto), tal y como se verá más adelante. Al respecto, cuando se analiza el abuso de la posición de dominio en el mercado por parte de la SGAE, se verá cómo trata de justificar la negativa a separar los usos de los derechos primarios de los secundarios, por considerar poco rentables los secundarios sin los primarios, a la vez que en sus alegaciones sobre la inexistencia de su posición de dominio en los mercados aguas abajo defiende la posibilidad de replicar su red, lo cual resulta para esta Sala incoherente.

En relación con la replicabilidad de la red, la SGAE alude a la Sentencia *Oscar Bronner*⁴³, donde el TJUE descartó que existiera una práctica abusiva por el hecho de que un editor de periódicos no hubiera accedido a que un competidor utilizara su red de reparto de periódicos. Sin embargo, a juicio de esta Sala, la citada sentencia no puede ser utilizada para negar la existencia de una posición de dominio por parte de SGAE, sino en su caso, para examinar la posible existencia de una práctica abusiva sobre esa posición de dominio.

El resto de alegaciones esgrimidas por SGAE, en ningún caso impiden que esta Sala constate que, durante el periodo investigado (2016-2018), SGAE tenía posición de dominio en los mercados aguas abajo de autorización y remuneración por los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de contenidos audiovisuales.

En definitiva, las características propias del mercado, las evidencias de falta de competencia, hacen que, aunque la SGAE sólo disponga actualmente de entre el 30 y el 60% del repertorio audiovisual en España, según la fuente de la estimación que se utilice⁴⁴, sí disponga de la capacidad para exigir e imponer las tarifas que desee a los usuarios de los sectores de hospedaje y restauración, dado que los usuarios no disponen de la opción de acreditar que no están haciendo uso del repertorio de la SGAE en su actividad de comunicación pública de obras audiovisuales. En todo caso, esta posición de dominio no puede

⁴³ (STJUE de 26.11.1998, asunto C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569).

⁴⁴ Previsiones de DAMA para 2018 (folio 5654) o estimaciones de SGAE (folio 5686).

cuestionarse en el periodo de infracción imputado (2016-2018) en el que la cuota de mercado de SGAE era sustancialmente mayor.

D. Conclusión

Por todo ello, esta Sala concluye que la SGAE ostentó durante todo el periodo analizado en el expediente (desde 2016 hasta el cierre de la instrucción) una posición de dominio en **el mercado de la gestión de los derechos de comunicación pública y reproducción correspondientes a autores de contenidos musicales en España.**

Asimismo, durante el mismo periodo, SGAE ostentó una posición de dominio en **los mercados de autorizaciones y remuneración por los derechos de reproducción y comunicación pública de contenidos audiovisuales y musicales en establecimientos de los sectores de hospedaje y restauración en España.**

Por otro lado, se ha acreditado que desde al menos 2016 y hasta al menos el final de 2017, SGAE habría dispuesto de una posición de dominio en **el mercado de la gestión de los derechos de comunicación pública y reproducción correspondientes a autores de contenidos audiovisuales en España.** En los mercados aguas abajo, tal y como se ha podido comprobar, SGAE ha contado con una independencia significativa a la hora de establecer las condiciones de autorización y remuneración por la utilización de estos derechos por los usuarios de los derechos.

3. El abuso de posición de dominio de la SGAE

Debe valorarse si SGAE ha cometido una infracción única y continuada de abuso de posición dominante desde al menos 2016 a noviembre de 2018, consistente en:

- Un abuso de posición dominante en los mercados de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales y audiovisuales mediante la restricción injustificada de la atribución parcial de gestión de derechos a la SGAE como de la revocación o retirada parcial de la gestión de los mismos a lo largo de la vigencia de los contratos de gestión.
- Un abuso de posición dominante en los mercados de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales y audiovisuales a través de su amenización en espacios públicos en establecimientos integrantes de los sectores del hospedaje y la restauración, mediante la paquetización, la ausencia de desglose tarifario entre el repertorio audiovisual y musical (hospedaje) y el

establecimiento de una estructura tarifaria que dificulta la comparación y contratación con otros operadores (restauración).

SGAE, en sus sucesivas alegaciones, niega la existencia de prácticas abusivas. En particular subraya la inexistencia de abuso en los mercados de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales y audiovisuales, al no haberse acreditado ni prácticas ni efectos anticompetitivos en la actividad de SGAE, existir una justificación objetiva para la misma y una decisión del antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia que avalaba los estatutos ahora cuestionados (expediente R 609/04 Ediciones Musicales).

En relación con el abuso de posición dominante en los mercados de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales y audiovisuales, mediante la paquetización y la ausencia de desglose tarifario, SGAE se limita a señalar que dicho agrupamiento de tarifas fue realizado a petición de las propias asociaciones de usuarios. Asimismo, subraya que, a pesar de no haberse aceptado su petición de terminación convencional, ha puesto fin a las conductas imputadas en sus tarifarios de 2018.

A. Abuso de posición dominante en los mercados de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales y audiovisuales

Esta Sala, como argumentaremos a continuación, considera acreditado que la SGAE ha abusado de su posición dominante en los mercados de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales y audiovisuales, mediante la imposición a los socios de condiciones estatutarias y contractuales que restringen injustificadamente tanto la atribución inicial a la SGAE de la gestión de derechos de propiedad intelectual de forma parcial como su revocación o retirada parcial de la gestión de los mismos a lo largo de la vigencia de los contratos de gestión.

Esta práctica tendría por objeto coartar la libertad de sus asociados para causar baja en la SGAE para la gestión de algunos de los derechos, impidiendo o restringiendo a los titulares de los mismos (autores, compositores y editores) atribuir parte de su gestión a otras entidades.

Esta conducta tiene la finalidad de reforzar la posición monopolística de SGAE e impedir tanto el ejercicio efectivo de presiones competitivas por otras entidades de gestión como la entrada y expansión de nuevos operadores en el mercado, generando por tanto un efecto negativo de exclusión en el mercado por lo que supone **un abuso de posición de dominio de la SGAE en el mercado de gestión de los derechos de propiedad intelectual de obras musicales.**

Asimismo, esta conducta supone **un abuso de posición de dominio de la SGAE en el mercado de gestión de los derechos de propiedad intelectual de obras audiovisuales** mientras esta posición dominante ha estado vigente en dicho mercado. Incluso, asumiendo que dicha posición de dominio pudo desaparecer en 2018, la práctica ha podido persistir mediante su posición dominante en los mercados de autorizaciones y remuneración por los derechos de reproducción y comunicación pública de contenidos audiovisuales en establecimientos de los sectores de hospedaje y restauración en España durante el año 2018, generando un efecto negativo de explotación en el mercado, concretada a través de la teoría de los mercados conexos.

En sus sucesivos escritos de alegaciones, SGAE niega la existencia de prácticas abusivas, justificando su actuación a través de los siguientes argumentos:

- Inexistencia o falta de acreditación de las conductas imputadas e imposibilidad de argumentar el abuso por la doctrina de los mercados conexos.
- Compatibilidad del artículo 14 de los Estatutos con la Directiva 2014/26/UE.
- Precedentes comunitarios y nacionales que avalan la actuación de SGAE.
- Necesario equilibrio entre la libertad de autores para atribuir derechos de gestión y la actuación eficiente de las entidades.
- Justificación objetiva de las conductas imputadas.
- Ausencia de efectos anticompetitivos.

a) Inexistencia o falta de acreditación de las conductas imputadas e imposibilidad de argumentar el abuso por la doctrina de los mercados conexos.

En alegaciones de la SGAE al PCH, reiteradas en sus alegaciones a la PR (folios 7443-7444), la entidad de gestión señala, en primer lugar, que la acusación formulada por la DC adolece de una grave imprecisión, siendo sus fundamentos radicalmente inciertos y ausentes de toda prueba, dado que las conductas de la SGAE no han impedido un importante trasvase de autores de SGAE a DAMA en el año 2018.

Por el contrario, la Sala considera que ha quedado plenamente acreditado que, a través de la aplicación de sus Estatutos, la SGAE ha impuesto a sus socios unas condiciones contractuales que restringen injustificadamente tanto la atribución inicial a SGAE de la gestión de derechos de propiedad intelectual de

forma parcial como la revocación o retirada parcial de SGAE de la gestión de los mismos a lo largo de la vigencia de los contratos de gestión, lo que constituye una conducta abusiva.

La reforma del TRLPI por el Real Decreto-ley 2/2018 introduce el artículo 158, relativo a la revocación total o parcial del contrato de gestión, establece que el titular tiene derecho *“a revocar total o parcialmente su contrato de gestión, con una retirada de los derechos, categorías de derechos o tipos de obras o prestaciones de su elección en los territorios de su elección”*. Por tanto, en coincidencia con la DC, esta Sala interpreta que el legislador no limita el derecho a su ejercicio por categorías y, en todo caso, define las categorías de derechos como subtipos de los derechos de gestión asociados a los creadores, lo cual está en consonancia con la finalidad expresada en la Exposición de Motivos de la Directiva 2014/26/UE.

El examen de los Estatutos de la SGAE acredita que la inclusión en una serie de categorías de distintas modalidades de explotación sin una relación entre ellas que justifique de manera objetiva tal inclusión, ha provocado que los titulares de derechos se hayan visto obligados a ampliar la cesión de algunos derechos para asegurarse así los servicios de otros derechos incluidos en la misma categoría. Además, la imposibilidad de los titulares de los derechos encomendados a la SGAE de llevar a cabo retiradas parciales de tales derechos provoca efectos negativos en la libre competencia.

El análisis de las tarifas de SGAE llevado a cabo por la DC también evidencia que las mismas recogen un desglose de los derechos y categorías de derechos muy superior al recogido en el artículo 14 de sus Estatutos. De este modo, si en su gestión ordinaria la SGAE utiliza una categorización de derechos más desagregada que las que figuran en sus categorías del artículo 14 de sus Estatutos, siendo cada categoría tarifaria gestionada de forma independiente a efectos de determinación de tarifas, asignación de costes de gestión (de cara a la determinación del valor del servicio prestado-PSP) y reparto de las cantidades recaudadas, difícilmente podrá concluirse que la separación pueda poner en riesgo la gestión eficaz de los derechos de autor que la SGAE tiene encomendados, ya que en la práctica los mencionados costes de gestión son actualmente separados y contabilizados diferenciadamente por la SGAE.

Esta falta de menoscabo se ve reforzada por el artículo 5.7 de la citada Directiva, donde se establece que *“en los supuestos en que un titular de derechos autorice a una entidad de gestión colectiva a gestionar sus derechos, otorgará consentimiento explícito para cada derecho o categoría de derechos o tipo de obras y otras prestaciones que autorice a la entidad de gestión colectiva a gestionar”*, especificando que todo consentimiento deberá constar por escrito.

En este sentido, el consentimiento para la gestión de derechos se realiza mediante la firma por parte del titular del correspondiente contrato de gestión

genérico, que se extiende a todas las obras originales o derivadas sobre las que el titular ostente los derechos mencionados en el contrato al tiempo de su incorporación a la entidad, estando obligado a incluir obras tanto originales como futuras.

La formalización de la limitación de cesión o mandato de las formas señaladas en el artículo 14 de los Estatutos se realiza mediante utilización del Anexo 1 del contrato de gestión, donde el titular debe recoger las modificaciones de derecho o territorios deseadas.

Al respecto, tal y como afirma la DC, las categorías de derechos definidas en el artículo 14 de los Estatutos son más amplias que los propios derechos, si bien parece que en el Contrato de gestión se utilizan ambos conceptos de manera indistinta.

Teniendo en cuenta que la SGAE, hasta la fecha, es la única entidad con una capacidad de recaudación significativa en los ámbitos de restauración y hostelería en España, como señala la DC, estas conductas habrían seguido siendo abusivas en este ámbito, en la medida que, en la práctica, habrían supuesto que dichos titulares de derechos de autor tuvieran que renunciar a ingresar por la explotación de éstos en los ámbitos de hostelería y restauración en España, en los que la SGAE es la única entidad que tiene en la actualidad capacidad de recaudación, dadas sus economías de escala, de red y de alcance citadas anteriormente, derivadas de su amplia red de representantes y acuerdos con usuarios (folios 5662 a 5667). Así ha ocurrido, concretamente, con aquellos titulares de derechos que decidieron encomendar a DAMA la gestión de sus derechos de propiedad intelectual de obras audiovisuales, generándose un efecto exclusión.

