



Roj: **STS 2073/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2073**

Id Cendoj: **28079130032018100235**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **11/06/2018**

Nº de Recurso: **271/2016**

Nº de Resolución: **975/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4724/2015,**
STS 2073/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 975/2018

Fecha de sentencia: 11/06/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 271/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/06/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

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

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

Transcrito por: dvs

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 271/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 975/2018

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. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 11 de junio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 271/2016 interpuesto por la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE), representada por la Procuradora D^a Rocío Blanco Martínez, contra la sentencia de la Sección 6^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de diciembre de 2015 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 452/2012 . Se han personado como partes recurridas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado, y la entidad COMPLEJO HOSTELERO SAN CUCAO, S.L., representada por la Procuradora D^a Isabel Juliá Corujo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 3 de julio de 2012 dictada en expediente sancionador por incumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia (expediente S/0220/10 SGAE), en la que se impone a la recurrente una sanción pecuniaria por importe de con una cuantía de 1.766.744 € como responsable de una infracción del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 102 TFUE , y se acuerda asimismo intimar a la SGAE a que deje sin efecto la tarifa sustitutoria establecida para los casos de falta de comunicación anticipada de los eventos a realizar.

La Sección 6^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 21 de diciembre de 2015 (recurso contencioso-administrativo nº 452/2012) en cuya parte dispositiva se establece:

<< FALLAMOS.- Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso interpuesto y en consecuencia se ordena la remisión de las actuaciones a la CNMC para que de acuerdo con los parámetros establecidos en el FJ 8 de esta Sentencia, realice un nuevo cálculo de la multa. Sin costas>>.

SEGUNDO.- El origen del expediente sancionador lo expone el fundamento jurídico segundo de la sentencia, en los siguientes términos:

<< El expediente sancionador S/0220/10 SGAE tiene su origen en una denuncia formulada por el restaurante La Campana, S.A., Restaurante La Torre, S.A. y Complejo Hostalero San Cucao, S.L. contra la Sociedad General de Autores y Editores (en adelante SGAE), por posibles prácticas anticompetitivas consistentes en la imposición, por parte de dicha entidad, de unas condiciones comerciales no equitativas, en relación a la autorización de la comunicación pública de obras musicales en bailes celebrados con motivo de bodas, bautizos y comuniones o en los que el acceso de los asistentes se realice a través de invitación personal.

Como consecuencia de esta denuncia, la Dirección de investigación inició una información reservada requiriendo determinada información y con fecha 29 de noviembre de 2010 incoó este expediente sancionador contra la SGAE, por apreciar indicios racionales de la comisión de una infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , por la aplicación de tarifas abusivas, entre otras razones por ser discriminatorias, en relación a la autorización y la remuneración de la comunicación pública de obras musicales en bailes celebrados con motivo de bodas, bautizos y comuniones o en los que el acceso de los asistentes se realice a través de invitación personal>>.

El posicionamiento de las partes en el proceso de instancia lo sintetiza el fundamento tercero de la sentencia del modo que sigue:

<< (...) TERCERO -. Alega la actora como fundamento de su pretensión anulatoria:

1.- Carece de fundamento que la resolución impugnada le impute una infracción de los arts. 2 LDC y 102 TFUE por cuanto discriminó a los usuarios que no son miembros de una asociación, aplicándoles peores condiciones económicas que a los usuarios que pertenecían a una asociación con convenio en vigor con la SGAE, ya que

si bien ofreció descuentos a todos los usuarios, estos descuentos responden a diferencias objetivas y en todo caso tuvo un impacto insignificante, ya que no causó ninguna desventaja competitiva.

2.- Que la tarifa sustitutoria no es abusiva sino equitativa por cuanto fue pactada con los usuarios, resultando además necesaria de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para penalizar la no presentación de la declaración anticipada, la cual es un instrumento imprescindible para que la SGAE desarrolle su labor. En todo caso no es desproporcionada ni ha producido efecto alguno.

3.- Se ha infringido el art. 24 de la Constitución al haber rechazado la CNC la práctica de pruebas potencialmente exculporias y habiendo infringido las reglas de la carga de la prueba.

4.- La multa es injustificada y desproporcionada.

El Abogado del Estado se muestra disconforme con dichos argumentos>>.

La alegación de la demandante sobre vulneración de su derecho de defensa por la denegación indebida de prueba es desestimada en el fundamento cuarto de la sentencia, que tiene el siguiente contenido:

<< (...) CUARTO-. Empezando por las cuestiones de carácter formal debe señalarse en cuanto a la vulneración de su derecho de defensa por la denegación indebida de prueba que a su juicio le exculpaban claramente de la conducta imputada, que la resolución impugnada ofrece una respuesta razonable pues la denegación de la prueba propuesta lo fue de manera motivada.

Efectivamente se señala lo siguiente: *"Esta Dirección de investigación considera que las pruebas solicitadas por SGAE son completamente irrelevantes de cara al presente expediente, dado que la comparativa internacional sólo estaría justificada en el caso de que se imputase a SGAE la fijación de tarifas excesivas y no es éste el caso en el presente expediente, donde se le atribuye un abuso por discriminación e inequidad en las tarifas. (143).*

Adicionalmente, incluso si se acreditase que otras autoridades de competencia de otros Estados miembros de la UE no han perseguido conductas equivalentes a las imputadas a SGAE, no se vería afectada la responsabilidad de SGAE por las conductas que le son imputadas en el presente expediente. (144).

En particular resulta irrelevante verificar si existen situaciones equivalentes en otros países de la UE, en la medida que la CNC no es competente para perseguirlas y la CNC tampoco se ve vinculada por la aplicación o falta de aplicación del art. 102 del TFUE a dichos casos que hayan podido tener otras autoridades de competencia nacionales. (145).

Por ello, procede la denegación de esta prueba, en la medida que es irrelevante de cara a la acreditación del carácter anticompetitivo de las conductas imputadas a SGAE (146)".

