

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA**Expte. VS/0460/13, SGAE-CONCIERTOS****CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA****Presidente**

D. José María Marín Quemada

ConsejerosD^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep María Guinart Solà

D^a Clotilde de la Higuera GonzálezD^a. María Pilar Canedo Arrillaga**Secretario del Consejo**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 04 de junio de 2020

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución, cuyo objeto es la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de febrero de 2018 (recurso 23/2015), declarada firme mediante sentencia desestimatoria del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2019 (recurso 2454/2018), por la que se estima parcialmente el recurso 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 de 6 de noviembre de 2014 (expediente S/0460/13, SGAE-CONCIERTOS).

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por resolución de 6 de noviembre de 2014, el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC), en el expediente S/0460/13, SGAE-CONCIERTOS, acordó:

“PRIMERO. - Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la comisión de una infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Quinto, de la que es responsable la Sociedad General de Autores de España, SGAE.

SEGUNDO. - Imponer a la SGAE por dicha infracción una sanción pecuniaria por importe de **3.103.196 €**.

TERCERO. - Intimar a la SGAE para que cese en la conducta en el plazo de tres meses contados desde la notificación de esta Resolución y, en lo sucesivo,

se abstenga de cometer prácticas como las sancionadas u otras análogas, que puedan obstaculizar la competencia.

CUARTO. - *Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución”.*

2. Con fecha 13 de noviembre de 2014 le fue notificada a SGAE la citada resolución (folio 143) contra la que interpuso recurso contencioso administrativo ordinario (recurso 23/2015).
3. Con fecha 19 de diciembre de 2014 SGAE procedió a realizar el pago de la sanción impuesta en la resolución de 6 de noviembre de 2014 por importe de 3.103.196 euros (folio 221).
4. Mediante sentencia de 7 de febrero de 2018 (recurso 23/2015), la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó en parte el recurso interpuesto por SGAE contra la resolución de 6 de noviembre de 2014, ordenando a la CNMC a realizar un nuevo cálculo de la multa en atención a los criterios legales de graduación debidamente motivados, con aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007. Contra dicha sentencia, SGAE interpuso recurso de casación (recurso 2454/2018).
5. Mediante sentencia de 11 de abril de 2019, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación 2454/2018 interpuesto por SGAE. Esta Comisión recibió el 14 de junio de 2019 testimonio de la sentencia de desestimación de SGAE.
6. Con fecha 16 de enero de 2020, la Secretaria General de la CNMC ha solicitado a la Delegación de Economía y Hacienda, la devolución de la cantidad pagada por SGAE.
7. Con fecha 28 de enero de 2014, la Dirección de Competencia de la CNMC acordó requerir a SGAE la siguiente información:
 - 1) *Volumen de negocios total de SGAE antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados, en el año 2013.*
 - 2) *Volumen de ingresos procedentes de la concesión de licencias para la comunicación pública de obras musicales en conciertos celebrados en España de los años 2002 y 2013, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados.*
8. Con fecha 21 de febrero de 2014, SGAE presentó escrito de contestación a la anterior solicitud señalando que su volumen de negocios total en el año 2013 ascendió a 259.771.723 euros (folio 4733). Asimismo, aportó las cifras de volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción.

9. La Sala de Competencia aprobó esta resolución en su sesión del día 04 de junio de 2020.

II. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO. - Habilitación competencial

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

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

SEGUNDO. Sobre la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional

Según establece el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Administración que hubiera realizado la actividad objeto del recurso deberá llevar a puro y debido efecto las sentencias firmes, practicando lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

Como se ha dicho, la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 6 de noviembre de 2014 acordó imponer a SGAE una multa de 3.103.196 euros por una infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). La infracción consistió en un abuso de posición de dominio por la aplicación de tarifas inequitativas y excesivas en las licencias concedidas para la comunicación pública de las obras musicales protegidas por derechos de autor en conciertos celebrados en España. Contra ella SGAE interpuso recurso contencioso administrativo (recurso 23/2015).

También se ha recordado que el recurso interpuesto fue estimado parcialmente por la Audiencia Nacional en su sentencia de 7 de febrero de 2018, posteriormente confirmada en casación por sentencia desestimatoria del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2019 (recurso 2454/2018). La sentencia anula la multa impuesta en la resolución de 6 de noviembre de 2014 y ordena a la CNMC cuantificar de nuevo la sanción pecuniaria conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en los términos fijados por la doctrina iniciada con la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015.