De esta manera, la SGAE se estaría apalancando en su posición de dominio en los mercados aguas abajo para, mediante el establecimiento de limitaciones injustificadas al trasvase parcial de derechos a terceras entidades, entorpecer y penalizar a aquellos titulares de derechos que optan por renunciar a que la SGAE gestione sus derechos.

En contra de esta interpretación de la DC, en sus alegaciones a la PR SGAE señala (folios 7437 a 7438) que la teoría de los mercados conexos no puede formar parte de la imputación de abuso en el expediente de referencia, al tratarse de una nueva argumentación que no figuraba en el PCH y de la que no ha podido defenderse.

Al margen de que en un apartado posterior se analicen las alegaciones de SGAE en relación con la presunta indefensión sufrida durante la tramitación del presente expediente, esta Sala aprecia que el PCH menciona expresamente la doctrina de los mercados conexos en sus “Conclusiones de la valoración jurídica de las conductas imputadas” (párrafo 359) y en su valoración final de las conductas imputadas (subrayado añadido):

“A la vista de todo lo actuado y de conformidad con el artículo 33.1 del RDC, se considera que:

Se ha acreditado que SGAE ha incurrido en una infracción única y continuada tipificada en el artículo 2 de la LDC, así como el artículo 102 del TFUE, que habría tenido lugar desde 2016 hasta la actualidad, y que derivaría de:

Abuso de posición dominante en los mercados aguas arriba de gestión colectiva de derechos propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales y audiovisuales y en el mercado conexo (aguas abajo) de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras audiovisuales, mediante la imposición a los socios de condiciones estatutarias y contractuales que restringen injustificadamente tanto la atribución inicial a SGAE de la gestión de derechos de propiedad intelectual de forma parcial como la revocación o retirada parcial de SGAE de la gestión de los mismos a lo largo de la vigencia de los contratos de gestión”.

En cualquier caso, además de esta mención expresa del abuso por parte de la SGAE de su posición de dominio en el mercado conexo aguas abajo, la argumentación sustancial utilizada por la DC a lo largo de todo el PCH se refiere indubitablemente a la doctrina de los mercados conexos, tal y como puede colegirse de la simple lectura de los apartados 234 a 236 del PCH.

Por otro lado, y aunque no es discutido por la SGAE en sus alegaciones, conviene recordar, como ya lo hizo la DC, que, asumiendo la posición dominante de la SGAE en el mercado aguas arriba de gestión de derechos de propiedad intelectual de obras audiovisuales hasta al menos 2018, de acuerdo con la jurisprudencia europea, no es necesario que la práctica abusiva se produzca en un mercado en que existe posición de dominio ni que los efectos del abuso tengan lugar en ese mismo mercado. Esto se expone con claridad en la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de febrero de 2011 en el asunto C-52/09 (cuestión prejudicial relativa al procedimiento entre Konkurrensverket y TeliaSonera Sverige AB, párrafos 84-86):

“A este respecto, procede subrayar que el artículo 102 TFUE no contiene ninguna indicación explícita sobre exigencias relativas a la localización del abuso en el mercado de los productos. De este modo, el ámbito de aplicación material de la especial responsabilidad que pesa sobre una empresa dominante debe apreciarse a la luz de las circunstancias específicas de cada caso, que demuestren que la competencia está debilitada (sentencia Tetra Pak/Comisión, antes citada, apartado 24).

Por consiguiente, pueden considerarse abusivos comportamientos en mercados distintos de los dominados que producen efectos sobre éstos o sobre los propios mercados no dominados⁴⁵.

b) Compatibilidad del artículo 14 de los Estatutos de la SGAE con la Directiva 2014/26/UE

En sus alegaciones al PCH y a la PR la SGAE defiende la compatibilidad del artículo 14 de sus Estatutos con la Directiva 2014/26/UE y manifiesta que únicamente una interpretación *in malam partem* de la Directiva y/o del propio artículo 14 de los Estatutos, podría suponer la incompatibilidad entre ambas normas. Para la SGAE la redacción de los apartados 3º y 5º del artículo 14.1 es muy similar al texto de la propia Directiva y no limita la posibilidad de los autores de retirar la gestión del derecho de comunicación pública.

Esta Sala estima que la SGAE, a través de **la aplicación efectiva de las previsiones estatutarias** contenidas en el artículo 14.1 (apartados 3º, 4º y 5º), viene restringiendo de manera injustificada la libertad de sus socios para atribuir la gestión de todos o parte de sus derechos a otras entidades y operadores lo que constituye una conducta de abuso.

A este respecto, a pesar de las modificaciones llevadas a cabo en los Estatutos con el objeto de adaptarlos a la Directiva 2014/26/UE, el artículo 14.1.3º de los mismos no contempla la posibilidad de limitar la cesión de derechos específicos, reconocida expresamente en tal Directiva (artículo 5.2), sino que únicamente reconoce la exclusión de derechos por categorías definidas unilateralmente por SGAE en su artículo 14.1.4º.

A juicio de esta Sala, esto no implica, como pretende argumentar la SGAE en sus alegaciones a la PR (folios 7445 a 7447), que la DC haya basado su acusación en la incompatibilidad del artículo 14 de los Estatutos de SGAE con el contenido de la Directiva 2014/26/UE. El valor sustancial que aporta la Directiva en el hilo argumental de la PR, y que acoge y respalda esta Sala, es el que deriva de la preocupación del propio legislador europeo porque las relaciones entre la entidad de gestión y sus socios se rijan por la libre competencia.

De hecho, el considerando 19 de la exposición de motivos de la Directiva 2014/26/UE indica que *“habida cuenta de las libertades establecidas en el TFUE, la prestación y recepción de servicios de gestión colectiva de derechos de autor y derechos afines deben implicar que un titular de derechos pueda elegir libremente la entidad de gestión colectiva encargada de la gestión de sus derechos [...]”,* añadiendo que *“[...] Teniendo debidamente en cuenta dicho equilibrio, los titulares de derechos deben poder retirar fácilmente dichos derechos o categorías de derechos de una entidad de gestión colectiva y*

⁴⁵ Véase en este sentido la sentencia Tetra Pak/Comisión, antes citada, en su apartado 25.

gestionarlos individualmente o confiar o transferir la gestión de la totalidad o de una parte de estos a otra entidad de gestión colectiva u entidad, independientemente del Estado miembro de nacionalidad, de residencia o de establecimiento de la entidad de gestión colectiva o del titular de los derechos”.

En definitiva, se hace un especial énfasis en la preocupación europea porque efectivamente no se produzcan las conductas como las que, a juicio de esta Sala, se han producido en el expediente objeto de resolución.

Por todo ello, se reitera una vez más que la acusación no se basa en el hecho de que exista o no una conformidad entre los Estatutos de SGAE y la Directiva 2014/26/UE y de la LPI tras la transposición, sino en que la actividad de la SGAE, en relación con la aplicación de sus Estatutos, es contraria a la normativa de competencia, ya que limita la libertad de los titulares de los derechos mediante la agrupación de derechos y modalidades de explotación diversos en una misma categoría, tal y como están configuradas, impidiendo su gestión alternativa. Tal y como contestó la DC al respecto *“lo relevante en este caso es determinar si la conducta es contraria a la normativa de la competencia, y ello con independencia de si la conducta se adecúa o no a la normativa sectorial de propiedad intelectual.”* (Parr. 171 PR)

En definitiva, de acuerdo con las exigencias de SGAE, los otorgantes no pueden atribuir libremente la gestión de sus derechos a otras entidades y operadores, debiendo realizar una cesión en bloque. Esta práctica limita, consiguientemente, la capacidad de posibles competidores de atraer derechos a su repertorio.

En lo relativo al **derecho de revocación de la autorización para gestionar derechos**, si bien el artículo 14.1.5º de los Estatutos contempla la posibilidad de retirar derechos específicos, el artículo 14.1.6º establece que las retiradas parciales de derechos deben llevarse a cabo bajo las condiciones del apartado 3º. Es decir, una vez más se está limitando la retirada de derechos a su ejercicio en bloque, por categorías, restringiendo de manera injustificada la facultad de los socios de la entidad de disponer libremente de sus derechos y su libertad para atribuir la gestión de sus derechos a otras entidades y operadores.

Como ya se ha señalado, la propia SGAE afirma que respecto de la limitación inicial de derechos por parte del autor *“El mandato de los autores a SGAE se refiere a cada una de las categorías de derechos que se mencionan en el apartado 4º del artículo 14.1 de la versión vigente de los Estatutos de SGAE, sin que sea posible excluir obras individuales o porcentajes de obras individuales de cada una de esas categorías”*, añadiendo que en relación a la revocación o retirada parcial de derechos por el autor en cualquier momento de la vigencia de su contrato de gestión *“habría que precisar que el derecho de revocación o retirada se refiere a las mismas categorías definidas en el apartado 4º del artículo 14.1.”* (folio 829).

c) Precedentes en la Unión Europea y nacionales que avalarían la actuación de SGAE

Como ya se ha señalado, SGAE alega que únicamente una interpretación *in mala partem* de la Directiva y/o del artículo 14 de los Estatutos de SGAE podría llevar a cuestionar la compatibilidad de dicho precepto de los Estatutos con la referida Directiva (folios 7447 a 7448). Apoya su argumentación, como ya hiciera en sus alegaciones al PCH, en que la Directiva 2014/26/UE recoge la obligación que ya enunció la Comisión Europea en los asuntos GEMA⁴⁶ y *Daft Punk*⁴⁷, de garantizar el equilibrio entre los derechos de los autores y la exigencia de asegurar el buen funcionamiento de la gestión colectiva, principio que fue retomado por el Tribunal de Justicia en el *Asunto Stim*⁴⁸ y que fue objeto de estudio por el antiguo Servicio de Defensa de la Competencia en el expediente R 609/04, *Ediciones Musicales*⁴⁹.

La SGAE también menciona que la Directiva 2014/26/UE se habría hecho eco de estos principios al disponer, en el considerando 19 de su exposición de motivos que, a la hora de determinar los derechos o categorías de derechos o tipos de obras que gestiona la entidad de gestión, es importante “*que los derechos y las categorías de derechos se determinen de forma que se mantenga un equilibrio entre la libertad de los titulares de derechos de disponer de sus obras y otras prestaciones y la capacidad de la entidad para gestionar eficazmente los derechos*” (folio 830 y 7448 de sus alegaciones a la PR).

En contestación a estas alegaciones, en primer lugar, esta Sala deber reiterar nuevamente que la acusación no se basa en el hecho de que exista o no una conformidad entre los Estatutos de SGAE y la Directiva 2014/26/UE, pues lo relevante en este expediente es determinar si la conducta de la SGAE es contraria al derecho de la competencia y, en concreto, si la SGAE ha cometido un abuso de posición de dominio mediante la imposición de limitaciones a las retiradas o revocaciones parciales de derechos de autor.

En todo caso, en relación al asunto Gema, como afirma la DC, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo de 16 de abril de 2004, sobre la gestión de los derechos de autor

⁴⁶ GEMA I, Decisión de 20.6.1971, DO L 134, p. 15; GEMA II, Decisión de 6.7.1972, DO L 166, p. 22; GEMA III, Decisión de 4.12.1981, DO L 94, p.12.

⁴⁷ Decisión de la Comisión de 12 de agosto de 2002, COMP/C2/37.219, *Banghalter & Homem Christo v SACEM*.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2008, Asunto C-52/07, *Kanal 5 Ltd y TV 4 AB contra STIM*, ECLI:EU:C:2008:703.

⁴⁹ Resolución de 16 de diciembre de 2004, expediente R 609/04, *Ediciones Musicales*.

y derechos afines en el mercado interior⁵⁰, y concretamente su apartado 3.4.a), en el que “*opina que posiblemente sea necesario, a la luz de la evolución tecnológica (por ejemplo, los servicios en línea), reconsiderar las «categorías GEMA» creadas en los años setenta*”. Estas categorías en nada coinciden con las creadas por SGAE. En cualquier caso, y sin ánimo de ser reiterativos respecto a lo mencionado en la PR, en la propia ponencia de David Wood del año 2001, citada en las alegaciones de SGAE⁵¹ se concluye, entre otros extremos, que para que la aplicación de las reglas de las Decisiones GEMA continúe estando justificada, es esencial precisar los motivos por los cuales se considera que una revisión de las categorías de GEMA, o la retirada parcial dentro de estas categorías, podría socavar sustancialmente el interés operativo de las entidades de gestión colectiva, y que estas normas, en su estado actual, continúan siendo indispensables. Algo que, a juicio de esta Sala, la SGAE no ha conseguido acreditar.