Es decir, la denegación fue motivada de conformidad con lo que establece el art. 54 de la Ley 30/92, habiendo tenido el recurrente conocimiento de la razón de la denegación, sin que haya sufrido indefensión alguna. De hecho, la Sala considera ajustada a derecho dicha denegación desde el momento en que en sede jurisdiccional reitera la práctica de dicha prueba, la cual fue igualmente declarada irrelevante por los mismos motivos>>.

El fundamento quinto de la sentencia hace una reseña de la normativa reguladora de los derechos de autor (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Y, a continuación, en el mismo fundamento quinto, la Sala de instancia hace las siguientes consideraciones referidas al caso que se examina:

<< (...) Además conviene resaltar que el mercado de producto relevante afectado por las conductas que se analizan en el presente expediente son las autorizaciones y la correspondiente remuneración derivada del derecho de comunicación pública de obras musicales en bailes celebrados con motivo de bodas, bautizos y comuniones o en los que el acceso de los asistentes se realice a través de invitación personal.

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

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

La controversia de fondo es examinada en el fundamento jurídico sexto de la sentencia, que tiene el siguiente contenido:



<< (...) SEXTO-. En cuanto a la conducta imputada, debemos precisar que la CNMC imputa a SGAE una infracción del artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE, en el citado mercado, consistente en un abuso de posición de dominio por la aplicación de descuentos de forma discriminatoria y no transparente, vinculados a condiciones en bloque y por la introducción desde el año 2009 de una denominada tarifa sustitutoria, que es inequitativa y discriminatoria.

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

Por tanto no se prohíbe la posición de dominio, pero sí la utilización de dicha posición para imponer condiciones comerciales y obtener ventajas que no obtendría en el caso de una competencia practicable y suficientemente efectiva. Por tanto para que exista una infracción del artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE la conducta tiene que realizarse desde una posición de dominio de la empresa o empresas en el mercado relevante o, en determinados supuestos, con dicho poder en un mercado conexo.

El examen de esta cuestión debe hacerse desde los postulados de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia. En concreto podemos citar las SSTs de 26 de septiembre de 2013, recurso de casación nº 2877/2010, referida a Sogecable y la de 19 de marzo de 2013, recurso de casación nº 2125/2009, referida a Sogecable y Antena 3, y la más reciente de 24 de noviembre de 2014, recurso de casación nº 4816/2011, en la medida en que también se refiere a la imposición de sanción por abuso de posición de dominio a Aie, respecto de Telecinco, por exigencia de tarifas inequitativas y discriminatorias.

En estas Sentencias se parte de la doctrina establecida por la Sala I del Tribunal Supremo, como presupuesto razonable para concluir sobre la existencia del abuso denunciado. Así se señala que: "En lo que se refiere a la aplicación del artículo 6 de la Ley 16/1989, la Sala de instancia actúa conforme a derecho cuando ratifica la previa decisión de la Comisión Nacional de la Competencia en la que, a su vez, se considera tipificable bajo aquel título la conducta llevada a cabo por la entidad monopolista en la gestión de los derechos de propiedad intelectual de artistas intérpretes, o ejecutantes, que aplicaba a algún o algunos de sus usuarios unas tarifas abusivas y discriminatorias.

Hemos hecho en la nuestra de 19 de marzo de 2013 (recurso de casación número 2125/2009) una síntesis de la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la remuneración de estas entidades, reflejada en las sentencias de 22 de diciembre de 2008 (recurso de casación 2951/2002), 18 de febrero de 2009 (recurso de casación 2157/2003), de 7 de abril de 2009 (recurso de casación 1163/2004), 13 de diciembre de 2010 (recurso de casación 1699/2006) y de 23 de marzo de 2011 (recurso de casación 1079/2007). Destacábamos que en ellas se corrobora que para determinar el importe de la remuneración no cabe acudir a las tarifas generales si éstas no tienen un "carácter equitativo", y no lo tienen cuando adoptan como base exclusiva de cálculo los rendimientos obtenidos por el operador televisivo y prescinden del uso efectivo del repertorio. Dicha remuneración debe, además, atender "a los acuerdos a que hubiera llegado la entidad de gestión con otras personas o entidades para autorizar el uso de su repertorio, dada la estrecha relación de la equidad con la inexistencia de desproporción injustificada en supuestos semejantes".

"La Sala de instancia aplica correctamente aquellos criterios cuando califica como abuso de posición de dominio la pretensión de AIE de cobrar una remuneración a "Gestevisión Telecinco" sobre la base de unas tarifas generales no equitativas, pues prescindían de cuál fuera el uso efectivo del repertorio, y discriminatorias, pues no atendían a la comparación con los acuerdos de otros operadores de televisión.... El carácter abusivo quedaba demostrado en cuanto que el método de cálculo no atendía al uso del repertorio musical y sólo se fijaban las tarifas como un porcentaje fijo sobre los ingresos de explotación del operador televisivo, razones por las cuales la antes citada sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2009 ya se pronunció específicamente... Siendo todo ello así, es difícil que pudiera prosperar un argumento que se basa sólo en la "ausencia de desventaja competitiva". Al margen de que constituye una mera cuestión de hecho la de apreciar si en un período determinado unas determinadas conductas de explotación abusiva de la posición de dominio han colocado a un usuario (en este caso "Gestevisión Telecinco") en una situación de desventaja frente a otros, en el caso de autos de la premisa antes fijada se deduce la razonabilidad de la consecuencia sobre el hecho probado. Pues es lógico que si a un operador se le exigen, por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales, unas tarifas abusivas que no se exigen a otros, sin que haya razones objetivas para ello, aquél queda en una situación de desventaja competitiva para actuar en el mismo mercado de difusión de las citadas grabaciones".



