



Roj: **STS 1263/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1263**

Id Cendoj: **28079130032019100114**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **11/04/2019**

Nº de Recurso: **2454/2018**

Nº de Resolución: **522/2019**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 414/2018,**
ATS 7278/2018,
STS 1263/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 522/2019

Fecha de sentencia: 11/04/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 2454/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/04/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 2454/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 522/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Jose Maria del Riego Valledor

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

En Madrid, a 11 de abril de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 2454/2018, interpuesto por la Sociedad General de Autores y Editores, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Rocio Blanco Martínez, con la asistencia letrada de don Rafael Allendesalazar Corcho y don Alfonso Rincón García-Loygorri, contra la sentencia de 7 de febrero de 2018, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 23/2015, sobre sanción de multa por infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, en el que han intervenido como partes recurridas la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado y la Asociación de Promotores Musicales, representada por la Procuradora de los Tribunales doña María José Bueno Ramírez, con la asistencia letrada de don Gabriel Rossy.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 7 de febrero de 2018, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

" 1.-*Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a Rocío Blanco Martínez actuando en nombre y representación de la **SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE)**, contra la resolución de 6 de noviembre de 2014, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de 3.103.196 euros de multa.*

2.- *Anular la referida resolución en el solo particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa, por no ser en este extremo ajustada a Derecho.*

3.- *Remitir las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que dicte otra en la cual fije su importe en atención a los criterios legales de graduación debidamente motivados, con aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 17/2007, de Defensa de la Competencia, interpretados en los términos expuestos en la fundamentación jurídica de esta sentencia.*

Sin hacer expresa imposición de costas. "

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de la Sociedad General de Autores y Editores ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la Sala, por auto de 10 de abril de 2018, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal, la Sección de Admisión, por auto de 2 de julio de 2018, acordó lo siguiente:

" 1º) *Admitir el recurso de casación preparado por la representación procesal de la Sociedad General de Autores y Editores contra la sentencia de 7 de febrero de 2018, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el procedimiento ordinario n.º 23/2015.*

2º) *Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar, a efectos de la fijación del importe de la multa por infracción de los artículos 2 LDC y 102 TFUE, si la inclusión de las remuneraciones destinadas a los titulares de los derechos de autor en el volumen de negocios de la sociedad de gestión de dichos derechos, puede considerarse contraria al principio de proporcionalidad en la imposición de las sanciones administrativas, teniendo en cuenta la incidencia que sobre la cuestión pueda tener la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recogida en la sentencia de 14 de septiembre de 2017, asunto C-177/16.*

3º) *Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, los artículos 2 LDC y 102 TFUE, en relación con los artículos 63.1 LDC, 17 a 25 y 147 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y 131 Ley 30/1992, interpretados a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recogida en la sentencia de 14 de septiembre de 2017, asunto C-177/16.*



4º) Se ordena publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos. "

CUARTO.- La indicada parte recurrente presentó, con fecha 21 de septiembre de 2018, escrito de interposición del recurso de casación, en el que expuso que la sentencia recurrida había infringido los artículos 2 de la LDC, 17 a 25 y 147 del TRLPI y 131 de la Ley 30/1992 porque, como había alegado en la instancia, el artículo 63.1 LDC establece que para calcular las sanciones por infracción de la normativa de competencia es necesario tener en cuenta el volumen de negocios total de la empresa infractora, y en el caso de las entidades de gestión de derechos de autor como SGAE, su naturaleza exige que no se tengan en cuenta las cantidades recaudadas por cuenta de los autores como parte del volumen de negocios, a efectos del cálculo de la sanción, pues tales cantidades no forman parte propiamente de los ingresos de SGAE, que los percibe en virtud del contrato de gestión que tiene suscrito con los autores y son objeto de reparto periódico entre los derechohabientes, sino que tan solo deben tenerse en cuenta como ingresos de la SGAE los correspondientes al descuento de administración, que es la parte de la recaudación que es utilizada por SGAE para sostener su actividad, mientras que el resto está destinado a los autores.