La SGAE presenta un informe económico con el que pretende acreditar los efectos negativos que sobre la gestión eficiente y eficaz de dicha entidad se producirían si se viera forzada a gestionar sus derechos de manera fragmentada en los términos señalados por la DC en la PR. Sin embargo, tras el análisis del informe por esta Sala se puede apreciar que dicho informe carece de la fortaleza analítica y consistencia que permita asumir sus conclusiones por esta CNMC, negando así la existencia de algún tipo de justificación objetiva que permita a la SGAE aplicar sus Estatutos en un sentido anticompetitivo, como hasta ahora.

Al respecto, la SGAE se refiere al Precio por el Servicio Prestado (PSP) como el componente para identificar los costes asociados a la gestión de cada una de las tarifas y como instrumento para analizar la rentabilidad de cada grupo de tarifas, primarias y secundarias. Sin embargo, el PSP no es una imagen fiel de lo que costaría la gestión de cada epígrafe tarifario de forma independiente, porque recoge el efecto de los costes comunes y la división por el número de usuarios, lo que distorsionaría las conclusiones del informe. En este sentido, se puede observar que la SGAE establece un mayor descuento de gestión en las categorías secundarias que en las primarias, lo que refleja el mayor coste de gestión de las secundarias, pero ignora aportar la información sobre la rentabilidad relativa que las categorías secundarias suponen para la entidad de gestión, que sería lo realmente relevante de cara al estudio sobre la gestión eficaz y eficiente de la SGAE.

Aunque en este punto la SGAE mencione la Decisión *Daft Punk* entendiendo que en la misma se estableció que una sociedad de gestión debía permitir que determinados autores se reservaran la gestión de algunos de sus derechos

⁵⁰ Texto de la Comunicación disponible en el siguiente enlace <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0261&qid=1538737043893&from=ES>

⁵¹ Folio 7464-7465.

siempre que se cumplieran determinadas condiciones, esta Sala no aprecia en la presente resolución tales condiciones. En la página 12 de dicha decisión la Comisión indica que la redacción original de la obligación estatutaria de gestión colectiva en cuestión, que no permitía a los autores gestionar individualmente ciertos derechos, puede constituir⁵² un abuso de posición de dominio en la medida en que esta obligación corresponde a una condición de transacción no equitativa. Por tanto, en esta decisión no se cuestiona que una obligación estatutaria pueda ser abusiva.

En este sentido, el Tribunal de Justicia en su sentencia de 21 de marzo de 1974 (en el asunto 127/73) estableció que “[...] *una cesión obligatoria de todos los derechos de autor, presentes y futuros, sin distinción entre los mismos de las diferentes formas de utilización generalmente reconocidas, puede constituir una transacción no equitativa*” (párrafo 12) y que *el hecho de que una empresa que explota derechos de autor [...] imponga a sus socios compromisos que no son indispensables para la realización de su objeto social y que, por lo tanto, obstaculizan de forma no equitativa la libertad de un socio para ejercitar su derecho de autor, puede constituir una explotación abusiva*” (párrafo 15). Por ello, no cabe aceptar la alegación de la SGAE al respecto.

Tampoco puede aceptarse que el antiguo TDC, en la resolución del expediente *R609/04 Ediciones Musicales*, validara el contenido del entonces artículo 13 (actual artículo 14) de los Estatutos de SGAE, al considerar que su modificación posibilitaba que el titular de los derechos se reservase la gestión de alguna categoría de éstos, lo que eliminaba los problemas de competencia que hubieran existido con anterioridad.

Sobre el objeto de estudio por el antiguo Servicio de Defensa de la Competencia en el expediente *R 609/04, Ediciones Musicales*, esta Sala reitera, como ya hiciera la DC, que en tal precedente nacional el SDC señalaba, entre otras cuestiones “[...] *la existencia de una situación legal y estatutaria que habría permitido a la SGAE abusar de su posición dominante en el mercado de la gestión de derechos de la propiedad intelectual derivados de las obras musicales si, aplicando restrictivamente sus normas estatutarias, hubiera denegado injustificada y arbitrariamente a un titular de tales derechos la posibilidad de reservarse la gestión independiente de alguno de ellos*”, si bien “[...] *no resulta del expediente ni lo alegan los denunciantes que ninguno de los titulares de derechos amparados por la Ley de Propiedad Intelectual haya solicitado nunca*

⁵² Al respecto a Comisión ha señalado “*En una Decisión más reciente, la Comisión consideró que contemplar en los estatutos de una sociedad de gestión colectiva de manera obligatoria la cesión de todos los derechos de un autor, incluida su explotación en línea, equivale a un abuso de posición dominante con arreglo a la letra a) del artículo 82 del Tratado, dado que dicha práctica corresponde a la imposición de una condición comercial no equitativa*”.(Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo de 16 de Abril de 2004, “La gestión de los derechos de autor y derechos afines en el mercado interior” 16.04.2004).

a la SGAE la reserva de ningún derecho concreto ni que, por lo tanto, se le haya denegado”.

Finalmente, el acuerdo del Director del Servicio de Competencia concluye: “*La forma de proceder en el caso que nos ocupa la marca la Comisión al decir que no puede presumirse un abuso de posición de dominio mientras no se manifieste en la práctica” y que “las autoridades de competencia deben [...] examinar si con una aplicación de buena fe de la disposición el problema de competencia que ha sido examinado está o no resuelto. Así, en principio el texto del art. 14 no parece en sí mismo constitutivo de abuso, y menos aún si queda salvada la individualización de derechos dentro de las categorías. Por todo lo cual no cabría estimar que SGAE limita o impide a sus socios la reserva de derechos para gestión individual y, en consecuencia, no puede apreciarse abuso en su actuación.”*

En el expediente objeto de la presente resolución, a diferencia de la R 609/04 Ediciones Musicales, sí se han acreditado los efectos de dicha práctica restrictiva, algo que se analizará más adelante en la presente resolución. Por ello, el precedente señalado por la SGAE no hace sino reforzar la coherencia del sentido de la presente resolución. Así, no se está ahora enjuiciando a la SGAE por la redacción del artículo 14, sino porque SGAE, a través de la **aplicación efectiva de las previsiones estatutarias** contenidas en el artículo 14.1 (apartados 3º, 4º y 5º), tal y como la propia entidad ha explicado, viene restringiendo de manera injustificada la libertad de sus socios para atribuir la gestión de todos o parte de sus derechos a otras entidades y operadores (párrafo 237 del PCH).

En todo caso, también se acredita en la PR que la SGAE no permite la individualización de derechos dentro de las categorías y que sólo es posible la exclusión de derechos por categorías definidas unilateralmente por SGAE.

En sus alegaciones, SGAE menciona el precedente *Stim*⁵³, para defender la conformidad del artículo 14 de los Estatutos con la Directiva 2014/26/UE. A este respecto, la SGAE se refiere al principio de garantizar el equilibrio entre los derechos de los autores y la exigencia de asegurar el buen funcionamiento de la gestión colectiva (folio 7447). Frente a esta alegación, esta Sala debe reiterar que la conformidad del artículo 14 de los Estatutos con la Directiva 2014/26/UE no es el objeto de sanción en la presente Resolución. Por otro lado, también se debe subrayar que el asunto *Stim* no es un caso equiparable al examinado en el presente expediente. La citada sentencia de 11 de diciembre de 2008 en el asunto *Stim* se refería a un posible abuso de posición dominante por parte de una entidad de gestión en la retribución debida por la difusión por televisión de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual, mientras que

⁵³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2008, Asunto C-52/07, Kanal 5 Ltd y TV 4 AB contra STIM, ECLI:EU:C:2008:703.

en este caso se examinan limitaciones injustificadas a la retirada o no asignación de determinados derechos de autor a la SGAE mediante su interpretación y aplicación de los Estatutos.

d) El necesario equilibrio entre la libertad de autores para atribuir derechos de gestión y la actuación eficiente de las entidades

También alude la SGAE al apartado 19 de la Directiva 2014/26/UE⁵⁴ que recoge la importancia de que *“los derechos y las categorías de derechos se determinen de forma que se **mantenga un equilibrio** entre la libertad de los titulares de derechos de disponer de sus obras y otras prestaciones y la capacidad de la entidad para gestionar eficazmente los derechos”*. Esta Sala insiste en la intención del legislador de la Unión Europea es que las relaciones entre la entidad de gestión y sus socios se rijan por la libre competencia, pues en el mismo apartado afirma que *“teniendo debidamente en cuenta dicho equilibrio, los titulares de derechos deben poder retirar fácilmente dichos derechos o categorías de derechos de una entidad de gestión colectiva y gestionarlos individualmente o confiar o transferir la gestión de la totalidad o de una parte de estos a otra entidad de gestión colectiva u entidad, independientemente del Estado miembro de nacionalidad, de residencia o de establecimiento de la entidad de gestión colectiva o del titular de los derechos”*.

Continuando con la delimitación de la conducta, esta Sala coincide con la DC en la apreciación de que la existencia de una presunción a la atribución o retirada parcial de derechos no supondría, a fecha actual, un menoscabo de las funciones de gestión desarrolladas por SGAE. Esta presunción se evidencia bajo el análisis de la propia política de SGAE para la determinación de tarifas, la recaudación de las mismas y el reparto de las cantidades recaudadas.

Por todos estos motivos, esta Sala no observa en el contexto actual una justificación que permita limitar la atribución o revocación parcial de la gestión atribuida a las entidades de gestión y que indique que ésta deba realizarse por categorías de derechos o tipos de obras y otras prestaciones tal cual están planteadas actualmente. En este contexto, y una vez más citando al legislador europeo, la Directiva 2014/26/UE prevé expresamente que la atribución y la gestión de derechos puedan referirse a derechos concretos⁵⁵.

En contestación a la SGAE sobre su crítica a que en el PCH se considerase esta circunstancia como algo determinante (folios 7445 a 7447), esta Sala quiere aclarar y matizar que lo determinante no es que las restricciones de la SGAE incumplan lo dispuesto en la Directiva. El expediente se basa en la existencia de una conducta restrictiva de la competencia, lo cual se manifiesta, entre otras cosas, en la falta de coherencia entre el contenido de la Directiva y la aplicación

⁵⁴ Folio 7448.

⁵⁵ Apartados 2 y 4 del Artículo 5 de la Directiva 2014/26/UE.

realizada de los Estatutos SGAE. Ello es relevante por cuanto que la Directiva, como ya se ha analizado anteriormente, en la exposición de motivos de la misma, busca como objeto aumentar la competencia en el sector.

La propia composición de las categorías de derechos a las que se refieren los Estatutos de SGAE no se ha argumentado por la entidad de gestión en relación a criterios de eficiencia y conforme a un equilibrio entre la libertad de los titulares de derechos de disponer de sus obras y otras prestaciones y la capacidad de la entidad para gestionar eficazmente los derechos.

Esta Sala aprecia, al igual que la DC, que el contenido de las actuales categorías limita la libertad de los titulares de los derechos mediante la agrupación de derechos y modalidades de explotación diversos en una misma categoría, impidiendo la gestión alternativa. Así, a título de ejemplo, la categoría primera incluiría la comunicación pública de obras musicales en cualquier medio o procedimiento (a través de la televisión, radio, con ejecución humana o sin ella...) en ámbitos tan dispares como conciertos, hoteles, restaurantes, bares o establecimientos comerciales (siempre que la comunicación pública se realice con destino a un público presente en el lugar donde se produzca el acto de explotación). Es en este contexto, donde debido a la interpretación y aplicación de las categorías que hace la SGAE, se producen las infracciones señaladas a lo largo de la resolución.

La configuración del contenido de las categorías tiene especial incidencia en el hecho ya señalado de no permitir la gestión individual de derechos por parte del titular. A ello se añade la obligación de seguir unas categorías que por su composición pueden dar lugar a la imposibilidad práctica de retirar derechos o pueden provocar que el titular de derechos renuncie a su explotación en determinados ámbitos (como la hostelería y la restauración), en los que ningún operador alternativo a SGAE puede igualar su red de representantes y acuerdos con usuarios, lo que minimiza su capacidad de recaudación por la explotación de derechos de autor en estos ámbitos.

Así, siguiendo el ejemplo mencionado, la vinculación virtual del servicio de SGAE en la gestión de derechos en el ámbito de establecimientos del sector restauración (en el que SGAE mantiene una posición única en el territorio nacional) a otro como el de conciertos, impide o dificulta significativamente la retirada de derechos para la gestión independiente en este último sector, ámbito a todas luces ajeno al primero y, en su caso, fuerza a renunciar a ingresar por la explotación de los derechos en restauración, donde la fragmentación de la demanda y las economías de escala, de alcance y de red de la SGAE le dan una ventaja competitiva imposible de replicar.

e) La supuesta justificación objetiva de las conductas imputadas.