Esta doctrina es aplicable, con las matizaciones que a continuación se señalan, al presente caso, y para llegar a tal conclusión debemos partir de los siguientes antecedentes:

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

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

Por lo que se refiere a los empresarios asociados o pertenecientes a una Asociación sectorial, estos pueden acogerse a unas condiciones más favorables si suscriben el denominado Contrato/Autorización, según modelo anexo a los Convenios firmados con cada una de las Asociaciones. Los Convenios firmados con las Asociaciones, iguales entre sí, recogen las condiciones que tienen que cumplir los empresarios individuales para acogerse a las condiciones de los mismos, incluida la posibilidad de beneficiarse de una bonificación del 20%, y entre ellas está la obligación de suscribir de forma individual el citado Contrato/Autorización y presentar una declaración anticipada, de acuerdo con lo previsto en el propio Contrato/Autorización. El Convenio recoge también las causas de pérdida de dicha bonificación entre las que se incluye, una vez más, el incumplimiento de entregar la declaración mensual anticipada.

Los Contratos/Autorización que deben ser suscritos de forma individual por cada uno de los miembros de la asociación que así lo deseen, son similares en todos los extremos a los contratos firmados por empresarios de establecimientos de *Bailes/ bodas* no miembros de una asociación que se han descrito en párrafos anteriores, incluida la cláusula SEPTIMA descrita relativa a la declaración mensual anticipada, pero van acompañados de un documento de Cláusulas Adicionales por las que se modifica la Cláusula relativa a la remuneración (QUINTA), mediante la bonificación de un 20% de la Tarifa General. Según la propia Cláusula Adicional el empresario perderá esta bonificación en las siguientes circunstancias: si el firmante deja de ser miembro de la asociación; si incumple las obligaciones de pago; si realiza actuaciones no autorizadas, y si incumple la obligación de comunicación anticipada de los actos del mes siguiente. También prevé el contrato que la inexactitud en la información anticipada supone una penalización que implica facturar el doble de la diferencia detectada.

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

Ha quedado acreditado, por tanto, que la SGAE modificó en el año 2009 la Tarifa General con la inclusión de la denominada Tarifa Sustitutoria que vendría a sustituir a la Tarifa General en caso de que el empresario no enviase la notificación anticipada de los eventos. Y esta tarifa supone cobrar un precio por plaza mucho más



elevado que el fijado en la Tarifa General. Según los datos de 2009 la TG es un tanto alzado de 118,79 euros por 75 plazas, (lo que daría 1,6 euros por plaza) y por las plazas adicionales a 75 comensales se pagarían 0,4793 euros por plaza, en tanto que la Tarifa Sustitutoria se fija en 2,13 euros por plaza, pero además se computa un evento diario con un número de plazas igual al 75% del aforo máximo de los salones habitualmente utilizados por el establecimiento.

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

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

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

Dice la SGAE que los convenios con las Asociaciones le permiten asegurarse de que los miembros van a cumplir determinadas condiciones que le producen eficiencias (domiciliación bancaria, estar al corriente del pago), pero dichos compromisos deben ser adoptados de forma individual por cada empresario firmante sin que la pertenencia a la asociación asegure su cumplimiento. Y si como dice la SGAE, dichos comportamientos suponen una eficiencia para ella, que valora en una determinada cuantía, debería haberle ofrecido esa posibilidad a todos los firmantes a fin de obtener esas eficiencias en un mayor número de casos, ya que nada impide que los operadores dominantes apliquen a sus clientes o proveedores un trato diferenciado cuando hay una justificación objetiva que motive la diferencia y siempre que sean transparentes y conocidos por todas las partes de antemano.

Debe añadirse que si como dice la SGAE que la firma de los convenios con las asociaciones tiene ventajas que cuantifica en base a un informe de un experto que acompaña (folio 1181) según el cual los menores costes asociados a los firmantes acogidos a convenio frente a los que no lo están sería equivalente al 5,80% de la facturación anual de los firmantes sin convenio, podría justificar, como mucho, una bonificación a los firmantes del colectivo acogido a convenio del mismo orden de magnitud que los menores costes de la facturación anual que representa esa colectividad, pero en ningún caso una reducción de un 20%, no justificada, y mucho menos la exclusión total de los sin convenio a cualquier posibilidad de acceso a otras bonificaciones objetivas relacionadas con la domiciliación o el pronto pago, ya que los descuentos por conceptos objetivos como éstos, no tienen por qué venir subordinados al hecho de ser asociado a la empresa, todo ello sin perjuicio de que tal circunstancia de lugar a algún descuento de carácter objetivo y proporcionado.

Tampoco existe justificación en la diferente estructura de descuentos entre las distintas asociaciones y la CEHAT y la vinculación en bloque de los criterios para la bonificación, que son indicadores de la actuación discriminatoria de la SGAE apoyada en una falta de transparencia en la aplicación de la Tarifa General entre los distintos colectivos. Y prueba evidente de la falta de equidad de la SGAE en el tratamiento entre los operadores, que no olvidemos compiten entre sí en precios, es que tras la instrucción de este expediente la SGAE ha establecido y publicado en la web, sin ningún problema, una estructura de descuentos aplicables a todos los operadores. Dichos descuentos son como máximo del 15%, cumpliendo todos los requisitos, quedando por tanto un 5% adicional accesible solo a los adheridos a un convenio y en función meramente de dicha pertenencia.

Por tanto consideramos que una diferencia de trato entre los clientes que suponga un 15% o 20% del coste, sin justificación objetiva, es suficientemente relevante para considerarla una discriminación y para colocar en desventaja a unos operadores frente a otros, que es justamente lo que prohíbe el artículo 2 de la LDC >>.