En defensa de sus tesis invoca la parte recurrente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, recogida en la sentencia AKKA/LAA, de 14 de septiembre de 2017, que da unas pautas concretas para que el órgano judicial nacional analice si la base de la multa debe ser la recaudación total de la entidad de gestión o si debe excluirse la remuneración que la entidad percibe por cuenta de los autores y les abona, estimando que lo procedente en este caso es decantarse por la segunda opción, pues conforme a la jurisprudencia de esta Sala, SGAE no es titular de los ingresos recaudados por la gestión de los derechos y no existe unidad económica entre los titulares de los derechos y SGAE, por lo que llega a la conclusión de que las cantidades recaudadas por SGAE que corresponden a los autores no forman parte del volumen de negocio de SGAE a efectos del artículo 63.1 de la LDC .

Finalizó la parte recurrente su escrito de interposición del recurso de casación solicitando a la Sala:

1º) Que con estimación del recurso de casación anule la sentencia impugnada, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrida.

2º) Que como consecuencia de la estimación del recurso de casación y la consiguiente anulación de la sentencia impugnada, se sitúe la Sala en la posición procesal propia del tribunal de instancia y entre al examen del fondo del asunto, procediendo a la resolución del litigio en los términos en que quedó planteado el debate procesal en la instancia.

3ª) Que en consecuencia estime el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de 6 de noviembre de 2014 en el expte. S/0460/13, SGAE-CONCIERTOS, en los términos solicitados en el escrito de demanda, estableciendo que a la hora de calcular la multa impuesta a SGAE de conformidad con el artículo 63.1 LDC debe tenerse únicamente en cuenta el descuento de administración, y condene a la Administración al pago de las costas de la instancia.

QUINTO.- Se dio traslado a las partes recurridas, para que manifestaran su oposición.

El Abogado del Estado impugnó el recurso de casación por escrito de 15 de octubre de 2018, alegando que el examen de la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2017, citada de contrario, no solo no sirve de apoyo a la tesis planteada por SGAE, sino que en este caso, y atendidas las circunstancias concretas (hechos probados), resulta justamente en sentido opuesto al pretendido por la parte recurrente, ya que SGAE y autores constituyen una unidad económica en el mercado afectado, pues ambos actúan inexorablemente de forma unitaria y totalmente coordinada en dicho mercado, por lo que no cabe duda de que las remuneraciones forman parte del servicio prestado por la entidad de gestión y deben incluirse en el volumen de negocios de la sociedad gestora para determinar el importe de la multa, y a la misma conclusión se llega si se analiza la función disuasoria de la multa y las circunstancias del caso, por lo que concluye su escrito el Abogado del Estado solicitando a la Sala que resuelva el recurso de casación mediante sentencia que lo desestime.

La representación de la Asociación de Promotores Musicales por escrito de 6 de noviembre de 2018, fundamentó su oposición al recurso de casación alegando que los ingresos de la SGAE son, en definitiva, los pagos de los promotores musicales o, dicho de otra manera, el importe de las facturas emitidas por la SGAE a los promotores musicales en concepto del canon por las licencias otorgadas, con independencia de cómo reparta la SGAE esos ingresos con sus proveedores, con sus miembros, sus representados, etc., a lo que añade que, frente a los promotores musicales, SGAE actúa como titular de los ingresos, facturándolos,



recaudándolos y reclamándolos, y que aunque el recurso de casación pretende demostrar que únicamente el descuento de administración debería tenerse en cuenta como ingresos de la SGAE, el testigo perito de la entidad auditora de SGAE reconoció en su declaración que se estaban omitiendo otros ingresos de SGAE, en particular los importes percibidos por SGAE cuyo autor no se identifica o no se localiza y que, tras prescribir, pasan a engrosar el patrimonio de SGAE, por todo lo cual finalizó su escrito solicitando a la Sala que desestime íntegramente el recurso, confirmando la sentencia recurrida en casación, con expresa imposición de las costas procesales causadas a la administración recurrente.

SEXTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para la celebración de vista pública el día 2 de abril de 2019, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La resolución recurrida y la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Se interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, que estimó en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 6 de noviembre de 2014 (expediente S/0460/13, SGAE-Conciertos).

La resolución impugnada de la CNMC había declarado que en el indicado expediente S/0460/13, SGAE-Conciertos, quedó acreditada la comisión de una infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE de la que es responsable la SGAE, por lo que impuso a dicha entidad una sanción pecuniaria por importe de 3.103.196 €.

La estimación parcial del recurso contencioso administrativo de la SGAE, acordada por la sentencia de la Audiencia Nacional aquí impugnada, se limitó al particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa, por estimar que no se había ajustado a derecho, por haber aplicado los criterios establecidos en la Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones (BOE de 11 de febrero de 2009), que fueron declarados contrarios a derecho por la sentencia de este Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (recurso 2872/2013) y muchas otras posteriores, ordenando la Sala de instancia la remisión de las actuaciones a la CNMC a fin de que dicte resolución que fije el importe de la sanción en atención a los criterios legales de graduación, debidamente motivados, con aplicación de los artículos 63 y 64 de la LDC, interpretados en los términos expuestos en la fundamentación jurídica de la sentencia.

Asimismo, la Sala de la Audiencia Nacional, en este apartado relativo a la sanción (FD 5º), rechazó la alegación de falta de proporcionalidad de la sanción que había sustentado la SGAE, por considerar dicha parte recurrente que su volumen de negocios, a efectos del cálculo de la multa, debía tomar en consideración las cantidades que ingresa en concepto de descuento de administración, sin computar por tanto las cantidades que corresponden a los autores.

La Sala de la Audiencia Nacional argumentó que tal cuestión había sido abordada y resuelta en la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2017 (asunto C-177/16, AKKA-LAA), respecto de la que las partes habían presentado escritos de alegaciones unidos a las actuaciones, y tras transcribir textualmente el apartado cuarto de la parte dispositiva de la sentencia del TJUE, razonó lo siguiente:

"Tan explícita afirmación obliga a rechazar el motivo con la sola indicación adicional de que esta Sala, en atención a lo que venimos razonando sobre el alcance de la infracción y la inequidad, por excesivas, de las tarifas aplicadas, entiende necesario para asegurar que la multa resulte disuasoria el que se computen en el volumen de negocio de la SGAE las cantidades destinadas a remunerar a los titulares de los derechos propiedad intelectual, sin que con ello se produzca la desproporción que denuncia la recurrente."

La representación de SGAE interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia de la Audiencia Nacional, y la Sección 1ª de esta Sala admitió dicho recurso, declarando que la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia era la siguiente:

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar, a efectos de la fijación del importe de la multa por infracción de los artículos 2 LDC y 102 TFUE, si la inclusión de las remuneraciones destinadas a los titulares de los derechos de autor en el volumen de negocios de la sociedad de gestión de dichos derechos, puede considerarse contraria al principio de proporcionalidad en la imposición de las sanciones administrativas, teniendo en cuenta la



incidencia que sobre la cuestión pueda tener la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recogida en la sentencia de 14 de septiembre de 2017, asunto C-177/16 .

En los apartados que siguen fijaremos nuestro criterio en relación con la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

SEGUNDO.-Pronunciamientos recientes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de esta Sala sobre la cuestión.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado sobre la cuestión que presenta interés casacional en su sentencia de 14 de septiembre de 2017 (asunto C-177/16, caso AKKA/LAA).

