

## RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Expte. VS/0220/10, SGAE

### CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

#### Presidente

D. José María Marín Quemada

#### Consejeros

D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar

D. Josep María Guinart Solà

D<sup>a</sup> Clotilde de la Higuera González

D<sup>a</sup>. María Pilar Canedo Arrillaga

#### Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Barcelona, a 23 de mayo de 2019

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 en el expediente VS/0220/10, SGAE, cuyo objeto es la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de diciembre de 2015 (recurso 452/2012), firme mediante sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2018 (recurso 271/2016), por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) en relación con la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 3 de julio de 2012 (expediente S/0220/10, SGAE).

### I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por resolución de 3 de julio de 2012, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), en el expediente S/0220/10, SGAE, 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 de la que es responsable la Sociedad General de Autores de España, SGAE.*

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

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

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

2. Con fecha 4 de julio de 2012 fue notificada a SGAE la citada resolución (folio 102) contra la que interpuso recurso contencioso administrativo ordinario (recurso 452/2012). Asimismo, SGAE solicitó la suspensión de la obligación del pago de la multa incluida en la resolución de 3 de julio de 2012, que fue concedida mediante auto de 22 de octubre de 2012, y declarada suficiente el 7 de febrero de 2013.
3. Mediante sentencia de 21 de diciembre de 2015 (recurso 452/2012), la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó en parte el recurso interpuesto por SGAE contra la resolución de 3 de julio de 2012, ordenando a la CNMC realizar un nuevo cálculo de la multa. Contra dicha sentencia, SGAE interpuso recurso de casación (271/2016). Mediante sentencia de 11 de junio de 2018 el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación.

Esta Comisión recibió el 1 de agosto de 2018 testimonio de la sentencia del Tribunal Supremo.

4. Con fecha 31 de mayo de 2012, el Consejo de la CNC acordó requerir a SGAE información acerca de la recaudación total obtenida por la SGAE de los derechos que gestiona en España, en el año 2011, así como la recaudación total obtenida por la SGAE en el año 2011, 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*”.
5. Con fecha 15 de junio de 2012, SGAE presentó escrito de contestación a la anterior solicitud señalando que dicha recaudación total obtenida en el año 2011 ascendió a 288.228.672 euros (folio 1371 S/0220/10).
6. La Sala de Competencia aprobó esta resolución en su sesión del día 23 de mayo de 2019.

## 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, compete a la CNMC *“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 dictar esta resolución 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.

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la resolución de la CNC de 3 de julio de 2012 impuso a SGAE una multa de 1.766.744 euros por abuso de posición de dominio. Contra ella SGAE interpuso recurso contencioso administrativo (recurso 452/2012).

El recurso interpuesto fue estimado parcialmente por la Audiencia Nacional en su sentencia de 21 de diciembre de 2015 (firme por sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2018 en la que se desestima el recurso de casación interpuesto por SGAE), anulando la multa impuesta en la resolución de 3 de julio de 2012 y ordenando a la CNMC a 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.

En concreto, en el fundamento jurídico octavo, la Audiencia Nacional ordena que *“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.”*

## TERCERO. Sobre la determinación de la sanción

### 3.1. Hechos probados y determinación de la sanción en la resolución de 3 de julio de 2012

Para la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional y la determinación de la nueva multa correspondiente a SGAE es necesario partir de los hechos acreditados que se imputan a esta entidad en la resolución de 3 de julio de 2012 y que han sido confirmados por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.

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 en los fundamentos de derecho cuarto y quinto de la misma, 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 descuentos de forma discriminatoria y no transparente, que se extendió desde el año 2002 hasta la fecha de la resolución sancionadora, vinculados a condiciones en bloque, y por la introducción desde el año 2009 de una denominada tarifa sustitutoria que supone la imposición de unas condiciones inequitativas y discriminatorias.

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

La resolución de 3 de julio de 2012 sancionó a SGAE y determinó la multa sobre la base de los criterios siguientes:

- Importe básico de la sanción (IBS): el importe determinado en la sanción original fue de 1.560.779 euros, que equivalía a un 12,2% sobre el volumen de ventas afectado con las ponderaciones por razón de duración que contemplaba la Comunicación de multas.
- Atenuantes o agravantes: se aplicó un agravante del 15% solo en el período que va desde el 15 de julio de 2006 hasta finales de 2011, puesto que con fecha 25 de enero de 2002 el Tribunal de Defensa de la Competencia sancionó a la SGAE por un abuso de posición dominante consistente en el cobro de tarifas distintas por la gestión de los derechos de propiedad intelectual a los propietarios de los mismos, en función de su pertenencia o no a una asociación (expediente 511/01 Vale Music/SGAE).
- Límite del 10%: la multa así calculada no superaba el 10% del volumen total de negocios de SGAE en 2011.