Acerca de la denominada "tarifa sustitutoria" el fundamento séptimo de la sentencia hace las siguientes consideraciones:



<< (...) SÉPTIMO-. Y en cuanto a la tarifa sustitutoria, debe destacarse que la SGAE imponía en todos los contratos la obligación de notificar con carácter anticipado el número y aforo de los eventos a realizar en el mes siguiente y dicha notificación, que según la SGAE tenía como objetivo hacer efectivo el control del uso de los derechos que gestiona, era en el caso de los firmantes acogidos a convenio una de las condiciones para la bonificación, siendo su incumplimiento causa de la pérdida de la bonificación. Para los firmantes individuales era una obligación adicional, cuyo cumplimiento no era remunerado, por el contrario si estaba prevista en todos los contratos, (excepto los de la CEHAT) una penalización no por ausencia de notificación sino por inexactitud en los datos aportados, de forma que las cantidades de eventos o comensales ocultados se tarifaba al doble del precio de la tarifa general.

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

Debe especificarse que lo que está comprando el establecimiento, y por tanto por lo que debe pagar el cliente es por el derecho a utilizar el repertorio de la SGAE, y que debe ser ésta la que se ocupe de controlar el uso que se hace del mismo, para lo cual se reserva amplios poderes de inspección y de acceso a la documentación contable, lo que le permite saber a posteriori el número de Bodas/banquetes celebrados y el número de asistentes. No es por tanto la obligación de comunicación anticipada de los eventos previstos una condición imprescindible, ni siquiera necesaria, para el ejercicio por parte de la SGAE de sus derechos de cobro de la remuneración debida, por lo que sin perjuicio de que dicha notificación previa pueda facilitar la gestión de la SGAE, no por ello se convierte en un elemento inherente y consustancial al objeto del contrato, sino que se trata de una actuación voluntaria de las partes, cuyo cumplimiento pueda verse retribuido por la SGAE con una deducción del precio a pagar por el servicio, calculada en función del ahorro de costes de gestión que le supone a la SGAE dicha aportación anticipada de la información.

Pero contrariamente la nueva tarifa que se instauró en el 2009, supuso un fuerte incremento sobre la tarifa general, desproporcionada y no justificada en relación con la gestión de sus derechos, al margen de la posible discriminación, al prever aplicaciones diferenciadas de dicha tarifa para los distintos usuarios, como es el caso de la CEHAT, sin justificación objetiva acreditada y todo ello con independencia, como dice la SGAE, de que no se haya aplicado en ningún caso, pues ello no anula el abuso que supone el mero hecho de la implantación por la SGAE de una tarifa no justificada ni por la prestación del servicio ni por la viabilidad práctica de la SGAE para ejercer su derecho, e impuesta además desde la posición de dominio que le da el que los establecimientos de bodas y banquetes deban de llegar a acuerdo, obligatoriamente, para contratar y poder utilizar el repertorio. Puesto que en caso de no existir contrato, la SGAE está legitimada para demandar al usuario de su repertorio musical en los Tribunales, como así lo ha hecho con el Restaurante la CAMPANA, el cese en dicha utilización en los eventos referidos, con el consiguiente menoscabo para su negocio.

Y aun cuando dicha tarifa fue modificada en el año 2011 ello no pone fin a la infracción, porque no es tanto su cuantía como su diseño y filosofía la que es contraria a las normas de competencia por no estar relacionada con la prestación realizada ni justificada en la mejora de la gestión de la misma.

Todo lo cual nos lleva a concluir que ha quedado acreditado suficientemente en el expediente, tanto por los contratos suscritos como por las alegaciones de la SGAE, tratando de justificar su actuación, una infracción compleja compuesta de dos conductas llevadas a cabo por la SGAE desde la posición de dominio que tiene en el mercado de autorizaciones y remuneración del derecho de comunicación pública de obras musicales en bailes celebrados con motivo de bodas, bautizos y comuniones o en los que el acceso de los asistentes se realice a través de invitación personal, y dirigida a empresas que compiten en un mismo mercado y a través de un mismo instrumento y con un mismo fin>>.

Por último, en cuanto a la alegada vulneración del principio de proporcionalidad en el cálculo de la sanción, el fundamento jurídico octavo de la sentencia transcribe literalmente lo razonado sobre esa cuestión en sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (recurso de casación nº 2872/2013); y, a continuación, la Sala de instancia concluye:

<< (...) En atención a lo expuesto, y dado que la sanción se impone sobre la base de la Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de la LDC, debe estimarse el recurso en este punto a fin de que por la CNC se dicte una nueva resolución sancionadora adecuando la motivación y cuantificación a los parámetros expuestos por el Tribunal Supremo, considerando ajustada a derecho la agravante por cuanto la actora fue sancionada en base a la misma infracción en el expediente 511/01 y sin que proceda aplicar atenuante alguna ya que la SGAE no puso fin al conjunto de la infracción imputada, sino que mantuvo la misma



y porque en todo caso dicha decisión se tomó no por propia iniciativa sino como consecuencia de la incoación del expediente sancionador>>.

Por todo ello, la sentencia termina estimando en parte el recurso contencioso-administrativo, en los términos que señala la parte dispositiva que antes hemos reproducido.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de la SGAE preparó recurso de casación y luego formalizó la interposición de su recurso mediante escrito presentado el 8 de marzo de 2016 en el que formula cinco motivos de casación, el primero de ellos al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los cuatro restantes invocando el artículo 88.1.d/ de la misma Ley .

El contenido de cada uno de estos motivos es, en síntesis, el siguiente:

1/ Infracción de los artículos 33 , 65 y 67 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24 de la Constitución , por incurrir la sentencia en incongruencia al no haberse pronunciado sobre uno de los fundamentos del recurso, el relativo a la infracción de los artículos 24 y 25 de la Constitución , 137 de la Ley 30/1992 y 2 del Reglamento CE 1/2003, por haber infringido la CNC las reglas de la carga de la prueba.

2/ Infracción del artículo 24 de la Constitución por considerar la sentencia que la CNC no incurrió en una infracción del derecho de defensa al denegar determinados medios de prueba.