La SGAE pretende acreditar la existencia de una justificación objetiva para no separar los usos secundarios del derecho de comunicación pública de los usos

primarios empleando como base el contenido del artículo 156.2 TRLPI que según la entidad no exige tal separación (folios 7448 a 7457). Afirma asimismo que la necesidad de evitar el problema que supone la retirada parcial de la gestión de los derechos más rentables para el socio mientras se mantienen en la entidad aquellos cuya gestión es más difícil y costosa, es una justificación objetiva ya reconocida por la doctrina y las instituciones de la Unión Europea.

En opinión de esta Sala la SGAE recoge ciertas incoherencias en el contenido de sus alegaciones, cuando afirma que la alusión a dicha justificación objetiva *“no quiere decir que la actividad secundaria no se gestione buscando la eficiencia, ni que esté subvencionada por la primera”* (párrafo 73), para posteriormente afirmar que en caso de separación *“los socios que encomendasen la gestión de ambas modalidades estarían, de alguna forma, “subvencionando” a los que únicamente encomendasen la gestión del secundario”* (párrafo 75)⁵⁶.

Asimismo, esta Sala identifica ciertas contradicciones entre lo sostenido por la SGAE en sus alegaciones a la PR y el informe económico. Mientras que en las alegaciones parece querer demostrar que no hay subvenciones cruzadas entre las diferentes tarifas o usos (primarios o secundarios) de los derechos (folio 7499), en la informe señala precisamente que la vinculación entre los usos primarios y secundarios es necesaria para poder gestionar de manera eficiente la entidad de gestión (folio 7813), lo cual demuestra la debilidad de las conclusiones aportadas en el informe.

En todo caso, esta Sala coincide con la SGAE en que, de acuerdo con la jurisprudencia, las conductas restrictivas pueden no ser constitutivas de abuso cuando concurre una justificación objetiva o cuando se demuestran eficiencias. Ahora bien, es necesario resaltar que la carga de la prueba, tanto de la justificación objetiva como de las eficiencias, recae sobre la parte que las alega y en este caso, de la lectura de las alegaciones de la SGAE, las mismas no han quedado acreditadas.

En todo caso, en relación con el análisis de las economías de escala y alcance, cuya presencia en el mercado analizado ha reconocido esta Sala a lo largo de la resolución, no puede concluirse que puedan suponer una amenaza a la gestión eficaz y eficiente si se permitiera la gestión fragmentada de derechos en los términos de la presente resolución. De hecho, si un autor se llevara todos sus derechos, tanto los primarios como los secundarios, a otra entidad de gestión, como ha pasado con DAMA en relación con el mercado aguas arriba de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras audiovisuales, generando los efectos anticompetitivos que se han analizado en esta Resolución, se estarían viendo afectas aún en una mayor medida, las economías de escala y alcance. En este caso, dicha argumentación no resulta

⁵⁶ Folio 7454.

suficiente, desde una perspectiva de la proporcionalidad de la medida, para compensar los efectos anticompetitivos que generan las conductas llevadas a cabo por la SGAE. Es más, llevado al extremo, nos llevaría a concluir que el mercado de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores y editores tiene las características de un monopolio natural, algo que del análisis del propio funcionamiento del mercado resulta insostenible económica y jurídicamente.

La SGAE también plantea los escenarios que tendrían lugar como consecuencia de permitir la atribución fragmentada de los derechos. Al respecto, los análisis de dichos escenarios en el Informe le resultan a esta Sala cómo mínimo insuficientes, por tratarse de hechos inciertos, hipotéticos y futuribles, por lo que difícilmente pueden utilizarse para sostenerse los problemas de gestión y eficacia que pretende demostrar la SGAE para acreditar una justificación objetiva que impida la fragmentación de los derechos por sus distintos usos.

En este contexto, tal y como ya contestó la DC en las alegaciones al PCH, hay que aclarar que, en relación a la posible existencia de una posible justificación objetiva, al analizar un abuso de posición de dominio no cabe aplicar en sede de derecho de la competencia el posible concepto de justificación objetiva del derecho de propiedad intelectual. El análisis de competencia es independiente de si la conducta es o no contraria a la normativa sectorial, cuestión ésta que no es objeto de la presente resolución. Ello se debe, entre otras cosas, a que los principios sobre los que se asientan no son los mismos, tal y como dice la SGAE, sino que el bien jurídico protegido por ambas normas es distinto, correspondiéndole a esta Sala proteger el derecho a la libre competencia, la única óptica bajo la cual puede y debe realizar un análisis de eficiencias como el propuesto por la SGAE al aludir al contenido del artículo 156.2 TRLPI.

La Comunicación de la Comisión sobre el Artículo 102 TFUE⁵⁷ (anteriormente artículo 82 del Tratado CE) establece que para determinar si concurre una justificación objetiva, desde el punto de vista de la competencia, habrá de evaluarse si la conducta era necesaria, imprescindible y proporcional (párrafos 28-31):

"En su aplicación del artículo 82, la Comisión también examinará las alegaciones presentadas por una empresa dominante para justificar su conducta. Esta justificación de la empresa dominante puede hacerse demostrando que su conducta es objetivamente necesaria o que genera eficiencias sustanciales que superan cualquier efecto anticompetitivo para los consumidores. En este contexto, la Comisión evaluará si la conducta

⁵⁷ Comunicación de la Comisión: "Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes".

en cuestión es imprescindible y proporcional al presunto objetivo de la empresa dominante.

La cuestión de si la conducta es objetivamente necesaria y proporcional debe dilucidarse basándose en factores ajenos a la empresa dominante.

(...)

Incumbe a la empresa dominante presentar todas las pruebas necesarias para demostrar que la conducta en cuestión está justificada objetivamente. A continuación es la Comisión la que debe evaluar en último término si la conducta en cuestión no es objetivamente necesaria y, tras ponderar cualesquiera efectos anticompetitivos evidentes y cualesquiera eficiencias alegadas y justificadas, si es probable que dé lugar a un perjuicio para los consumidores."

Por otro lado, la SGAE afirma que ante una posible separación entre los usos primarios y los secundarios como consecuencia de los costos de control sería posible que SGAE renunciara a la gestión de la secundaria, ya que, al ser una modalidad de tan alto coste en relación a la recaudación, no podría costearse por sí sola, lo que plantearía un problema con el cumplimiento de su objetivo de hacer un reparto que tenga en cuenta la audiencia. Esta circunstancia a juicio de esta Sala, no puede ser considerada como una justificación objetiva y de eficiencia válida, sobre todo a la vista de la ausencia de información sobre la rentabilidad relativa que las categorías secundarias suponen para la entidad de gestión lo que, como ya se ha indicado previamente, sería lo realmente relevante de cara al estudio sobre la gestión eficaz y eficiente de la SGAE.

En conclusión, esta Sala considera que las alegaciones aportadas por la SGAE no son suficientes para acreditar la existencia de una justificación objetiva a las restricciones a la libre competencia descritas, puesto que no se ha demostrado que dichas limitaciones sean indispensables ni proporcionales para garantizar el ejercicio de sus funciones.

f) Ausencia de efectos anticompetitivos.

En sus alegaciones a la PR (folios 7467-7468), la SGAE sostiene que la DC no ha sido capaz de mencionar ningún supuesto en el que la conducta imputada haya causado algún efecto contrario a la competencia, limitándose a realizar una explicación teórica sobre las consecuencias que habría tenido la conducta abusiva.

Tal y como se examinará en el posterior apartado, de acuerdo con la jurisprudencia aplicable, y con la práctica de esta CNMC, la valoración de una infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE, no requiere la demostración de que la práctica llevada a cabo por la empresa en cuestión haya

causado un efecto real en el mercado, sino que basta con demostrar que ese efecto es posible o potencial.

A este respecto, estas conductas tendrían un efecto negativo de exclusión sobre la competencia en el mercado de gestión de los derechos de propiedad intelectual de obras musicales, donde SGAE ostenta una posición de dominio, limitando la capacidad de los socios para gestionar libremente sus derechos y, consiguientemente, confinando la posible atribución de derechos y dificultando la aparición de nuevos entrantes.

En este punto, es necesario recordar que, como ha venido siendo reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la posición privilegiada que el ordenamiento jurídico español atribuye a las entidades de gestión, en una posición de monopolio de hecho, les obliga a actuar con especial responsabilidad y, en especial, a guardar un deber de transparencia en su gestión, lo que les impediría “*imponer restricciones contrarias al principio de libre competencia*”⁵⁸.

Estas conductas también tendrían un efecto negativo de explotación de los titulares de derechos de autor de obras audiovisuales, en la medida que las conductas de SGAE implicarían la renuncia por parte de los titulares de derechos a ingresar por la explotación de los derechos en los ámbitos de hostelería y restauración en España, en los que SGAE es la única entidad que tiene una capacidad de recaudación significativa, dadas sus economías de escala y alcance, derivadas de su red de representantes y acuerdos con usuarios.

Por tanto, las restricciones y obligaciones que estas entidades puedan imponer a sus socios deberán limitarse a aquéllas que sean indispensables para el ejercicio de su misión y proporcionadas a los fines propuestos, siendo estos dos requisitos de indispensabilidad y proporcionalidad los que marcan los límites de la licitud o ilicitud de la conducta del operador económico que se encuentra en la posición de dominio⁵⁹, no habiendo sido justificados en el ámbito del presente expediente.

Por último, es preciso recordar que no se ha enjuiciado a SGAE por la incompatibilidad de la redacción del artículo 14 con la Directiva 2014/26/UE, sino porque la entidad, a través de la **aplicación efectiva de las previsiones estatutarias** contenidas en el artículo 14.1 (apartados 3º, 4º, 5º y 6º), tal y como SGAE ha explicado que se aplican, viene restringiendo para esta Sala, de manera injustificada, la libertad de sus socios para atribuir la gestión de todos o parte de sus derechos a otras entidades y operadores (párrafo 237), así como para la retirada individualizada de sus derechos, lo cual es contrario a la LDC. Es decir, la SGAE no permite la individualización de derechos dentro de las

⁵⁸ Como se reconoció en la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2008 en el recurso de casación 2951/2002.

⁵⁹ Tal y como se establece en la resolución del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia en el marco del expediente R 609/04 Ediciones Musicales.

categorías establecidas y sólo es posible la exclusión de derechos por estas categorías definidas unilateralmente por SGAE.

B. Abuso de posición dominante en los mercados aguas abajo en el sector del hospedaje.

De conformidad con la PR, la SGAE habría abusado de su posición dominante en los mercados aguas abajo mencionados de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales y audiovisuales a través de su amenización en espacios públicos en establecimientos integrantes del sector del hospedaje. La SGAE habría cometido dicho abuso mediante la paquetización de las ofertas y la ausencia de desglose tarifario entre las tarifas musicales y audiovisuales. A continuación, se analizan los principales elementos y características de las tarifas que componen las ofertas realizadas por la SGAE en el sector de hospedaje.

• Paquetización de las ofertas y ausencia de desglose tarifario

Tal y como se ha descrito en los hechos acreditados, las tarifas de la SGAE de uso por disponibilidad promediada para utilizaciones secundarias de su repertorio en las dependencias de los establecimientos del sector hospedaje retribuyen diversos derechos de propiedad intelectual, y no está detallado su desglose en las mismas.

Esta Sala estima que la integración de distintos repertorios (musical y audiovisual) carece de justificación objetiva, resultando en tarifas inequitativas al no permitir a los establecimientos usuarios de los repertorios gestionados por SGAE conocer los costes reales en los que están incurriendo por la utilización de los mismos, ni establecer comparativas con otras posibles ofertas susceptibles de ser realizadas por eventuales competidores de SGAE, que únicamente pueden competir respecto a un tipo de repertorio.

La SGAE en sus alegaciones (folios 7469 a 7471) considera que tal paquetización responde a una justificación objetiva, afirmando que fue el resultado de una petición de las asociaciones representativas de los usuarios del sector del hospedaje y que permitió aplicar a la tarifa conjunta una rebaja significativa respecto de la suma de las tarifas separadas aplicadas hasta ese momento, gracias a los ahorros en el coste de gestión de un único concepto de uso secundario de comunicación pública en establecimientos de hostelería.