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción

3.1. Hechos probados y determinación de la sanción en la resolución de 6 de noviembre de 2014

Para la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional, confirmada mediante sentencia del Tribunal Supremo, y la determinación de la nueva multa correspondiente a SGAE, es necesario partir de los hechos acreditados que se le imputan a esta empresa en la resolución de 6 de noviembre de 2014, y que han sido corroborados por los Tribunales.

En este contexto, y sin perjuicio de hacer íntegra remisión a los hechos probados y fundamentación jurídica de la resolución (confirmada por la sentencia que ahora se ejecuta), cabe señalar que, de acuerdo con el Dispositivo Segundo de la resolución y con sus Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto, SGAE ha incurrido en una infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), consistente en un abuso de posición de dominio en el mercado por la aplicación de tarifas inequitativas y excesivas desde al menos el año 2002 hasta la fecha de resolución, 6 de noviembre de 2014.

La sentencia que ahora se ejecuta obliga a reconsiderar el proceso de determinación de la sanción.

La resolución de 6 de noviembre de 2014 sancionó a SGAE y determinó las correspondientes multas sobre la base de los criterios siguientes:

- **Importe básico de la sanción:** el importe determinado en la sanción original fue de 3.103.196 euros, que se obtenía aplicando un porcentaje del 5% sobre el volumen de ventas en el mercado afectado durante la infracción con las ponderaciones temporales que estipulaba la Comunicación de multas.
- **Atenuantes o agravantes:** no existían.
- **Límite del 10%:** el importe básico de la sanción no superaba el 10% del volumen total de negocios de SGAE en 2013.

Entidad infractora	Volumen de negocios en el mercado afectado (ponderado por antigüedad de la infracción)	Porcentaje aplicado (%)	Importe básico de la sanción (€)	Límite del 10% del volumen de negocios total (€)	Multa impuesta (€)
SGAE	62.063.928	5%	3.103.196	25.977.172	3.103.196

3.2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo

De acuerdo con los razonamientos jurídicos de la sentencia de la Audiencia Nacional, firme, que aquí se ejecuta, la determinación de la sanción deberá adecuarse a la doctrina iniciada por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015¹. Respecto de dicha doctrina, cabe destacar, con carácter general, los siguientes aspectos:

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

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

3.3. Criterios para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditados.

La infracción de la que es responsable SGAE, en virtud de la resolución de 6 de noviembre de 2014 es una infracción muy grave (art. 62.4.b LDC) y, por tanto, susceptible de ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c LDC), esto es 2013.

¹ También, en idéntico sentido, las sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013), entre otras.

Las conductas abusivas por parte de la SGAE han sido la aplicación de unas tarifas inequitativas y excesivas en las licencias concedidas para la comunicación pública de las obras musicales protegidas por derechos de autor en conciertos celebrados en España.

Tal como afirma la resolución en su fundamento jurídico sexto: *“Una vez corroborado el carácter abusivo de la conducta y considerando además tanto la DC como esta Sala que el comportamiento de la SGAE es ciertamente revelador de dicha intencionalidad subjetiva de la entidad de gestión, se concluye que ésta es responsable de una infracción muy grave, conforme a lo previsto en el artículo 62.4.b) de la LDC.”*

Según los datos recabados, el VNT de SGAE en el año 2013 fue de 259.771.723 euros (folio 4733 del expediente S/0460/13).

Teniéndose en consideración los datos anteriores, el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la resolución de 6 de noviembre de 2016, siguiendo los criterios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El mercado afectado era el mercado nacional de las autorizaciones y la correspondiente remuneración derivada del derecho de comunicación pública de obras musicales en conciertos celebrados en España (art. 64.1.a).

La cuota de SGAE en el mercado relevante era de un 100%, ya que la infractora era la única entidad de gestión autorizada en el territorio español (art. 64.1.b).

Las conductas han tenido lugar desde el año 2002 hasta, al menos, la fecha de la resolución sancionadora (2014) (art. 64.1.d).

En cuanto a los efectos sobre usuarios y otros competidores, se trata de un abuso al aplicar una tarifa excesiva e inequitativa a los promotores musicales de conciertos que se ha mantenido a lo largo de los años (art. 64.1.e).

La dimensión del mercado afectado viene determinada por el volumen de negocios en ese mercado durante la infracción. Con fecha 21 de febrero de 2012, la SGAE aportó las cifras del volumen de negocios en el mercado afectado, que son los ingresos procedentes de la concesión de licencias para la comunicación pública de obras musicales en conciertos celebrados en España entre los años 2002 y 2013, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados², y que ascendió a 248.756.889 euros (art. 64.1.a).

La sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de febrero de 2018 (recurso 23/2015) ha rechazado la pretensión de la infractora de incluir en el mercado afectado únicamente

² Folio 4733 del expediente sancionador.

las cantidades que SGAE ingresa en concepto de descuento de administración, sin computar las cantidades que corresponden a los autores:

“Por lo demás, debe rechazarse la alegación de falta de proporcionalidad de la sanción que sustenta la SGAE, con cita de los artículos 63 y 64 de la LDC y 31 de la Ley 30/1992, en que su volumen de negocio a efectos del cálculo de la multa debe tomar en consideración las cantidades que ingresa en concepto de descuento de administración, y no computar las cantidades que corresponden a los autores.

Esta cuestión ha sido abordada y resuelta en la ya mencionada sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2017, asunto C-177/16, AKKA-LAA acerca de cuya virtualidad en el presente asunto se ha dado audiencia a las partes, que presentaron las alegaciones que obran en autos.

Pues bien, concluye la sentencia lo siguiente:

*“En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:
(...)*

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”.

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.”

Siguiendo la precitada doctrina del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado, duración de la conducta, no concurrencia de atenuantes o agravantes– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta infractora. Sobre tales premisas, el tipo sancionador que corresponde aplicar a SGAE de acuerdo con la gravedad y circunstancias de la conducta es de un

6,0% de su volumen de negocios total correspondiente al ejercicio 2013, lo que se traduciría en una multa de 15.586.303 euros.

Ahora bien, el Tribunal Supremo insiste en la necesaria proporcionalidad que debe guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, y para ello es preciso determinar *“la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados”*.

De hecho, aunque un tipo sancionador sea proporcionado a la gravedad y características de la infracción cometida, la aplicación de ese porcentaje al volumen de negocios total de la empresa podría conducir a una sanción en euros que no respetara la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva. Para realizar esta última comprobación de proporcionalidad es necesario realizar una estimación, bajo supuestos muy prudentes, del beneficio ilícito potencial que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta, y aplicarle un factor incremental de disuasión³.

En el caso de esta resolución, el valor de referencia de proporcionalidad estimado para SGAE es de 10.550.000 euros, y, por tanto, inferior a la sanción en euros que se derivaría del tipo sancionador total que se le ha impuesto (como se ha dicho, la correspondiente multa sería de 15.586.303 euros). Por ello, es necesario ajustar la sanción propuesta para asegurar su proporcionalidad con la efectiva dimensión de la infracción, y procede reducir el importe de la sanción de SGAE hasta ese límite de proporcionalidad estimado de 10.550.000 euros.

No obstante, la sanción que le correspondería es superior a la originalmente impuesta, por lo que, en aplicación del principio de prohibición de *reformatio in peius*, debe imponerse la sanción original, que ascendió a 3.103.196 euros.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC

HA RESUELTO

ÚNICO. - Imponer, en ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de febrero de 2018 (recurso 23/2015), firme mediante sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2019 (recurso 2454/2018) y en sustitución de la impuesta en la resolución de 6 de noviembre de 2014 dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (expte. S/0460/13, SGAE-CONCIERTOS), una multa por importe de 3.103.196 euros a la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE).

Comuníquese esta resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a las partes interesadas haciéndoles saber que la misma ha sido dictada

³ Los supuestos que se han asumido se basan en datos de las propias empresas infractoras o en los ratios de empresas no financieras publicados por el Banco de España (base RSE).

en ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que contra ella pueden promover incidente de ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 109 de la citada Ley 29/1998, de 13 de julio, sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso contencioso administrativo ordinario, en el plazo de dos meses desde el día siguiente al de notificación de la resolución.