3/ infracción de los artículos 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y 102 TFUE , ya que la conducta investigada no tuvo carácter abusivo, no se llevó a cabo una discriminación entre usuarios, existiendo diferencias objetivas entre los distintos usuarios que justificaban la aplicación de condiciones diferentes, y sin que la tarifa sustitutoria tuviera carácter abusivo, siendo una medida legítima para proteger los intereses de los autores, estando justificada y guardando proporción con el objetivo que persigue, aparte de que nunca ha sido aplicada.

4/ Infracción del artículo 157 del Real Decreto-Legislativo 1/1996, de 12 de abril , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, que prevé la aplicación de tarifas distintas a distintos agentes de gestión.

5/ Infracción de los artículos 63 y 64 de la Ley de Defensa de la Competencia . Se alega en este motivo que aún en el caso de que la conducta de la SGAE constituyese una infracción, no debería de haberse impuesto una multa o, de haberse impuesto, ésta debería haber sido meramente simbólica, pues no se ha tenido en cuenta el volumen de facturación real de la SGAE, que la SGAE actuaba de buena fe y, en todo caso, que concurren circunstancias atenuantes, no dándose los requisitos para aplicar la agravante de reincidencia.

Termina el escrito solicitando que se dicte sentencia estimando el presente recurso y condenando en costas a la Administración demandada.

CUARTO.- Mediante providencia de la Sección Primera de esta Sala de 13 de abril de 2016 se acordó la admisión del recurso de casación, así como la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, conforme a las reglas de reparto de asuntos.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, por diligencia de ordenación de 29 de abril de 2016 se dio traslado del escrito de interposición a las partes recurridas para que formalizasen su oposición.

La representación la entidad Complejo Hostelero San Cucao, S.L. presentó escrito con fecha 17 de noviembre de 2016 en el que, tras oponerse a la suspensión de procedimiento solicitada por la recurrente, expone las razones en las que sustenta su oposición a los motivos de casación formulados, termina solicitando que se dicte sentencia desestimando el recurso de casación, con imposición de las costas a la parte recurrente.

Por su parte, la representación procesal de la Administración del Estado presentó escrito con fecha 16 de enero de 2017 en el que, tras exponer las razones en las que sustenta su oposición a los motivos de casación formulados, termina solicitando igualmente que se dicte sentencia desestimando el recurso de casación, con imposición de las costas a la parte recurrente.

SEXTO.- Mediante providencia de esta Sala de 30 de noviembre de 2016 se denegó la petición que había formulado la SGAE mediante escrito de 21 de junio de 2016 en el que la recurrente pedía que quedase en suspenso la tramitación de este proceso hasta la resolución del asunto C-177/16 planteado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del asunto.



Contra dicha providencia interpuso la representación de la SGAE recurso de reposición que fue estimado por auto de esta Sala de 26 de enero de 2017 en el que se acuerda dejar en suspenso la tramitación de este proceso hasta la resolución por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del asunto C-177/16 .

SÉPTIMO.- Remitida por la Secretaría del Tribunal de Justicia de la Unión Europea copia de la STJUE de 14 de septiembre de 2017 (asunto C-177/16), se acordó mediante providencia de 20 de septiembre de 2017 el alzamiento de la suspensión, confiriéndose a las partes un plazo común de diez días para que alegasen sobre la incidencia que dicha sentencia pudiera tener en la resolución de este recurso.

Las representaciones procesales de la recurrente -SGAE- y de las partes recurridas -Administración del Estado y Complejo Hostelero San Cucao, S.L. formularon sus alegaciones mediante escritos presentados con fechas 7 y 9 de octubre de 2017.

OCTAVO.- Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 5 de junio de 2018, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación nº 271/2016 lo interpone la representación de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de diciembre de 2015 (recurso contencioso-administrativo nº 452/2012) que resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la SGAE contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 3 de julio de 2012, dictada en expediente sancionador por incumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia (expediente S/0220/10 SGAE), en la que se impone a la recurrente una sanción pecuniaria por importe de con una cuantía de 1.766.744 € como responsable de una infracción del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 102 TFUE , y se acuerda asimismo intimar a la SGAE a que deje sin efecto la tarifa sustitutoria establecida para los casos de falta de comunicación anticipada de los eventos a realizar.

Como hemos visto en el antecedente segundo, la sentencia de la Audiencia Nacional estima en parte el recurso, únicamente en lo que se refiere a la cuantificación de la sanción, ordenando la remisión de las actuaciones a la CNMC para que fije la cuantía de la sanción de acuerdo con los parámetros establecidos en el F.J. 8 de la propia sentencia.

En el antecedente segundo han quedado reseñadas las cuestiones que fueron debatidas en el proceso de instancia y las razones que expone la Sala de instancia para fundamentar la desestimación de los diferentes motivos de impugnación salvo el referido a la cuantía de la sanción. Procede entonces que pasemos a examinar los motivos de casación que ha formulado la representación de la SGAE, cuyo contenido hemos resumido en el antecedente tercero.

SEGUNDO.- En el motivo primero se alega la infracción de los artículos 33 , 65 y 67 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24 de la Constitución , por incurrir la sentencia en incongruencia al no haberse pronunciado sobre uno de los fundamentos del recurso, el relativo a la infracción de los artículos 24 y 25 de la Constitución , 137 de la Ley 30/1992 y 2 del Reglamento CE 1/2003, por haber infringido la CNC las reglas de la carga de la prueba.

El motivo debe ser desestimado.