Sin embargo, la conducta objeto de estudio debe ubicarse en el contexto de una posición de dominio en los mercados de referencia y considerando que, en el caso de los derechos de reproducción y comunicación pública de fonogramas, SGAE es hoy por hoy el único operador oferente. Es decir, cualquier hotel que desee tener música disponible en su establecimiento para sus clientes se ve

forzado (debido a la paquetización) a adquirir en el mismo acto los derechos audiovisuales. Lo mismo cabe indicar en el sentido contrario, es decir, cuando se adquieren los derechos para reproducción y comunicación pública de contenidos audiovisuales y, automáticamente, se obtienen los derivados de obras musicales.

Por tanto, esta Sala no puede considerar válida la pretendida justificación objetiva basada en las mencionadas eficiencias por parte de la SGAE, ya que, por un lado, no aporta evidencia alguna que demuestre que la unificación de las tarifas generaría efectivamente tales eficiencias, y porque, por otro lado, lo que sí queda evidenciado es que la unificación de tarifas genera unos efectos restrictivos frente a otras entidades de gestión que solo pueden ofertar el repertorio musical o el audiovisual, pero no ambos a la vez.

La SGAE también menciona en sus alegaciones a la PR que, una vez defendida la existencia de justificación objetiva, en todo caso propuso a la DC separar los dos conceptos en sus tarifas para los usuarios del sector hospedaje, a fin de eliminar cualquier duda acerca de su potencial efecto restrictivo de las mismas. A este respecto, si bien es cierto que la DC valoró positivamente la formulación propuesta, en tanto que la misma se predicara no sólo para el sector hospedaje, sino también para el sector de restauración, no pudo aceptar dicha propuesta de compromisos pues la misma ignoraba la estrecha relación existente entre los mercados aguas arriba y aguas abajo en el mercado relevante. Efectivamente, esta Sala coincide en dicho análisis, ya que se trata de mercados conexos, tal y como se ha mencionado anteriormente, que se encuentran tan relacionados que la posición dominante en uno de ellos pueden afectar a los otros, motivo por el cual la DC señaló que *“que se trata de una infracción única y continuada, por tener una finalidad anticompetitiva común, excluir u obstaculizar la competencia de terceros operadores en la gestión de derechos de autor y penalizar injustificadamente a los titulares de derechos que optan por retirar derechos de SGAE.”* (folio 7369). De tal forma que la corrección de los incentivos anticompetitivos en uno de ellos, no necesariamente resuelve el de todos los demás, haciendo falta, en su caso, una solución integral y transversal para todos los mercados objeto del expediente.

Profundizando en lo anterior, hay que señalar que la paquetización de los derechos y repertorios coloca a SGAE en una situación de ventaja no sólo en los mercados de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales y audiovisuales a través de su amenización en espacios públicos en establecimientos integrantes del sector del hospedaje, sino también en los mercados aguas arriba de gestión de derechos de propiedad intelectual de autores de obras musicales y audiovisuales. Esto es así ya que la dificultad de acceso al mercado aguas abajo limita la capacidad de ejercitar por cuenta del titular los derechos y obtener las remuneraciones correspondientes en este tipo de establecimientos y, por tanto, se reduce el atractivo de las entidades de

gestión distintas de SGAE en la gestión de derechos de los autores, tal y como se ha comentado anteriormente. Este efecto, lógicamente, se multiplica teniendo en cuenta la interpretación y aplicación que de la configuración de las categorías existentes en los estatutos de la SGAE lleva a cabo la mencionada entidad de gestión.

En el caso de la gestión de los derechos de propiedad intelectual de obras audiovisuales, esta categorización es incluso más acusada que en el caso musical. En atención a las alegaciones de DAMA presentadas al PCH, esta Sala señala la categoría decimonona por ser la más general y la que genera una mayor limitación a los autores, tal y como contestó la DC (folios 7622 a 7623) en la PR. Al respecto, se puede citar la categoría decimonona, por ser la más representativa del artículo 14.1.4º de los Estatutos de SGAE, que abarca los derechos de remuneración equitativa previstos en relación con la proyección, exhibición y transmisión pública de tales obras. Así, agrupa la transmisión al público por cualquier medio como la televisión, la proyección o exhibición sin exigir precio de entrada, o la puesta a disposición a través de internet, conforme a lo previsto en el artículo 90.4 del TRLPI. A este respecto, la agrupación de estos derechos en una sola categoría aglutina la proyección, exhibición y transmisión pública de las obras audiovisuales en lugares tan dispares como hoteles, transportes, gimnasios, establecimientos comerciales, además de las televisiones y la remuneración por exhibición en cines. Es decir, todas las formas posibles de comunicación pública.

En definitiva, esta Sala considera que la paquetización de las ofertas y la falta de desglose tarifario en unos mercados⁶⁰ donde SGAE tiene posición de dominio, supone un abuso tendente a evitar la entrada de potenciales competidores en el mercado (tanto respecto a los contenidos audiovisuales como musicales) y a dificultar la expansión de los existentes (audiovisual), pero también genera efectos de exclusión y explotación del mercado de gestión de derechos de propiedad intelectual de obras audiovisuales (donde SGAE ha podido perder su posición de dominio, pero está penalizando injustificadamente a los titulares de derechos que han optado por trasladar sus derechos a terceras entidades como DAMA) y de obras musicales (donde se refuerza su posición de dominio), tal y como se ha señalado anteriormente. Estos efectos se amplifican a la vista de la aplicación e interpretación que de la configuración actual de las categorías de derechos que lleva a cabo la SGAE.

⁶⁰ Mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales y audiovisuales a través de su amenización en espacios públicos en establecimientos integrantes del sector del hospedaje.

- **Conclusión**

Por tanto, del análisis realizado sobre el posible abuso de posición dominante en el mercado aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales a través de su amenización en espacios públicos en establecimientos integrantes del sector del hospedaje y en el mercado aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras audiovisuales a través de su amenización en espacios públicos en establecimientos integrantes del sector hospedaje, en relación con la configuración de tarifas esta Sala concluye que SGAE habría infringido los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE al no establecer desglose tarifario y generar un empaquetamiento de productos simple, que impediría a los usuarios de sus servicios identificar el coste real de cada uno de los conceptos y derechos incluidos en la tarifa, imposibilitando la comparación y contratación con otros operadores y, consiguientemente, restringiendo el acceso de estos últimos a los mercados afectados en los que SGAE mantiene una posición dominante.

Este abuso de posición de dominio en los mercados aguas abajo tendría, además, el efecto de cierre de mercado y expulsión de los competidores actuales y potenciales de los mercados aguas arriba de gestión de derechos de propiedad intelectual de obras musicales y audiovisuales, en los que la configuración actual de categorías de derechos y el impedimento a los asociados a la retirada parcial de la gestión, amplificarían los efectos anticompetitivos. En el caso de la gestión de derechos de obras audiovisuales, estas conductas agravarían la penalización injustificada a los titulares de derechos que han optado por trasladar sus derechos a terceras entidades como DAMA, al verse obligados a renunciar de forma injustificada a los ingresos por la explotación de sus obras en el ámbito *de la hostelería*.

C. Abuso de posición dominante en los mercados aguas abajo en el sector de la restauración.

De conformidad con la PR, la SGAE habría abusado de su posición dominante en los mercados aguas abajo mencionados de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales y audiovisuales en establecimientos del sector de la restauración, en relación con la configuración de las tarifas, mediante la paquetización de las ofertas y la ausencia de desglose tarifario entre el repertorio audiovisual y musical.

- **Paquetización de las ofertas y ausencia de desglose tarifario**

Como se ha descrito en los hechos acreditados, al igual que sucede en las tarifas generales de SGAE para los establecimientos del sector hospedaje, las tarifas

de SGAE de uso por disponibilidad promediada para utilizaciones secundarias de su repertorio en las dependencias de los establecimientos del sector restauración han venido retribuyendo diversos derechos de propiedad intelectual, sin estar detallado su desglose en las mismas.

De manera análoga a lo concluido respecto a las tarifas en el sector hospedaje, la integración de los repertorios musical y audiovisual carece de justificación objetiva, resultando en tarifas inequitativas al no permitir a los establecimientos usuarios de los repertorios gestionados por SGAE conocer los costes reales en los que están incurriendo por la utilización de los mismos, ni establecer comparativas con otras posibles ofertas susceptibles de ser realizadas por eventuales competidores de SGAE, generando también distorsiones en los mercados de gestión de derechos aguas arriba.

En este ámbito las Tarifas Generales publicadas por SGAE en 2018 sí permiten una identificación de los derechos y costes concernidos en cada modalidad tarifaria desagregando⁶¹ las mismas en función del repertorio musical y audiovisual.

Sin embargo, esta Sala coincide con la DC al considerar que la nueva configuración de tarifas no resuelve los problemas de competencia derivados de la paquetización de las mismas porque su estructura, así como la integración en el importe final de la tarifa tanto del valor por el uso de los derechos como el valor económico del servicio prestado por la SGAE, impide la transparencia oportuna y el establecimiento de comparativas por parte de los usuarios.

Por otro lado, los valores establecidos para las tarifas promediadas mensuales suponen, de facto, un incentivo inequívoco a la contratación de la tarifa conjunta, restando atractivo a la consideración de posibles entidades alternativas. Por ejemplo, en el caso de la tarifa por utilización de derechos como amenización de carácter secundario mediante cualquier procedimiento o medio, excluida ejecución humana, en establecimientos de hasta 50m², el resultado de la suma de las tarifas individuales para los repertorios musical (15,50€) y audiovisual (13,96€) es un 65% superior a la tarifa conjunta establecida para el uso de ambos repertorios (17,84€).

En cualquier caso, más allá de una posible duplicación no justificada ni explicitada del precio del servicio prestado por la entidad de gestión en las tarifas referidas a los repertorios individuales, las tarifas no parecen reflejar coherencia en sus valores.

⁶¹ Desagregación análoga a la empleada en las Tarifas Generales 2018 para numerosos usos de los repertorios en diferentes actividades.

Por ejemplo, asumiendo⁶² un precio del servicio prestado por la entidad de gestión de 6,98€⁶³, tanto en la tarifa conjunta como en las individuales⁶⁴, podría deducirse el valor por el uso de los derechos mediante resta:

<i>Repertorio</i>	<i>Tarifa promediada mensual</i>	<i>Precio por el servicio prestado</i>	<i>Valor por el uso de los derechos</i>
<i>Musical y audiovisual</i>	17,84€	6,98€	10,86€
<i>Musical</i>	15,50€	6,98€	8,52€
<i>Audiovisual</i>	13,96€	6,98€	6,98€

Nuevamente, la suma de los valores por el uso de los derechos individuales es sustancialmente superior al valor del uso conjunto (43%), haciendo la adquisición individual de los productos menos atractiva, y sin que en apariencia exista una justificación objetiva para tal discrepancia en un contexto de tarifas por disponibilidad en el que no se determina el uso concreto del repertorio. Es decir, no se identifica ninguna justificación objetiva que explique por qué contratar individualmente los repertorios musical y/o individual tiene prácticamente las mismas tarifas que si se contrata el repertorio conjunto, salvo que dicha conducta persiga que, de facto, los usuarios contraten la tarifa conjunta, restando atractivo a la consideración de posibles entidades alternativas que solo ofrezcan uno de los repertorios.

En tercer lugar, hay que recordar que la SGAE posee el repertorio musical, del que se puede considerar que hacen uso todos los locales que utilizan el repertorio protegido y que, ineludiblemente, también está presente su uso durante la comunicación pública de obras audiovisuales. En este sentido, las propias Tarifas Generales de SGAE para 2018 señalan que “*A partir de enero de 2018, en algunos epígrafes tarifarios incluidos en el Capítulo I-Comunicación Pública se desagrega la utilización del repertorio musical y audiovisual, conceptos que se incluyen en este glosario de definiciones y términos. La instalación en un local de aparatos que permitan la comunicación pública de contenidos musicales o audiovisuales, como puede ser, entre otros, un aparato receptor de televisión, un ordenador, o cualquier otro dispositivo con pantalla,*

⁶² Cabe recordar que la Memoria Económica Justificativa de las Tarifas Generales SGAE 2016 no incluye el análisis específico para la categoría Restauración, no habiéndose completado hasta ahora.

⁶³ Se trata de un valor utilizado con frecuencia en la Memoria Económica SGAE para usuarios con actividad próxima a los considerados por la utilización del repertorio musical y audiovisual. Para la utilización del repertorio musical únicamente, el común un valor de 4,89€.