La determinación de la multa en la Resolución de la CNC se resume en la siguiente tabla:

Entidad infractora	Volumen de negocios en el mercado afectado (ponderado por antigüedad de la infracción)	Porcentaje aplicado (%)	Importe básico de la sanción (€)	Incremento de la multa por agravante (€)	Límite del 10% del volumen de negocios total (€)	Multa Impuesta (€)
SGAE	12.778.551	12,2%	1.560.779	205.965	28.822.867	1.766.744

### 3.2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo

De acuerdo con los razonamientos jurídicos de la sentencia de la Audiencia Nacional 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 2015. 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 la empresa infractora 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 que acredita la resolución de 3 de julio de 2012 (y que ha confirmado la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo), de la que es responsable SGAE, es una infracción muy grave (art. 62.4.b) y, por tanto, podrá 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), esto es, 2011.

El volumen de negocios total de SGAE en el año 2011, según la información aportada por la SGAE el 12 de junio de 2012, fue de 288.228.672 euros (folio 1371 S/0220/10).

Sobre estas premisas, el porcentaje a aplicar a ese volumen de negocios total debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con los hechos acreditados en la Resolución de 3 de julio de 2012, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo referida en el apartado anterior.

El mercado afectado es el mercado nacional de autorizaciones y remuneración por el 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 (art. 64.1.a).

Las conductas han tenido lugar desde el año 2002 hasta, al menos, la fecha de la resolución sancionadora (2012), salvo en el caso de la tarifa sustitutoria, que se inició en 2009 (art. 64.1.d).

La dimensión del mercado afectado viene determinada por el volumen de negocios en ese mercado durante la infracción. Con fecha 5 de julio de 2011 la SGAE aportó las cifras del volumen de negocios del mercado afectado mercado, es decir, los datos de recaudación por el derecho de comunicación pública 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, para cada uno de los años comprendidos entre 2000 y 2010 (folio 844 S/0220/10). Posteriormente, con fecha 12 de junio de 2012, la SGAE aportó la recaudación obtenida en el mismo mercado afectado en el año 2011 (folio 1375 S/0220/10). El volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción (VNMA) ascendió a 46.374.351 euros (art. 64.1.a).

Hay que tener en cuenta que la SGAE disponía durante la infracción de una cuota de mercado muy elevada en el mercado afectado. Además, se trata de una infracción del artículo 102 del TFUE por su posible afectación al comercio intracomunitario (art. 64.1.c).

Asimismo, hay que tener en cuenta que debe aplicarse la circunstancia agravante de reiteración de la conducta (art. 64.2.a), sin que proceda aplicar atenuante alguna, tal y como ha sido confirmado por la sentencia de la Audiencia Nacional.

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 y dimensión del mercado afectado, duración de la conducta, el agravante por reincidencia, y la no concurrencia de atenuantes– 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 2011.

Ahora bien, el Tribunal Supremo insiste en la necesaria proporcionalidad que debe guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, y para ello es preciso concretar *“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 disuasión<sup>1</sup>.

En el caso de esta resolución, la referencia de proporcionalidad estimada para SGAE es de 3.470.000 euros, y por tanto significativamente inferior a la sanción en euros que se deriva de aplicar el tipo sancionador total que le correspondería al volumen de negocios total de SGAE en 2011. 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 3.470.000 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 ascendía a 1.766.744 euros.

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

### HA RESUELTO

**ÚNICO.** – Imponer a la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) en ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de diciembre de 2015 (recurso 452/2012), firme por sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2018 (recurso 271/2016), y en sustitución de la impuesta en la resolución de 3 de julio de 2012 del

---

<sup>1</sup> Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Los supuestos que se han asumido se basan en datos de las propias empresas infractoras o en los ratios de empresas no financieras publicados por el Banco de España (base RSE).

Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (expte. S/0220/10 SGAE), una multa por importe de 1.766.744 euros.

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 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, de acuerdo con lo resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.