Siendo así que la incongruencia omisiva se produce cuando la sentencia no resuelve alguna de las cuestiones controvertidas en el proceso (artículo 67.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción), resulta procedente recordar aquí la doctrina reiterada de esta Sala, de la que son muestra las sentencias de esta Sección Tercera de 15 y 27 de noviembre de 2017 (recursos de casación 1857/2015) y 2590/2015), 23 de abril de 2015 (casación 2064/2012) y las demás sentencias que en ésta última se citan, que recogen, a su vez, la doctrina establecida en sentencia de esta misma Sección 3ª de 11 de octubre de 2004 (casación 4080/99). Esta resolución mencionada en último lugar se expresa en los siguientes términos:

<< (...) desde la STS de 5 de noviembre de 1992 , esta Sala viene señalando determinados criterios para apreciar la congruencia o incongruencia de las sentencias, advirtiendo que en la demanda contencioso-administrativa se albergan pretensiones de índole varia, de anulación, de condena etc., que las pretensiones se fundamentan a través de concretos motivos de impugnación o cuestiones, y que las cuestiones o motivos de invalidez aducidos se hacen patentes al Tribunal mediante la indispensable argumentación jurídica. Argumentos, cuestiones y pretensiones son, por tanto, discernibles en el proceso administrativo, y la congruencia exige del Tribunal que éste no solamente se pronuncie sobre las pretensiones, sino que requiere un análisis de los diversos motivos de impugnación y de las correlativas excepciones u oposiciones que se han planteado ante el órgano jurisdiccional.



No sucede así con los argumentos jurídicos, que no integran la pretensión ni constituyen en rigor cuestiones, sino el discurrir lógico-jurídico de las partes, que el Tribunal no viene imperativamente obligado a seguir en un iter paralelo a aquel discurso.

Asimismo, esta Sala tiene declarado que el principio de congruencia no requiere una correlación literal entre el desarrollo dialéctico de los escritos de las partes y la redacción de la sentencia. El requisito de la congruencia no supone que la sentencia tenga que dar una respuesta explícita y pormenorizada a todos y cada uno de los argumentos de las partes, siempre que exteriorice, tomando en consideración las pretensiones y alegaciones de aquéllas, los razonamientos jurídicos que, en el sentir del Tribunal, justifican el fallo (Cfr. SSTs de 20 de diciembre de 1996 y 11 de julio de 1997, entre otras muchas). Basta con que la sentencia se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1991, 3 de julio de 1991, 27 de septiembre de 1991, 25 de junio de 1996 y 13 de octubre de 2000, entre otras muchas). Y se han de ponderar, además, las circunstancias singulares para inferir si el silencio respecto de alguna pretensión ejercitada debe ser razonablemente interpretado como desestimación implícita o tácita de aquélla (sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1993 y 5 de febrero de 1994)...>>.

Pues bien, trasladando la jurisprudencia que acabamos de reseñar al caso que nos ocupa, y poniendo en relación el desarrollo del motivo de casación con los apartados de la fundamentación de la sentencia que antes hemos reproducido, debe concluirse que la decisión de la Sala de instancia no incurre en incongruencia omisiva que se le reprocha.

En efecto, no hay duda de que la Sala de instancia da respuesta (desestimatoria) a las cuestiones suscitadas por la demandante; y, en particular, el extenso fundamento jurídico sexto de la sentencia recurrida realiza un detenido examen de la conducta imputada a la entidad recurrente, analizando la Sala de instancia la tarifa general establecida por la SGAE en 1994 y su ulterior modificación en 2009, los contratos/autorización suscritos de forma individual con las asociaciones de empresarios y hoteleros y los demás elementos fácticos y jurídicos en los que se sustenta la imputación, llegando la Sala de la Audiencia Nacional a la conclusión de que no está justificada la reducción que se contempla en alguno de esos convenios y que tampoco existe justificación para la diferente estructura de descuentos entre las distintas asociaciones, siendo tal falta de justificación objetiva la que lleva a la sentencia a afirmar la existencia de una discriminación que coloca en desventaja a unos operadores frente a otros.

Con todo ello, la Sala de instancia está dando respuesta, si se quiere de forma implícita pero, en todo caso, clara e inequívoca, a las alegaciones de la demandante sobre incumplimiento de las reglas de la carga de la prueba y la supuesta falta de elementos de prueba que sirvan de sustento a la imputación.

No puede afirmarse entonces que la sentencia haya incurrido en incongruencia omisiva ni en falta de motivación, pues aunque al abordar las cuestiones suscitadas la Sala de instancia no se haya referido de manera pormenorizada a todas las alegaciones y argumentos de la recurrente, lo cierto es que aborda el núcleo de la controversia y da una respuesta razonada a la cuestión de fondo debatida, quedando suficientemente explicada la interpretación que lleva a cabo la Sala sentenciadora y la *ratio decidendi* de la sentencia.

TERCERO.- En el motivo de casación segundo se alega que la sentencia recurrida vulnera el artículo 24 de la Constitución al considerar la Sala de instancia que la CNC no incurrió en una infracción del derecho de defensa al haber denegado determinados medios de prueba.

En la demanda se denunciaba la vulneración del artículo 24 de la Constitución por la denegación de dos pruebas, una tendente a acreditar si en otros Estados miembros de la Unión Europea existía prácticas análogas a la tarifa sustitutoria y si tales conductas habían sido sancionadas; la segunda consistente en la elaboración de un informe de peritos economistas sobre la existencia de diferencias objetivas entre los usuarios que justificase una diferencia de trato.

En el fundamento tercero de la demanda la parte actora se refería a la denegación de ambas pruebas denegadas en vía administrativa, pero todo indica que consideraba más relevante la primera de las pruebas señaladas, pues fue ésta la que volvió a proponer como medio de prueba en el curso del proceso, no así la consistente en la elaboración de un informe de peritos economistas. Así las cosas, difícilmente cabe sostener que la denegación por la CNC de esa prueba de informe de peritos economistas haya generado indefensión en sentido material, pues se trata de un medio de prueba que la propia demandante se abstuvo de proponer en el curso del proceso, poniendo con ello de manifiesto que no lo consideraba necesario ni relevante para la defensa de sus planteamientos.

En cuanto a la denegación de la prueba con la que se pretendía recabar información acerca de si en otros Estados miembros de la Unión Europea existían prácticas análogas a la que se reprocha a la SGAE y si tales conductas habían sido sancionadas, asumimos y hacemos nuestras las razones que se exponen en el



fundamento cuarto de la sentencia recurrida, donde la Sala de instancia asume, a su vez, las razones que en su día dio la CNC para denegar dicho medio de prueba.