En dicha sentencia el TJUE se pronunció sobre las cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de Letonia, en el marco de un recurso contra la resolución del Consejo de la Competencia de aquél país, que impuso una multa a la AKKA/LAA, sociedad de gestión colectiva de derechos de autos de obras musicales, debido a un abuso de posición dominante por haber aplicado tarifas excesivas. Entre otras cuestiones (cuestión prejudicial 7ª), el órgano jurisdiccional remitente se preguntaba si, en caso de infracción del derecho de la competencia:

"¿procede excluir del volumen de negocios de una entidad de gestión de derechos de autor, a efectos de la determinación de una multa, las remuneraciones abonadas a los autores por dicho operador económico?"

La respuesta que el TJUE da a dicha cuestión se recoge en el apartado 4º de la parte dispositiva de la citada sentencia, que contiene la siguiente declaración:

"En el caso de que se demuestre la existencia de la infracción recogida en el artículo 102 TFUE , párrafo segundo, letra a), las remuneraciones destinadas a los titulares de los derechos deben incluirse en el volumen de negocios de la sociedad de gestión de derecho de autor de que se trate para determinar el importe de la multa, siempre que tales remuneraciones formen parte del valor de las prestaciones efectuadas por esa sociedad y que dicha inclusión sea necesaria para garantizar el carácter efectivo, proporcionado y disuasorio de la sanción impuesta. Incumbe al tribunal remitente comprobar, a la luz de todas las circunstancias del caso de autos, si se cumplen estos requisitos."

Esta Sala ha tenido ya ocasión de aplicar los criterios de la sentencia del TJUE, en sentencia de 11 de junio de 2018 (recurso 271/2016), en relación con el volumen de negocios a tener en cuenta en la cuantificación de una multa en un asunto similar al presente, impuesta también por la CNMC a la SGAE por una infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE , por la aplicación de tarifas abusivas en relación con la autorización y la remuneración de la comunicación pública de obras musicales en bailes celebrados con motivo de bodas, bautizos y comuniones o en los que el acceso de los asistentes se realice a través de invitación personal.

En el indicado recurso esta Sala acordó, a solicitud de la SGAE, dejar en suspenso la tramitación hasta la resolución por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del asunto C- 177/16 , y remitida por la Secretaria del TJUE copia de la sentencia de 14 de septiembre de 2017, se acordó el alzamiento de la suspensión y se confirió a las partes plazo para que alegasen sobre la incidencia que dicha sentencia pudiera tener en la resolución del recurso. En este trámite, la representación de SGAE presentó escrito, de fecha 5 de octubre de 2017, en el que efectuó alegaciones sobre la sentencia del TJUE en parte similares a las que ahora mantiene en su escrito de interposición del presente recurso de casación.

La Sala, en la indicada sentencia de 11 de junio de 2018 , rechazó en particular el criterio de cuantificación propugnado por la entidad recurrente, en base al apartado 4) de la parte dispositiva de la sentencia del TJUE que transcribe, y desestimó el recurso de casación.

TERCERO.-Los requisitos exigidos por la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2017 para que las remuneraciones destinadas a los titulares de los derechos se incluyan en el volumen de negocios de la sociedad de gestión de derecho de autor.

Como acabamos de exponer, la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2017 exige dos requisitos para la inclusión de las remuneraciones destinadas a los titulares de los derechos en el volumen de negocios de la sociedad de gestión de derechos de autor de que se trate, a los efectos de determinar el importe de la multa: i) que tales remuneraciones formen parte del valor de las prestaciones efectuadas por la sociedad de gestión, y ii) que la inclusión sea necesaria para garantizar el carácter efectivo, proporcionado y disuasorio de la sanción impuesta.

En relación con el primero de los citados requisitos, la parte recurrente sostiene que la base de la multa debe quedar circunscrita a los ingresos que son propiamente de la entidad de gestión, es decir, al descuento de administración, porque la SGAE no es titular de los ingresos que recauda por cuenta de los autores, y así resulta



de la interpretación que el Tribunal Supremo ha realizado de la naturaleza de los derechos de autor regulada por el TRLPI a efectos del Impuesto de Sociedades, pues del referido texto legal se desprende que la actuación de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual se realiza en nombre propio, pero por cuenta de terceros, por lo que los ingresos recaudados por las entidades gestoras no deben considerarse ingresos propios a efectos de Impuesto de Sociedades, y si los ingresos destinados a los autores no son ingresos a efectos del Impuesto de Sociedades, tampoco pueden serlo a efectos del cálculo de una sanción por infracción de las normas de competencia.

La parte recurrente argumenta asimismo que no existe unidad económica entre los titulares de los derechos y SGAE, porque con arreglo a los criterios del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, los derechos que registra en la cuenta de pérdidas y ganancias son los que derivan del descuento de administración, y su cifra de negocios consiste en la comisión percibida, a lo que añade que los titulares de los derechos que son directamente socios de SGAE no constituyen una unidad económica en el sentido de la jurisprudencia AKKA/LAA, y que la ausencia de esta unidad económica es clara en el caso de los derechos por comunicación pública de las obras musicales protegidas por derechos de autor en conciertos celebrados en España, a los que se refiere el presente pleito, puesto que estos derechos no son de gestión colectiva obligatoria, sino que los gestiona SGAE en virtud del correspondiente contrato celebrado con el autor o con otra entidad de gestión que representa al autor.

La Sala considera que los argumentos de la parte recurrente, respecto de cual deba ser el volumen de negocios de una entidad de gestión de derechos de autor a los efectos de aplicación del artículo 63 LDC, no son conformes con los criterios del TJUE expresados en la sentencia del asunto AKKA/LAA, ni con la jurisprudencia de esta Sala.

La sentencia del TJUE del asunto AKKA/LAA razona (apartado 64) que el interés de la aplicación uniforme del artículo 102 del TFUE en la Unión, para lograr una aplicación efectiva de dicho precepto, posibilita que las autoridades nacionales de competencia adopten un enfoque coherente con la interpretación del concepto de volumen de negocios que figura en el artículo 23 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, aplicable a las multas impuestas por la Comisión Europea en caso de infracciones de los artículos 101 y 102 TFUE y, de conformidad con reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el referido concepto se refiere al valor de las ventas de bienes o servicios realizadas por la empresa de que se trate, *"reflejando de este modo su situación económica real"* (apartado 65 de la sentencia del TJUE citada).

El mismo concepto de volumen de negocios del artículo 23 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, también matizado con el adjetivo de "total", aparece en el artículo 63 de la LDC, y esta Sala ha señalado, en su sentencia de 29 de enero de 2015 (recurso 2872/2013) que se trata de *"un dato o indicador contable que revela...la capacidad y situación económica del sujeto infractor y, en esa misma medida, permite calcular a priori la máxima incidencia concreta que una sanción pecuniaria puede suponer para él"*.

Los argumentos de la parte recurrente, relativos a la titularidad ajena de los derechos de autor que gestiona y a su tratamiento fiscal, no encuentran respaldo en el artículo 63 de la LDC, que no considera un requisito del concepto de volumen de negocios, a los efectos de sancionar las conductas contrarias a la competencia, que la titularidad de los ingresos considerados como referencia corresponda al infractor, como resulta de la previsión que contempla dicho precepto de que el volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas se determine tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros, sin que pueda desconocerse que la de asociación es precisamente la forma jurídica a la que se acoge la SGAE, que figura inscrita en el registro de asociaciones del Ministerio del Interior y se rige, en lo no previsto por sus Estatutos, por la Ley 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación (artículos 1 y 3 de sus Estatutos).

Para la sentencia del TJUE del caso AKKA/LAA, por el contrario, lo determinante para resolver la cuestión de la inclusión de las remuneraciones de los autores en el volumen de negocios de la entidad de gestión, no es la titularidad de las remuneraciones, sino el hecho de que las indicadas remuneraciones formen parte del valor de las prestaciones efectuadas por la sociedad.

Dice sobre este requisito la sentencia del TJUE que citamos (apartados 66 y 67):

"66 En el caso de autos, como se ha explicado en el apartado 33 de la presente sentencia, las prestaciones realizadas por AKKA/LAA consisten en recaudar los cánones a partir de los cuales se remunera a los autores de obras musicales. Incumbe al Tribunal remitente examinar, a la luz de todas las circunstancias pertinentes en el litigio principal, si la parte de estos cánones que representan las remuneraciones abonadas a los autores está incluida en el valor de las prestaciones de servicios realizadas por la AKKA/LAA.



67 Sobre este particular, el tribunal remitente podría tener en cuenta, concretamente, los vínculos jurídicos y económicos existentes en virtud del Derecho nacional entre la AKKA/LAA, como intermediaria, y los titulares de los derechos, para determinar si constituye una unidad económica. De ser ello así, la parte que representan las remuneraciones destinadas a los titulares podría considerarse parte del valor del servicio prestado por la AKKA/LAA."

De acuerdo con la sentencia del TJUE de constante cita (apartado 33), la sociedad letona de gestión colectiva AKKA/LAA presta el servicio consistente en la actividad de recaudar los cánones a partir de los cuales se remunera a los autores de obras musicales, y tal prestación de servicios es también la que lleva a cabo la recurrente SGAE en relación con los promotores de conciertos en el ámbito territorial a que se refiere este recurso, como resulta de la resolución de la CNMC impugnada ante la Audiencia Nacional, que sin oposición de la parte recurrente, describe la actividad de la recurrente (hecho probado 1) indicando que la SGAE tiene por principal función la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, y en cumplimiento de sus funciones emite licencias a los usuarios de su repertorio, en este caso a los promotores de conciertos, recauda los derechos generados por su explotación comercial y los reparte entre los autores y editores musicales, descontados los costes de esta gestión y otros gastos (promoción cultural).

Si bien el derecho de comunicación pública de obras musicales de autores y editores no es de gestión colectiva obligatoria, pues así resulta del artículo 153 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en la redacción aplicable a los hechos por razones temporales, es un hecho que la resolución impugnada de la CNMC considera acreditado, no discutido por la parte recurrente, que una vez excluidos los casos en los que el promotor celebra el concierto sin obtención de licencia de ningún tipo y los casos en los que no es necesaria la licencia por ejecutarse obras que pertenecen al dominio público, prácticamente el 100% de los conciertos celebrados en España han obtenido licencia de la SGAE, pues de los miles de conciertos celebrados en el período 2009-2012 (los promotores de conciertos asociados en la APM recurrida celebran alrededor de 4.800 conciertos al año, según hecho probado 1 de la resolución impugnada de la CNMC), solamente un número muy residual de conciertos (once) se han celebrado obteniendo la licencia de derechos de autor de entidades extranjeras, y en un caso del propio autor (hechos probados 1 y 4.5 de la resolución de la CNMC y escritos de SGAE en folios 1555 a 1558 y 3458 a 3464 del expediente administrativo).

Por tanto, en el caso que examinamos la entidad de gestión recurrente actúa como una unidad económica con los titulares de los derechos de autor, en cuyo favor efectúa una prestación de servicios que comprende, entre otras actividades, la de negociación de las tarifas y la de recaudación de las remuneraciones de aquellos, interviniendo en la práctica en el mercado, frente a los promotores musicales que organizan los conciertos, como el único operador oferente de las licencias que les permiten la comunicación pública de las obras musicales.

También estimamos cumplido en este caso el requisito de que la inclusión de las remuneraciones de los autores en el volumen de negocios de la entidad de gestión, a los efectos de determinar la multa por una conducta anticompetitiva, sea necesaria para garantizar el carácter efectivo, proporcionado y disuasorio de la sanción impuesta.

La sentencia de instancia apreció la concurrencia de este requisito, indicado:

"...esta Sala, en atención a lo que venimos razonando sobre el alcance de la infracción y la inequidad, por excesivas, de las tarifas aplicadas, entiende necesario para asegurar que la multa resulte disuasoria el que se computen en el volumen de negocio de la SGAE las cantidades destinadas a remunerar a los titulares de los derechos propiedad intelectual, sin que con ello se produzca la desproporción que denuncia la recurrente."

La Sala comparte el anterior criterio, pues de acuerdo con la resolución sancionadora de la CNMC (FD 7º), el volumen de negocios total calculado en la forma procedente, de acuerdo con lo indicado en esta sentencia, es decir, los ingresos totales de la entidad recurrente ascendieron en el año 2013, que es el anterior al de imposición de la sanción, a la cantidad de 259.771.723 €, y estimamos que frente a dicho volumen de negocios, tendría un efecto escasamente disuasorio una sanción con el límite máximo de 160.789,23 euros, que es la que resultaría procedente si se determinara el importe de la multa como propone la parte recurrente, en atención únicamente a los gastos de administración descontados por SGAE de las remuneraciones recaudadas por derechos de autor (apartado 182 del escrito de demanda), o de 288.000 euros, según determinó el testigo-perito representante de Ernst & Young empleando el mismo criterio de cálculo (apartado 49 del escrito de conclusiones).

A mayor abundamiento, la ausencia de carácter disuasorio del importe de la sanción resultante de la fórmula de cálculo que propone la parte recurrente se pone de manifiesto igualmente si relacionamos dicho importe, que se ha detallado en el párrafo precedente, con los ingresos que puede reportar para dicha parte una conducta



abusiva de posición de dominio por la aplicación de remuneraciones no equitativas y excesivas en el mercado afectado por la infracción, pues según los datos de la resolución sancionadora de la CNMC, que no han sido cuestionados (hecho probado primero), los promotores musicales agrupados en la APM "son responsables de unos 4.800 conciertos al año, con una audiencia global de 7,5 millones de espectadores y un volumen de negocios que llega a los 262 millones de euros de facturación".

Por tanto, estimamos que también concurre en este caso el segundo requisito exigido por la sentencia del TJUE citada, ya que de acuerdo con la anterior ponderación, la fórmula de cálculo que defiende la parte recurrente no puede considerarse útil para garantizar el carácter efectivo, proporcionado y disuasorio de la sanción, sino que para lograr tales objetivos es necesaria la inclusión de las remuneraciones destinadas a los titulares de los derechos de autor en el volumen de negocios de la sociedad de gestión recurrente, a los efectos de determinar el importe de la multa.

Por lo hasta aquí expuesto, procede la desestimación del recurso de casación.

CUARTO.-Fijación de doctrina jurisprudencial.

Así pues, dando respuesta a la cuestión de interés casacional planteada en el Auto de admisión, procede fijar 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 concurren 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.

QUINTO.- Al declararse no haber lugar al recurso de casación, procede imponer a la parte recurrente las costas del mismo, de conformidad con la regla del artículo 139.2 LJCA, si bien, la Sala haciendo uso de la facultad que le confiere el apartado tercero del citado precepto, limita a 3.000 € el importe máximo a reclamar, por todos los conceptos como costas procesales, por cada una de las partes recurridas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Declarar no haber lugar al presente recurso de casación número 2454/2018, interpuesto por la Sociedad General de Autores y Editores, contra la sentencia de 7 de febrero de 2018, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 23/2015, con imposición de las costas de casación a la parte recurrente, hasta el límite señalado en el último Fundamento de Derecho de esta sentencia.

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

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Jose Maria del Riego Valledor D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el magistrado ponente, Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor, estando constituida la sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.