⁶⁴ Asunción favorable para SGAE pues, como se ha señalado, en numerosos epígrafes de las Tarifas Generales el precio de los servicios prestados correspondiente al uso de un repertorio es inferior al de ambos como, por otro lado, sería de esperar.

requerirá el otorgamiento de la licencia correspondiente al uso del repertorio tanto musical como audiovisual, de acuerdo con el epígrafe tarifario que corresponda a la modalidad de explotación de que se trate” (folios 5308 y 5348). Es decir, no se concibe la contratación de licencias para repertorios separados, por lo que no parece razonable la múltiple imputación del precio por el servicio prestado en las tarifas individuales.

Por ello, esta Sala, considerando lo dispuesto en el párrafo anterior, junto con la integración en el importe final de la tarifa tanto del valor por el uso de los derechos como el valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión que impiden la transparencia, los incentivos a través del precio a la contratación conjunta de ambos productos y la incoherencia de los valores cobrados entre el valor de uso y los derechos prestados por la SGAE, considera que en la práctica los problemas de competencia en los mercados objeto de análisis en el sector hospedaje han seguido estando presentes, con el consiguiente efecto de cierre de mercado sobre potenciales y actuales competidores, que sólo pueden ofrecer sus servicios en uno de los repertorios (audiovisual o musical) y que en ningún caso la SGAE ha acreditado la existencia de ninguna causa objetiva a este respecto que pueda responder a la licitud de tal configuración de tarifas.

En relación con lo anterior, la SGAE alega (folios 7471-7472) que, en todo caso, no tendrían un efecto significativo sobre la competencia, y por lo tanto no supondrían una restricción significativa contraria a la competencia en el sentido de las recientes sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2017 (asunto C-177/16 AKKA/LAA) y de 19 de abril de 2018 (asunto C-525/16 MEO).

Pues bien, a este respecto, esta Sala considera que la sentencia *AKKA/LAA*⁶⁵ no puede emplearse como precedente en este caso, pues la misma tiene por objeto una petición de decisión prejudicial que no versa sobre el abuso de posición de dominio en general ni sobre el tipo de abuso objeto del presente expediente, sino sobre un tipo concreto de abuso, el de precios no equitativos por excesivos, encuadrado en el artículo 102.2 a) del TFUE; y más concretamente, sobre si es adecuado, para determinar si los precios son excesivos, comparar tarifas con las de Estados vecinos, y cómo debe efectuarse tal comparación. En todo caso, tal y como indica la sentencia (entre otros en los párrafos 36 a 38), un precio puede considerarse abusivo por no equitativo cuando no guarda relación razonable con el valor económico de la prestación realizada, como ha quedado acreditado en virtud de la falta de coherencia entre los precios del servicio prestado por la SGAE y los precios por el uso de tales derechos de manera individual y conjunta, tal y como están actualmente configuradas. De todas formas, los abusos analizados se refieren a la existencia de empaquetamientos, no a precios excesivos, cuya existencia no se ha

⁶⁵ Sentencia de 14 de septiembre de 2017, Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra /Latvijas Autoru apvienība c. Konkurences padome (AKKA/LAA), Asunto C-177/16. ECLI:EU:C:2017:689.

analizado en el presente expediente. En consecuencia, no puede hacerse extensivo lo expuesto en esta sentencia a los casos del expediente de referencia.

Respecto a la sentencia MEO⁶⁶, se aclara el concepto de “desventaja competitiva” del artículo 102.c), que según el TJUE *“debe interpretarse en el sentido de que se refiere, en un supuesto en el que una empresa dominante aplique precios discriminatorios a socios comerciales en el mercado descendente, a aquella situación en la que dicho comportamiento pueda tener como consecuencia una distorsión de la competencia entre esos socios comerciales. La comprobación de esa «desventaja competitiva» no requiere que se demuestre que se ha producido un deterioro efectivo y cuantificable de la posición competitiva, sino que debe basarse en un análisis de todas las circunstancias pertinentes del caso concreto que permita concluir que dicho comportamiento influye en los costes, los beneficios u otro interés pertinente de uno o varios de dichos socios, de modo que ese comportamiento pueda afectar a la referida posición”*. Pues bien, aunque la SGAE alude a dicha sentencia para sostener que su comportamiento, en todo caso, no tendría un efecto significativo sobre la competencia y por tanto no sería violatorio del artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE, hay que mencionar que, tal y como requiere la misma sentencia, el análisis de esta Comisión ha abarcado, no solo los efectos, sino también los costes y los beneficios de los socios y usuarios de los repertorios, de modo que esta Sala considera que dicho comportamiento pueda afectar y generar en la práctica problemas de competencia en los mercados objeto de análisis en el sector hospedaje, con el consiguiente efecto de cierre de mercado sobre potenciales y actuales competidores, que, como se ha dicho anteriormente, sólo podrían ofrecer sus servicios en uno de los repertorios (audiovisual o musical).

En todo caso, las entidades de gestión de derechos en posición de preeminencia en el mercado deben, además de seguir las indicaciones del TRLPI en cuanto al establecimiento de su importe, no obstaculizar artificialmente la competencia el mercado, teniendo que reflejar de manera clara e individualizada tanto el valor por el uso de los derechos como el valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión.

4. Carácter único y continuado y duración de la conducta

Es abundante la jurisprudencia, nacional y de la Unión Europea, que viene señalando que la imputación de una infracción única y continuada debe estar precedida de la concurrencia de los siguientes requisitos⁶⁷: i) que la conducta obedezca a la existencia de una pluralidad de actos llevados a cabo por los

⁶⁶ Sentencia de 19 de abril de 2018. MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA c. Autoridade da Concorrência, Asunto C-525/16. ECLI:EU:C:2018:270

⁶⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, Asunto C- 441/11, apartado 41; sentencias de la Audiencia Nacional de 5 de febrero de 2013 y de 29 de julio de 2014 (recurso nº 172/2013).

mismos sujetos responsables, próximos en el tiempo, y que obedezcan a una práctica homogénea en el *modus operandi* por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares; ii) que la actuación de los responsables se produzca en ejecución de un plan previamente concebido; iii) que exista unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza. En cuanto a la continuidad de la conducta, la jurisprudencia únicamente exige que no haya grandes saltos temporales de inactividad o falta de pruebas del mantenimiento de los acuerdos anticompetitivos⁶⁸.

Al respecto, en primer lugar, de la información que obra en el expediente, esta Sala considera acreditado que la infracción se ha producido desde, al menos, el año 2016 hasta la fecha de redacción del informe y propuesta de resolución, es decir, hasta el 11 de diciembre de 2018.

En contestación a las alegaciones presentadas por DAMA sobre el lapso temporal de las conductas (folios 7415 a 7423), esta Sala ha de resolver en función del contenido de la propuesta de resolución, en la cual no se ha identificado ningún estudio histórico de tarifas ni de redacción de contratos de gestión de la SGAE, toda vez que las conductas se han analizado desde el año 2016 en adelante, todo ello sin perjuicio de las conductas que pudieran haberse producido con anterioridad a la fecha de inicio del expediente sancionador de referencia.

Esta Sala ha considerado que la SGAE ha llevado a cabo una pluralidad de actos con un mismo *modus operandi*. Básicamente, en el mercado aguas arriba de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales y audiovisuales y en el mercado conexo aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras audiovisuales, ha impuesto a los socios condiciones estatutarias y contractuales que han restringido injustificadamente tanto la atribución inicial a la SGAE de la gestión de derechos de propiedad intelectual de forma parcial como la revocación o retirada parcial de la SGAE de la gestión de los mismos a lo largo de vigencia de los contratos de gestión. Concretamente, la SGAE a través de la interpretación y aplicación de las categorías de derechos recogidas en sus Estatutos, ha impedido a sus socios la atribución selectiva de sus derechos sobre las obras para su ejercicio en los distintos mercados en los que son relevantes. Del mismo modo, en los mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración de derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales y audiovisuales, la SGAE habría llevado a cabo una paquetización de

⁶⁸ Entre otras, sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Octava), de 19 de mayo de 2010 (asunto T-18/05); Sentencia del TJUE de 7 de enero de 2004 (asuntos acumulados C-204/00 p, C- 211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 p), Sentencias de la Audiencia Nacional 21 de febrero de 2013 y de 19 de junio de 2013.

tarifas y una ausencia de desglose tarifario entre el repertorio audiovisual y musical en relación con los establecimientos de hospedaje, y el establecimiento de una estructura tarifaria que dificulta la comparación y contratación con otros operadores respecto de los establecimientos del sector de restauración. Esta Sala entiende que, en ambos casos, tanto las paquetizaciones de tarifas, como la interpretación y aplicación de las categorías de derechos contenidas en los estatutos de la SGAE, obedecen al mismo objetivo, fortalecer su posición, dificultando la expansión y entrada en dichos mercados descritos de otras entidades de gestión alternativas.

Por tanto, a tenor de los requisitos jurisprudenciales aludidos anteriormente, y enfatizando lo ya señalado a lo largo de la resolución sobre lo estrechamente vinculados y conectados que se encuentran los mercados aguas arriba y aguas abajo, resulta claro para esta Sala que la infracción analizada en el presente expediente constituye una infracción única y continuada del artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE al apreciarse la concurrencia de los requisitos mencionados.

5. Efectos de la conducta

De conformidad con la jurisprudencia consolidada, y con la práctica de esta CNMC⁶⁹, la valoración de una infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE, no requiere la demostración de que la práctica llevada a cabo por la empresa en cuestión haya causado un efecto real en el mercado, sino que basta con demostrar que ese efecto es posible o potencial.

La sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, en el asunto T-336/07 Telefónica S.A., viene a confirmar tal consideración al señalar que *“el efecto al que se refiere la jurisprudencia citada en el apartado anterior no se refiere necesariamente al efecto concreto de la conducta abusiva denunciada. Para poder demostrar la existencia de una infracción del artículo 82 CE, basta con demostrar que el comportamiento abusivo de la empresa que ocupa una posición dominante tiene por objeto restringir la competencia o, en otros términos, que el comportamiento puede tener dicho efecto (sentencias del Tribunal de 30 de septiembre de 2003, Michelin/Comisión, T-203/01, Rec. p. II-4071, apartado 239; de 17 de diciembre de 2003, British Airways/Comisión, T-219/99, Rec. p. II-5917, apartado 293, y Microsoft/Comisión, citada en el apartado 58 supra, apartado 867)”*.

En el mismo sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia nacional en numerosas ocasiones. Podemos destacar la sentencia de 28 de febrero de 2014 (recurso 39/2013) de la Audiencia Nacional en la que se señalaba, en relación con la infracción del artículo 2 de la LDC, que *“el tipo infractor no requiere que*

⁶⁹ Véase el apartado 4.3. de la resolución del Consejo de 21 de noviembre de 2017 en el marco del Expediente S/DC/0580/16 Criadores de Caballos 2.

se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que la conducta sea objetivamente apta para alcanzar tal fin, tenga éxito o no la misma”.

Del análisis de la propuesta de resolución elevada por la DC, se concluye que las conductas llevadas a cabo por la SGAE han sido susceptibles de tener efectos anticompetitivos de una manera previsible y potencial.

En relación con el mercado aguas arriba, como consecuencia de la imposición de la SGAE a través de la aplicación e interpretación de sus Estatutos de condiciones estatutarias y contractuales a sus socios que restringen injustificadamente tanto la atribución inicial a SGAE de la gestión de derechos de propiedad intelectual de forma parcial como la revocación o retirada parcial de SGAE de la gestión de los mismos a lo largo de la vigencia de los contratos de gestión, se han generado obstáculos a la libre gestión de derechos y al desarrollo de entidades de gestión alternativas, dificultando la competencia y el incremento de la eficiencia en esta actividad, lo que esta Sala interpreta como un efecto exclusionario de la competencia en los mercados aguas arriba.

Al respecto, esta Sala entiende que la inclusión en una serie de categorías de distintas modalidades de explotación sin una relación entre ellas que justifique de manera objetiva tal inclusión, ha provocado que los titulares de derechos se hayan visto obligados a ampliar la cesión de algunos derechos para asegurarse así los servicios de otros derechos incluidos en la misma categoría. De este modo, se ha reforzado la posición monopolística de la SGAE y se ha generado un efecto exclusión de otras entidades de gestión que podrían haber gestionado separadamente los derechos incluidos en una misma categoría de los Estatutos. Asimismo, esta Sala aprecia un efecto explotación de la SGAE hacia los titulares de los derechos que se han visto obligados a cederle la gestión de determinados derechos por la única razón de que los mismos estaban incluidos en una misma categoría que aquéllos sobre los que realmente estaban interesadas en encomendar la gestión.

Asimismo, esta Sala también ha identificado efectos negativos para la libre competencia por las conductas de abuso de posición dominante de la SGAE, como consecuencia de la imposibilidad de que los titulares de los derechos encomendados a la SGAE puedan llevar a cabo retiradas parciales de tales derechos. Concretamente, y teniendo en cuenta que la SGAE, hasta la fecha, es la única entidad con una capacidad de recaudación significativa en los ámbitos de restauración y hostelería en España, aquellos autores que deseen cambiar de entidad de gestión en la práctica deben renunciar a obtener la retribución por sus derechos en tales ámbitos. Así ha ocurrido, concretamente, con aquellos titulares de derechos que decidieron encomendar a DAMA la gestión de sus derechos de propiedad intelectual de obras audiovisuales, generándose un efecto exclusión.

En relación con los mercados aguas abajo, respecto a la ausencia de desglose tarifario y al empaquetamiento simple llevado a cabo en los mercados de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores, tanto en el mercado de obras musicales como en el de obras audiovisuales, a través de su amenización en espacios públicos en establecimientos integrantes del sector del hospedaje y de la restauración, esta Sala identifica, al igual que la DC, unos efectos de exclusión. Al respecto, la SGAE al no establecer un desglose tarifario y generar un empaquetamiento de productos simple, ha imposibilitado la comparación y contratación con otros operadores, lo que ha generado un efecto exclusión tendente a dificultar la entrada de potenciales competidores en los sectores de restauración y hotelería (tanto respecto a los contenidos audiovisuales como musicales) y la expansión de los existentes (audiovisual).

Dicho lo anterior, SGAE alega que la DC no ha sido capaz de mencionar ningún supuesto en el que se haya causado algún efecto contrario a la competencia, y en concreto afirma que no se acredita que el artículo 14 de los Estatutos de SGAE hayan tenido el efecto de coartar la libertad de sus asociados para causar baja en dicha entidad de gestión para la gestión de algunos derechos, e impedir a los titulares de tales derechos atribuir parte de su gestión a otras entidades. Al respecto, esta Sala considera que, tal y como se ha expresado en los párrafos precedentes, han quedado más que acreditados los efectos de exclusión y explotación en la conducta abusiva de la SGAE.

Concretamente, la SGAE afirma en su contestación a un requerimiento de información emitido por la DC lo siguiente: *“Las conclusiones alcanzadas por la DC respecto de “(i) la limitación inicial de derechos por parte del autor” son correctas. El mandato de los autores a SGAE se refiere a cada una de las categorías de derechos que se mencionan en el apartado 4º del artículo 14.1 de la versión vigente de los Estatutos de SGAE, sin que sea posible excluir obras individuales o porcentajes de obras individuales de cada una de esas categorías.*

En relación con las conclusiones alcanzadas por la DC respecto de “(ii) la revocación o retirada parcial de derechos por el autor en cualquier momento de la vigencia de su contrato de gestión” habría que precisar que el derecho de revocación o retirada se refiere a las mismas categorías definidas en el apartado 4º del artículo 14.1” (folio 829). Es decir, la SGAE está reconociendo que con la aplicación que hace del actual artículo 14 de sus Estatutos está limitando la adjudicación inicial de los derechos de autor, así como la revocación o retirada parcial de los mismos durante la vigencia de los contratos de gestión.

En la misma línea, SGAE trae a colación la decisión del asunto *Daft Punk*⁷⁰ en la que la Comisión europea señaló el hecho de que cuando el supuesto abuso

⁷⁰ Decisión de la Comisión de 12 de agosto de 2002, COMP/C2/37.219, Banghalter & Homem Christo v SACEM.

deriva de la eventual interpretación de una disposición estatutaria de una entidad de gestión, no se puede presuponer la existencia de un abuso de posición dominante que no se haya manifestado en la práctica. Sin embargo, y en vista de las propias afirmaciones de la SGAE reproducidas textualmente en el párrafo anterior, esta Sala considera que tal decisión no es aplicable al presente caso, ya que la presente infracción no se basa en una interpretación *in mala partem* de esta CNMC, sino que es la propia SGAE la que reconoce el sentido de la interpretación de sus Estatutos, así como su posterior aplicación directa y real, lo que esta Sala valora como un abuso de posición de dominio prohibido por los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE.

El hecho de que se hayan trasvasado algunos autores desde SGAE a DAMA en el mercado de gestión de derechos de propiedad intelectual de obras audiovisuales no implica la inexistencia de efectos restrictivos, sino que, tal y como ha mencionado en varias ocasiones esta Sala a lo largo de la resolución, implicó que dichos autores tuvieran que renunciar a la remuneración de los mismos en los ámbitos de restauración y hostelería, como consecuencia de la imposibilidad de que los titulares de los derechos encomendados a la SGAE pudieran llevar a cabo retiradas parciales de los mismos, lo que ha sido generador de un efecto de explotación en el mercado.

En definitiva, contrariamente a lo que afirma la SGAE en sus alegaciones, esta Sala considera sobradamente acreditados los efectos anticompetitivos por las conductas de abuso de posición dominante llevadas a cabo por la SGAE.

6. Responsabilidad de la SGAE

Como se ha acreditado a lo largo de la resolución, la SGAE ha llevado a cabo varias conductas constitutivas de una infracción única y continuada en los mercados definidos anteriormente. Al respecto, como alude la SGAE en sus alegaciones a la PR (folios 7472 a 7475), para poder sancionarla por un abuso de posición de dominio se requiere la presencia del elemento subjetivo de culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica ya definida, acreditada y delimitada anteriormente, pueda ser imputada a la SGAE. Al respecto, menciona en sus alegaciones el artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público que establece el requisito de existencia de dolo o culpa, para posteriormente afirmar que en el presente caso no concurren tales elementos que permitan a esta Sala sancionar a la SGAE.

El artículo 63 LDC condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora a la concurrencia en el sujeto infractor de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada. El reproche administrativo no se limita, pues, a aquellos supuestos en los que concurre dolo, sino que se extiende igualmente a aquellos en los que el sujeto agente de la infracción actúa aun a título de simple negligencia.

Esta Sala, en su resolución de 8 de marzo de 2018 (expediente S/DC/0587/16 Costas Bankia⁷¹) ya indicó:

“Se entiende que el sujeto es culpable si la infracción es consecuencia de una acción u omisión imputable a su autor por malicia o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable (entre otras, así lo exponen la Sentencia de la Sala del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1990, y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1994)”.

En todo caso, tal y como ha citado la DC en la PR, el concepto de abuso es de naturaleza objetiva, no requiriéndose, por tanto, de una eventual intención anticompetitiva. Al respecto, existen sentencias tanto de carácter nacional (STS de 20 de junio de 2006, Telefónica de España, fundamento de derecho 8ª) como de la Unión Europea. Concretamente, la DC cita la Sentencia de 19 de abril de 2012 del Tribunal de Justicia, (C- 549/10 P, Tomra Systems ASA y otros contra Comisión Europea):

“20 Por consiguiente, la existencia de una eventual intención anticompetitiva sólo constituye una de las numerosas circunstancias de hecho que cabe tomar en cuenta para determinar un abuso de posición dominante.

21 Sin embargo, la Comisión no está obligada en absoluto a acreditar la existencia de tal intención por parte de la empresa en posición dominante a efectos de aplicar el artículo 82 CE.”

En todo caso, la Sala considera que en el presente caso concurre el elemento de la culpabilidad en la actuación de la SGAE, pues en todo momento ha actuado de manera deliberada y consciente.

En este sentido, respecto al abuso en los mercados aguas arriba en relación con las limitaciones estatutarias injustificadas a la reiterada y no asignación de determinados derechos de autor a la SGAE, la culpabilidad se manifiesta en el hecho de que los Estatutos y los contratos de gestión derivados han sido redactados, aprobados, interpretados y aplicados por la SGAE de manera que se han producido las conductas abusivas.

Además, en relación a la citada resolución del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia en el marco del expediente R 609/04 Ediciones Musicales a que hace alusión la SGAE, como ya se ha mencionado anteriormente en la presente resolución, en la misma se declaraba “[...] *la existencia de una situación legal y*

⁷¹ Con cita de previas resoluciones de 15 de septiembre de 2016 (expedientes SAMAD/09/2013 Honorarios Profesionales ICAM y SAMAD/09/2013 Bis Honorarios Profesionales ICAAH) ; de 28 de julio de 2016 (expediente SAMAD/02/14 Colegio Oficial Ingenieros Técnicos Industriales de Madrid); y de 7 de abril de 2016 (expediente S/0518/14 AERC).

estatutaria que habría permitido a la SGAE abusar de su posición dominante en el mercado de la gestión de derechos de la propiedad intelectual derivados de las obras musicales si, aplicando restrictivamente sus normas estatutarias, hubiera denegado injustificada y arbitrariamente a un titular de tales derechos la posibilidad de reservarse la gestión independiente de alguno de ellos”, si bien “[...] no resulta del expediente ni lo alegan los denunciados que ninguno de los titulares de derechos amparados por la Ley de Propiedad Intelectual haya solicitado nunca a la SGAE la reserva de ningún derecho concreto ni que, por lo tanto, se le haya denegado”. Es decir, en ningún momento supuso una convalidación absoluta al contenido de los estatutos. En todo caso, tal y como está redactado el artículo y la aplicación efectiva que de las previsiones estatutarias contenidas en el artículo 14.1 (apartados 3º, 4º y 5º) hace la SGAE, se ha restringido de manera injustificada la libertad de sus socios para atribuir la gestión de todos o parte de sus derechos a otras entidades y operadores.

Por otro lado, en relación a la propuesta por parte de los órganos directivos de la SGAE que hicieron a la Asamblea de un texto de nuevos Estatutos sociales a la que alude la SGAE para intentar desvirtuar la existencia de culpabilidad, esta Sala lo interpreta en el sentido contrario. Es decir, manifiesta la consciencia que la SGAE tenía sobre el hecho de que los mismos podían en su aplicación e interpretación generar efectos anticompetitivos. En todo caso, lo que se ha analizado en la presente resolución han sido los Estatutos vigentes, en relación con su aplicación, y su manifestación sobre los contratos de gestión, así como los efectos actuales y potenciales que tal conducta ha tenido en los mercados afectados.

En relación a la complejidad del marco jurídico por la imbricación que existe entre la normativa de competencia y de la propiedad intelectual, esta Sala debe traer a colación el principio general del derecho *‘ignorantia juris non excusat’*. Asimismo, en el presente caso hay que tener en cuenta que, tal y como ha mencionado en su jurisprudencia el Tribunal Supremo, es destacable la posición privilegiada que el ordenamiento jurídico español atribuye a las entidades de gestión, en una posición de monopolio de hecho, lo que les obliga a actuar con especial responsabilidad en relación al Derecho de la competencia”⁷².

Por otro lado, en relación al elemento de culpabilidad en el carácter abusivo de las tarifas correspondientes al uso conjunto del repertorio musical y audiovisual de la SGAE en los establecimientos del sector hospedaje y restauración, y a la alusión por parte de SGAE al hecho de que las tarifas conjuntas fueron demandadas por los clientes en los mercados aguas abajo, por lo que quedaría eliminado el elemento de la culpabilidad, para esta Sala, el objeto de este expediente es determinar si la conducta unilateral de SGAE es abusiva, siendo

⁷² Como se reconoció en la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2008 en el recurso de casación 2951/2002.

el concepto de abuso un elemento objetivo, como se ha dicho anteriormente, por lo que no cabe atender las alegaciones mencionadas.

Esta Sala tampoco puede valorar como una desvirtuación del elemento de culpabilidad el hecho de que la SGAE modificara las tarifas en el sentido de la terminación convencional, ya que, como ya dijo la DC, las mismas no solucionaban los problemas de competencia en ninguno de los mercados, y ello debido también a la vinculación existente entre los distintos mercados, motivo en el que se basa la aplicación de la abusividad de conformidad con la teoría de los mercados conexos.

En conclusión, esta Sala considera que ha quedado acreditado que la SGAE conocía y era consciente de la ilicitud de las conductas desarrolladas durante el período analizado, tal y como ha demostrado el órgano instructor, por lo que debemos concluir que la SGAE es responsable de las conductas que se le imputan en la medida en que las pruebas que constan en el expediente y los hechos acreditados así lo corroboran.

7. Sobre los derechos de defensa de la SGAE

En sus alegaciones, la SGAE considera que la DC llevó a cabo una recalificación de la conducta en la PR para mantener la acusación sobre el abuso de posición de dominio de dicha entidad de gestión en el mercado de la gestión de derechos de propiedad intelectual de obras audiovisuales (folios 7437 a 7438). Concretamente afirma que *“la DC lleva a cabo un esfuerzo argumentativo citando jurisprudencia europea y española sobre el abuso en los mercados conexos, algo en lo que no se había entrado en detalle en el PCH”*.

Esta Sala, como ya ha señalado en apartados anteriores, considera que el PCH se refiere de forma inequívoca a la doctrina de los mercados conexos, tal y como puede colegirse de la simple lectura de los apartados 234 a 236 del PCH, al margen de su mención expresa en las “Conclusiones de la valoración jurídica de las conductas imputadas” (párrafo 359) y en su valoración final de las conductas imputadas, por lo que no cabe admitir que esta pueda considerarse como una nueva acusación contra la SGAE.

Concretamente, en los apartados 235 y 236 del PCH la DC hacía alusión a la teoría de los mercados conexos en los siguientes términos: *“Aunque en el ámbito de los derechos de autor audiovisuales las conductas de SGAE no han impedido un importante trasvase de autores de SGAE a DAMA en el año 2018, estas conductas habrían seguido siendo abusivas en este ámbito, en la medida que, en la práctica, habrían obligado a los titulares de derechos de autor a renunciar a obtener una remuneración por la explotación de sus derechos en el ámbito de la restauración y de la hostelería (...). De esta manera, **SGAE se estaría apalancando en su posición de dominio en los mercados aguas abajo para, mediante sus limitaciones injustificadas al trasvase parcial de derechos a***

terceras entidades, entorpecer y penalizar a aquellos titulares de derechos que optan por renunciar a que SGAE gestione sus derechos” (énfasis añadido).

La SGAE también alega que en la PR se han incluido hechos nuevos que no figuraban en el PCH, lo cual es contrario al artículo 50.3 de la LDC y afecta directamente a su derecho de defensa. Asimismo, afirma que mientras que en el PCH la acusación se basaba exclusivamente en la redacción de los Estatutos de la SGAE, en la PR la DC modifica su acusación e indica que no se está enjuiciando a la SGAE por la redacción del artículo 14 de sus Estatutos sino por la aplicación efectiva de tales previsiones estatutarias (folios 7434 a 7437).

Sobre dichas alegaciones esta Sala considera, en primer lugar, que no se trata de hechos nuevos, pues la acusación de la DC ha pivotado en todo momento en torno a la aplicación de los Estatutos de la SGAE. Esta Sala considera que difícilmente puede sostenerse que el contenido de los Estatutos de una entidad de gestión es un hecho totalmente independiente y desvinculado de la propia aplicación e interpretación de los mismos, pues en todo caso es la norma básica que legitima y concreta, frente a sus socios, las funciones a desempeñar por cada entidad de gestión. En todo caso, ya desde el PCH la DC se refería a la importancia de la aplicación del contenido de los Estatutos. En el apartado 254 del PCH la DC afirmaba que: *“un hecho determinante que lleva a esta Dirección de Competencia a concluir que las restricciones que SGAE impone a sus socios a través de la **aplicación** de sus previsiones estatutarias y contractuales carecen de justificación en el contexto actual, es (...)*” (énfasis añadido).

En segundo lugar, tampoco puede sostenerse la indefensión de SGAE en este caso porque a lo largo de las distintas fases del procedimiento ha tenido la posibilidad efectiva de presentar las alegaciones y proponer pruebas, tanto en relación con el PCH como en relación con la propuesta de resolución.

En relación con la utilización por la DC de documentos incorporados con posterioridad a la formulación del PCH, estando algunos de ellos declarados como confidenciales, esta Sala no ha recogido ninguno de ellos para sustentar la resolución, ni los ha tenido en cuenta como parte de la PR, por lo que la posible vulneración del artículo 50.3 no ha llegado a concretarse en ningún momento.

En definitiva, esta Sala entiende que el derecho de defensa de la SGAE ha quedado protegido en todo momento porque, por un lado, la DC no ha cambiado la *calificación* jurídica de la acusación entre el PCH y la PR, SGAE ha podido presentar las respectivas alegaciones en cada una de las fases del procedimiento, tanto al PCH como a la PR, y en ningún momento se ha usado o valorado en la presente resolución aquella información incorporada al expediente con posterioridad a la emisión del PCH por la DC.

Cabe por último recordar que la indefensión con virtualidad invalidante es aquella que produce un menoscabo real y efectivo en el ejercicio de defensa de la parte.

No se constata que en la tramitación de este procedimiento SGAE haya podido sufrir ningún tipo de indefensión material con el alcance señalado.

8. Solicitud de confidencialidad

En aplicación del artículo 42 de la LDC, se declara confidencial la siguiente información señalada por las siguientes empresas en sus escritos de alegaciones a la propuesta de resolución:

- La información señalada por la SGAE en el informe económico sobre el impacto en su gestión como consecuencia de permitir a los socios la capacidad de atribuir de forma fragmentada el repertorio, considerada como tal por contener datos de carácter económico y financiero sobre su actividad.

Dado que la SGAE aporta versión confidencial y versión censurada de su informe económico, procede acordar la confidencialidad de la versión confidencial aportada por la empresa que consta en sus folios 7820 a 7866.

- La información señalada por la OPEM en su escrito de alegaciones de 1 de abril de 2019 (folios 7939 a 7943) así como en su anexo 2 (folios 7947 a 7959 y 7961 a 7963) por identificar personalmente a los socios de la SGAE de forma individual, así como datos personales de todos ellos.

Dado que la OPEM ha aportado versión confidencial de su escrito de alegaciones el 10 de mayo de 2019, procede acordar la confidencialidad de la versión confidencial aportada por la empresa que consta en sus folios 7939 a 7943, así como su anexo 2 contenido en los folios 7947 a 7959 y 7961 a 7963.

- La información señalada por la SGAE en su escrito de contestación al requerimiento de información sobre su volumen de negocios para el año 2018, aportado el de 5 de abril de 2019 (folios 8140 a 8147) así como en su anexo (folios 8149 a 8153) por referirse a cifras de facturación de la SGAE que no pueden ser divulgados a terceros.

Dado que la SGAE aporta versión confidencial y versión censurada de su escrito y anexo (folios 8133 a 8139 y 8148), procede acordar la confidencialidad de la versión confidencial aportada por la empresa que consta en sus folios 8140 a 8147 y 8149 a 8153.

QUINTO. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

1. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo

La determinación de la sanción deberá adecuarse a los criterios expresados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, iniciado con su sentencia de 29 de enero de 2015⁷³, que son, en esencia, los siguientes:

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. Tales límites *“constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje”*. *“Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.”*
- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en este caso podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC se refiere al *“volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”*, concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, *“lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen”*.

Sobre la base de estas premisas ha de concluirse que la determinación de la sanción deberá concretarse en un arco que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio anterior al de dictarse resolución. Dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá determinarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la Ley 15/2007.

2. Criterios para la determinación de la sanción

La conducta analizada constituye un abuso de posición dominante en los mercados de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales y audiovisuales, y en los mercados de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y

⁷³ Recurso 2872/2013. También, en idéntico sentido, las sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013), entre otras.

comunicación pública de autores y editores de obras musicales y audiovisuales a través de su amenización en espacios públicos en los sectores del hospedaje y la restauración.

Se trata, por tanto, de una infracción muy grave, única y continuada del artículo 2 LDC, que podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en 2018, que es el año inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c).

El volumen de negocios total de SGAE en el año 2018 ha sido de 294.413.566 euros, cifra que constituye el importe total de las recaudaciones en 2018. En relación con el importe a considerar a estos efectos, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2019 (recurso nº 2454/2018) ha venido a confirmar el criterio establecido por la Audiencia Nacional en su sentencia de 7 de febrero de 2018, en el marco del expediente previo S/0460/13 SGAE-CONCIERTOS, fijando como doctrina jurisprudencial que, *“...no es contrario al principio de proporcionalidad en la imposición de sanciones administrativas que la determinación del importe de la multa, por la infracción de los artículos 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, incluya las remuneraciones destinadas a los titulares de los derechos de autor en el volumen de negocios de la sociedad de gestión de tales derechos, siempre que concurran los requisitos que exige la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2017 (asunto C-177/16, caso AKKA/LAA) de que tales remuneraciones formen parte del valor de las prestaciones efectuadas por la sociedad de gestión, y que dicha inclusión sea necesaria para garantizar el carácter efectivo, proporcionado y disuasorio de la sanción impuesta”*.

El porcentaje sancionador que se aplicará en el presente expediente al volumen de negocios total de SGAE debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, siguiendo los criterios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo mencionados en el apartado anterior.

En cuanto a las características del mercado afectado (art. 64.1.a), la conducta ha tenido lugar en los siguientes mercados: i) en los mercados aguas arriba de gestión colectiva de los derechos propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales y audiovisuales y en el mercado conexo (aguas abajo) de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras audiovisuales; ii) en los mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales y audiovisuales a través de su amenización en espacios públicos en establecimientos integrantes de los sectores de hospedaje y restauración.

La cuota de mercado de SGAE (art. 64.1.b) es del 100% o muy próxima a esta cifra en todos los mercados afectados, pues a pesar de que en el ámbito de las obras audiovisuales SGAE no tiene un repertorio cuasi-universal, es el único

operador en el período de duración de la infracción que recauda por el uso de derechos de autor en estos ámbitos.

El alcance geográfico es nacional con efectos en el comercio intracomunitario (art. 64.1.c).

La duración de la infracción (art. 64.1.d) abarca desde, al menos, el año 2016 hasta, al menos, el 11 de diciembre de 2018, fecha de redacción del informe y propuesta de resolución.

No se ha apreciado la concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes (art. 64.1.g).

De acuerdo con estos criterios, el tipo sancionador que correspondería imponer a SGAE es del 4,5%.

Ahora bien, este tipo sancionador es adecuado a la gravedad y características de la infracción cometida, pero –como subraya la jurisprudencia del Tribunal Supremo que comenzó con la Sentencia de 29 de enero de 2015– hay que asegurar que las sanciones son además proporcionales a la efectiva dimensión de la infracción. En efecto, aunque un tipo sancionador fuera proporcionado a la gravedad y características de la infracción cometida, la aplicación de ese porcentaje al volumen de negocios total de la empresa podría conducir a una sanción en euros que no respetara la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva.

Para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad es necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que cada entidad infractora podría haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes, y aplicarle un factor incremental de disuasión⁷⁴. Esta estimación se utiliza como valor de referencia, por encima del cual se considera la multa podría resultar desproporcionada.

En el presente caso, teniendo en cuenta que la mencionada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo es posterior a la propuesta de informe y, por lo tanto, en atención a los derechos de defensa del incoado, esta Sala ha considerado adecuado respetar la propuesta de la Dirección de Competencia e imponer a la infractora una sanción de 2.949.660 euros. Esta sanción es inferior al límite de proporcionalidad estimado de acuerdo con el párrafo anterior.

⁷⁴ Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, como el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad precio de la demanda en el mercado relevante. Los supuestos que se han asumido se basan en datos de las propias empresas infractoras o en bases de datos públicas referidas al mercado relevante, como la de los ratios sectoriales de empresas no financieras del Banco de España.

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que en este expediente ha resultado acreditada la comisión de una infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por parte de la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES, consistente en:

- Un abuso de posición dominante en los mercados aguas arriba de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales y audiovisuales y en el mercado conexo (aguas abajo) de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras audiovisuales, mediante la imposición a los socios de condiciones estatutarias y contractuales que restringen injustificadamente tanto la atribución inicial a SGAE de la gestión de derechos de propiedad intelectual de forma parcial como la revocación o retirada parcial de SGAE de la gestión de los mismos a lo largo de la vigencia de los contratos de gestión.
- Un abuso de posición dominante en los mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales y audiovisuales a través de su amenización en espacios públicos en establecimientos integrantes del sector del hospedaje, mediante la paquetización y ausencia de desglose tarifario entre el repertorio audiovisual y musical.
- Un abuso de posición dominante en los mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales y audiovisuales en establecimientos del sector de la restauración, mediante la paquetización y el establecimiento de una estructura tarifaria que dificulta la comparación y contratación con otros operadores.

SEGUNDO.- Declarar responsable de esta infracción a la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES.

TERCERO.- Imponer a la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES una multa de **2.949.660 euros**.

CUARTO.- Intimar a la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES para que en el futuro se abstengan de realizar conductas semejantes a la tipificada y sancionada en la presente Resolución.

QUINTO.- Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

SEXTO.- Declarar confidencial la información a la que hace referencia el Fundamento de Derecho Cuarto, apartado 8, de esta Resolución.

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