En efecto, compartimos lo razonado en el citado F.J. 4 de la sentencia recurrida, donde se reiteran y amplían las razones que ya expuso la Sala de instancia en su auto de 26 de noviembre de 2013 para justificar la denegación de la prueba. Se razona allí, en definitiva, que el hecho de que en otros Estados miembros de la Unión Europea existan, o no, prácticas comerciales parecidas a las llevadas a cabo por la SGAE resulta irrelevante para la resolución del litigio; y que sería irrelevante incluso si se acreditase que las autoridades de competencia de otros Estados miembros no han perseguido conductas equivalentes a las imputadas a la aquí recurrente, pues ese elemento comparativo no sería decisivo para dilucidar si la conducta que se examina tiene o no carácter anticompetitivo.

En consecuencia, el motivo segundo debe ser desestimado.

CUARTO.- En el motivo tercero se alega la infracción de los artículos 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y 102 TFUE, aduciendo la recurrente que la conducta investigada no tuvo carácter abusivo pues no se llevó a cabo una discriminación entre usuarios al existir entre éstos unas diferencias objetivas que justificaban la aplicación de condiciones diferentes. Añade que la tarifa sustitutoria no tiene carácter abusivo por ser una medida legítima para proteger los intereses de los autores, estando justificada y guardando proporción con el objetivo que persigue, aparte de que nunca ha sido aplicada.

En este motivo de casación la recurrente aborda el núcleo de la controversia de fondo y pretende, sencillamente, que valoremos la conducta de la SGAE de un modo distinto a como lo han hecho la resolución sancionadora de la CNC y la sentencia que la confirma.

Centrándonos en la sentencia recurrida, su F.J. 5 viene a recordar, en su último párrafo, que la SGAE es la única entidad que gestiona los derechos de los autores de obras musicales en el territorio español y que, por tanto, se configura como el único operador en España que, por cuenta de los autores, realiza los actos necesarios para que las salas de restauración y/o hostelería puedan hacer efectivo ese derecho. Por su parte, el F.J. 6 de la sentencia de instancia comienza señalando que el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 102 TFUE no prohíben la posición de dominio pero sí la utilización de dicha posición para imponer condiciones comerciales y obtener ventajas que no obtendría en el caso de una competencia practicable y suficientemente efectiva. A partir de ahí, de las consideraciones que hace la Sala de instancia en este F.J. 6 interesa destacar ahora los siguientes puntos:

- Por lo que se refiere a la aplicación de la Tarifa General entre los distintos actores del mercado de bailes/bodas, competidores entre sí, ha quedado acreditado que SGAE, amparado por su posición de dominio ha aplicado condiciones desiguales para prestaciones equivalentes a los distintos agentes. Así mientras que los miembros de las asociaciones, firmando contratos idénticos tenían derecho a bonificaciones del 20% sobre la Tarifa General, los empresarios individuales no tenían el acceso a asumir los compromisos que les dieran la posibilidad de tener dichas reducciones en el coste, porque ni siquiera conocían la posibilidad de acceder a las bonificaciones.

- Parte de las condiciones que dan lugar a la bonificación son obligaciones que también afectan a los empresarios que contratan al margen de las asociaciones y que están recogidas en ambos contratos. Y el resto de los supuestos que pueden dar lugar a la pérdida de la bonificación, como la domiciliación, o la obligación de pago, están también implícitas en las obligaciones de los contratos y puesto que los contratos así lo contemplan, hubiera sido posible para los empresarios individuales suscribir dichos compromisos y obtener los descuentos.

- Dice la SGAE que los convenios con las Asociaciones le permiten asegurarse de que los miembros van a cumplir determinadas condiciones que le producen eficiencias (domiciliación bancaria, estar al corriente del pago), pero dichos compromisos deben ser adoptados de forma individual por cada empresario firmante sin que la pertenencia a la asociación asegure su cumplimiento. Y si como dice la SGAE, dichos comportamientos suponen una eficiencia para ella, que valora en una determinada cuantía, debería haberle ofrecido esa posibilidad a todos los firmantes a fin de obtener esas eficiencias en un mayor número de casos.

- Si como dice la SGAE, la firma de los convenios con las asociaciones tiene ventajas que cuantifica en base a un informe de un experto que acompaña, según el cual los menores costes asociados a los firmantes acogidos a convenio frente a los que no lo están sería equivalente al 5,80% de la facturación anual de los firmantes sin convenio, podría justificar, como mucho, una bonificación a los firmantes del colectivo acogido a convenio del mismo orden de magnitud que los menores costes de la facturación anual que representa esa colectividad, pero en ningún caso una reducción de un 20%, no justificada, y mucho menos la exclusión total de los sin convenio a cualquier posibilidad de acceso a otras bonificaciones objetivas relacionadas con la



domiciliación o el pronto pago, ya que los descuentos por conceptos objetivos como éstos, no tienen por qué venir subordinados al hecho de ser asociado a la empresa.

- Tampoco existe justificación en la diferente estructura de descuentos entre las distintas asociaciones y la CEHAT y la vinculación en bloque de los criterios para la bonificación, que son indicadores de la actuación discriminatoria de la SGAE apoyada en una falta de transparencia en la aplicación de la Tarifa General entre los distintos colectivos. Y prueba evidente de la falta de equidad de la SGAE en el tratamiento entre los operadores, que no olvidemos compiten entre sí en precios, es que tras la instrucción de este expediente la SGAE ha establecido y publicado en la web, sin ningún problema, una estructura de descuentos aplicables a todos los operadores. Dichos descuentos son como máximo del 15%, cumpliendo todos los requisitos, quedando por tanto un 5% adicional accesible solo a los adheridos a un convenio y en función meramente de dicha pertenencia.

Por todo ello la Sala sentenciadora concluye que una diferencia de trato entre los clientes que suponga un 15% o 20% del coste, sin justificación objetiva, es suficientemente relevante para considerarla una discriminación y para colocar en desventaja a unos operadores frente a otros, que es justamente lo que prohíbe el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia .

Pues bien, siendo así que los elementos fácticos de la sentencia de instancia no pueden ser revisados en casación salvo en supuestos excepcionales que aquí no concurren, debemos tomar como dados los datos fácticos fijados en la sentencia recurrida. Y partiendo de esa premisa, lo cierto es que la recurrente no ha desvirtuado en casación las conclusiones que la Sala de instancia deriva de aquellos datos y que llevan a la sentencia recurrida a afirmar la existencia de una práctica anticompetitiva por parte de SGAE que se concreta en la imposición de unas condiciones comerciales discriminatorias y no equitativas.

Por lo demás, la conclusión alcanzada por la Sala de instancia resulta plenamente ajustada a la interpretación dada por esta Sala en sentencia 1796/2017 de 23, de noviembre de 2017 (casación 150/2016), en la que, después de examinar las cuestiones suscitadas en aquel caso, el F.J. 3º termina concluyendo: << (...) 2) *Constituye abuso o explotación de la posición de dominio prohibido por el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , en relación con lo dispuesto en el artículo 157 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, y el artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001 , relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, la actuación de una entidad gestora de derechos de propiedad intelectual objeto de protección consistente en diseñar y aplicar una estrategia de fijación de tarifas inequitativas y excesivas a los usuarios por la prestación de los servicios de comunicación pública de obras o grabaciones audiovisuales aunque ulteriormente en su aplicación, como acontece en el proceso enjuiciado en este recurso de casación, puedan ser objeto de reducción a través de un proceso negociador, del que resulta un tratamiento desigual y discriminatorio*>> .

QUINTO.- En el motivo cuarto se alega la infracción del artículo 157 del Real Decreto-Legislativo 1/1996, de 12 de abril , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, que prevé la aplicación de tarifas distintas a distintos agentes de gestión.

El motivo así planteado carece de consistencia pues la sentencia recurrida no excluye de una manera absoluta la posible aplicación de descuentos o diferencias tarifarias. Lo que la sentencia recurrida considera ilícito es que se establezca una diferencia de trato entre los clientes que resulta significativa -supone un 15% o 20% del coste- y sin justificación objetiva.

SEXTO.- Por último, en el motivo de casación quinto se alega la infracción de los artículos 63 y 64 de la Ley de Defensa de la Competencia , aduciendo la recurrente que, aún en el caso de que la conducta de la SGAE constituyese una infracción, no debería de haberse impuesto una multa o, de haberse impuesto, ésta debería haber sido meramente simbólica, pues no se ha tenido en cuenta el volumen de facturación real de la SGAE y que la SGAE actuaba de buena fe; y, en todo caso, que concurren circunstancias atenuantes, no dándose los requisitos para aplicar la agravante de reincidencia.

El motivo de casación así plantado ha quedado en buena medida privado de objeto pues la sanción económica que impuso la CNC (multa de 1.766.744 €) quedó sin efecto precisamente en virtud de la sentencia aquí recurrida, que, como vimos, en su parte dispositiva ordena a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que realice un nuevo cálculo de la multa de acuerdo con los parámetros establecidos en el F.J. 8 de la propia sentencia. Y, recordémoslo, en el citado fundamento jurídico octavo de la sentencia la Sala de instancia transcribe literalmente lo razonado en sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (recurso de casación nº 2872/2013) acerca de la graduación y cuantificación de las multas en materia de defensa de la competencia.



Por lo demás, los criterios de cuantificación de multas que se indican en la citada sentencia de esta Sala de 29 de enero de 2015 (recurso de casación nº 2872/2013), y que la sentencia recurrida reproduce, no se ven alterados por la STJUE de 14 de septiembre de 2017 (asunto C-177/16), sobre cuya posible incidencia en la resolución del presente recurso se dio a las partes un trámite de alegaciones (vid. antecedentes sexto y séptimo). Y ello porque, frente al criterio de cuantificación propugnado por la entidad aquí recurrente, el apartado 4/ de la parte dispositiva de la sentencia del Tribunal de Justicia señala: << (...) 4) 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 derechos 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>> .

En fin, la recurrente no ha demostrado que la Sala de instancia haya incurrido en error al considerar ajustada a derecho la agravante de reincidencia que apreció la CNC en su resolución, pues la sentencia indica que la recurrente fue anteriormente sancionada en el expediente 511/01 y tal dato no ha sido desvirtuado en casación pues, aunque la recurrente alega que las conductas examinadas en uno y otro expediente son distintas, consideramos que las diferencias que la recurrente pretende establecer son accidentales y no afectan a la coincidencia sustancial que da motivo para la apreciación de reincidencia. Y en cuanto a la atenuante que se pretende, compartimos el parecer de la Sala de instancia cuando señala que no procede aplicar la atenuante cuando la modificación de la conducta de la SGAE no surge espontáneamente sino a raíz de la incoación del procedimiento sancionador.

SÉPTIMO.- Por las razones expuestas en los apartados anteriores procede que declaremos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE).

Ello comporta que deben imponerse las costas derivadas del recurso de casación a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ahora bien, atendiendo a la índole del asunto y la actividad desplegada por las partes recurridas -Administración del Estado y Complejo Hostalero San Cucao, S.L.- procede limitar la cuantía de la condena en costas a la cifra de tres mil euros (3.000 €) respecto de cada una de dichas partes -seis mil euros (6.000 €) en total- por todos los conceptos.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

No ha lugar al recurso de casación nº 271/2016 interpuesto en representación de la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de diciembre de 2015 (recurso contencioso-administrativo nº 452/2012), con imposición de las costas del recurso de casación a la recurrente en los términos señalados en el fundamento jurídico séptimo.

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

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas

Diego Cordoba Castroverde Mª Isabel Perelló Doménech

Angel Ramon Arozamena Laso Fernando Roman Garcia

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico