

ACUERDO DE NO INCOACIÓN Y ARCHIVO DE LAS ACTUACIONES

TARIFAS PROPIEDAD INTELECTUAL ATRESMEDIA / MEDIASET

S/0017/20

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D^a. María Jesús Martín Martínez

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 22 de noviembre de 2023

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) con la composición expresada, ha dictado el siguiente acuerdo en relación con las actuaciones tramitadas por la Dirección de Competencia (**DC**) a raíz de una denuncia contra ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A. (**ATRESMEDIA**) y MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. (**MEDIASET**), por supuestas conductas prohibidas por los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**) y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (**TFUE**), artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE y/o, subsidiariamente, artículo 3 de la LDC.

TABLA DE CONTENIDO

1. ANTECEDENTES	3
2. LAS PARTES.....	4
2.1. Denunciante	4
SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE)	4
2.2. Denunciadas	5
2.2.1. ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A. (ATRESMEDIA)	5
2.2.2. MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. (MEDIASET)	5
3. MARCO NORMATIVO Y MERCADOS RELACIONADOS CON LAS CONDUCTAS DENUNCIADAS.....	6
3.1. Marco normativo.....	6
3.2 Mercados.....	8
3.2.1. Mercado de televisión en abierto y mercado de publicidad en televisión	8
3.2.1.1. Mercado de producto	8
3.2.1.2. Mercado geográfico	9
3.2.2. Mercado de gestión de los derechos de reproducción y comunicación pública correspondientes a autores y editores de contenidos musicales que se emplean en la emisión de espacios televisivos	10
3.2.2.1 Mercado de producto	10
3.2.2.2 Mercado geográfico	12
4. HECHOS DENUNCIADOS	13
5. FUNDAMENTOS DE DERECHO.....	19
5.1. Competencia para Resolver.....	19
5.2. Objeto de la resolución y propuesta del órgano instructor.....	19
5.3. Valoración de la Sala de Competencia.....	19
5.3.1. Posible aplicación de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE	20
5.3.1.1. Principios	20
5.3.1.2. Aplicación al caso	21
5.3.2. Posible aplicación de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE	25
5.3.2.1. Principios relativos a la existencia de una posición de dominio	26
5.3.2.2. Aplicación al caso de los principios relativos a la existencia de una posición de dominio	27
5.3.2.3. Principios relativos al abuso de posición de dominio	30
5.3.2.4. Aplicación al caso de los principios relativos al abuso de posición de dominio	31
5.3.3. Posible aplicación del artículo 3 de la LDC	34
5.3.3.1 Principios	34
5.3.3.2. Aplicación al caso.	35
6. ACUERDA	37

1. ANTECEDENTES

- (1) El 7 de julio de 2020, tuvo entrada en la CNMC escrito de denuncia de la Sociedad General de Autores y Editores (**SGAE**) contra ATRESMEDIA y MEDIASET por supuestas prácticas restrictivas de la competencia¹. El escrito se acompaña de extensa información complementaria, esencialmente consistente en acuerdos entre la SGAE y las denunciadas, así como correspondencia entre la SGAE y cada una de las denunciadas, en concepto de pruebas de la supuesta comisión de la infracción².
- (2) Las conductas denunciadas se enmarcan en el contexto de contratos celebrados entre la SGAE (como entidad de gestión colectiva que representa no sólo al colectivo de los autores, sino también a los editores³) y operadores de televisión en abierto que cuentan con sus propios servicios de edición de contenidos musicales.
- (3) El objeto fundamental de la denuncia es el presunto intento concertado de ATRESMEDIA y MEDIASET de imponer a la SGAE la aplicación de tarifas específicas distintas y más favorables que las aplicables a otros operadores de televisión por la explotación de los derechos de propiedad intelectual sobre contenidos musicales, con infracción de la normativa de propiedad intelectual, conduciendo el comportamiento de estas entidades a la expulsión del mercado de las empresas que realizan una verdadera actividad de edición musical, siempre según la denuncia.
- (4) Teniendo en cuenta lo anterior, y con el objeto de determinar si tales conductas podrían ser constitutivas, tal como denunciaba la SGAE, al menos a título indiciario, de una infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 TFUE, artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE y/o, subsidiariamente, del artículo 3 de la LDC, que pudiesen justificar, en su caso, la incoación de un expediente sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, la DC acordó realizar una información reservada bajo la referencia S/0017/20.
- (5) El 3 de febrero de 2021, la SGAE amplió su denuncia⁴ aportando documentación anexa, consistente en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil (núm. 13) de

¹ Folios 968 a 1001 en la versión censurada remitida posteriormente a requerimiento de la DC.

² Folios 41 a 141 y folios 142 a 211, este último rango correspondientes a documentación confidencial.

³ SGAE gestiona derechos o categorías de derechos de propiedad intelectual sobre obras musicales encomendados a la entidad por sus compositores, autores de las partes literarias, editores y derechohabientes.

⁴ Folios 217-218.

Madrid, de 11 de enero de 2021, que estima íntegramente una demanda de reclamación de cantidad de la SGAE frente a MEDIASET⁵.

- (6) El 26 de febrero de 2021, conforme a lo previsto en el artículo 39.1 de la LDC, la DC remitió tres requerimientos de información a la SGAE, MEDIASET y ATRESMEDIA que fueron contestados respectivamente entre finales de marzo y principios de abril de 2021⁶.
- (7) El 21 de febrero de 2022, la SGAE remitió un nuevo escrito de información complementaria en relación con su denuncia, concretamente información relacionada con la remisión de dos cartas por parte de ATRESMEDIA y MEDIASET los días 4 y 7 de febrero de 2022, en las que las empresas denunciadas anunciaron la retirada parcial de su encomienda de gestión a la SGAE sobre los derechos exclusivos de las editoriales musicales de ambos grupos audiovisuales en el territorio español⁷.

2. LAS PARTES

2.1. Denunciante

SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE)

- (8) La SGAE es una entidad privada dedicada a la defensa y gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual de un número muy elevado de socios (incluyendo autores, editores y herederos), y que administra millones de obras musicales, dramáticas, coreográficas y audiovisuales en su repertorio, habiendo iniciado su actividad en 1899.
- (9) Aunque creada en 1899 y con actividad a lo largo de todo el siglo XX, la SGAE actualmente actúa como entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual en aplicación del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (**TRLPI**) en virtud de Orden autorizatoria del Ministerio de Cultura de 1 de junio de 1988 (B.O.E. nº 134, de 4 de junio de 1988).
- (10) Dentro del colectivo de los creadores socios de SGAE, la entidad de gestión refleja en su página web⁸ que de ellos 99.369 son músicos de todos los géneros

⁵ Folios 219-231.

⁶ Folios 263-269 y siguientes (contestación de SGAE), folios 1070-1081 y siguientes (MEDIASET) y folios 1170-1172 y siguientes (ATRESMEDIA).

⁷ Folios 1793 -1828.

⁸ Información obtenida en la página web de SGAE en mayo de 2022, <https://www.sgae.es/es-ES/SitePages/corp-modelo.aspx>

y estilos, 11.143 son autores de obras audiovisuales (argumentistas, guionistas y directores) y 9.635 son dramaturgos y coreógrafos.

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

2.2. Denunciadas

2.2.1. ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A. (ATRESMEDIA)

- (12) ATRESMEDIA, sociedad resultante de la adquisición por parte del Grupo Antena 3 de la Gestora de Inversiones Audiovisuales La Sexta, es la cabecera de uno de los principales grupos de medios de comunicación de España. Opera especialmente en los mercados de televisión en abierto y radio comercial, publicidad televisiva y publicidad radiofónica.
- (13) Música Aparte, S.A.U., antes Antena 3 Editorial, S.A. (**Música Aparte**), es la entidad editora musical del Grupo Atresmedia, participada al 100% por ATRESMEDIA. Fue creada en junio de 1990.
- (14) ATRESMEDIA es, por tanto, simultáneamente usuario del repertorio musical y audiovisual de la SGAE y titular, a través de Música Aparte, de derechos gestionados por la SGAE, aunque consta en el expediente⁹ que ATRESMEDIA ha comunicado a SGAE la retirada parcial de la encomienda de gestión sobre ciertos derechos a partir del 1 de enero de 2023.

2.2.2. MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. (MEDIASET)

- (15) MEDIASET, sociedad resultante de la adquisición por parte GESTEVISIÓN TELECINCO S.A del 100% del capital de CUATRO, S.L. MEDIASET, es otro grupo de comunicación cuya actividad se centra, esencialmente, en la producción y exhibición de contenidos televisivos, y es también uno de los principales oferentes de publicidad televisiva en España.
- (16) Explota canales de televisión en abierto que se difunden mediante la plataforma de televisión digital terrestre, así como a través de plataformas de televisión de pago, ofreciendo también televisión en internet.

⁹ Folios 1803-1806.

- (17) MEDIASET es un operador audiovisual que, para configurar su programación, produce sus propios contenidos audiovisuales y musicales o bien los adquiere de terceros. En este sentido, cuenta entre otros recursos con sus propias editoras de contenidos musicales, que son Grupo Editorial Tele 5 SA (**GET5**) y Producción y Distribución De Contenidos Audiovisuales Mediterráneo SL, anteriormente denominada Sogecable Editorial SL (**SE**), siendo la actividad de SE residual a día de hoy.
- (18) MEDIASET es, al igual que ATRESMEDIA, a la vez usuario del repertorio musical y audiovisual de la SGAE y titular de derechos gestionados por la SGAE, aunque consta en el expediente que MEDIASET ha comunicado a la SGAE la retirada parcial de la encomienda de gestión sobre ciertos derechos¹⁰ a partir del 31 de diciembre de 2022.

3. MARCO NORMATIVO Y MERCADOS RELACIONADOS CON LAS CONDUCTAS DENUNCIADAS

3.1. Marco normativo

- (19) Las conductas objeto del presente expediente están relacionadas con la gestión de los derechos de reproducción¹¹ y comunicación pública¹² correspondientes a autores y editores de contenidos musicales que se emplean en la emisión de espacios televisivos en España.
- (20) Dado el extenso análisis realizado por la autoridad de competencia española en distintos expedientes sancionadores sobre este sector¹³, a continuación, se realiza una referencia somera al marco jurídico de los derechos de propiedad intelectual, especialmente a los aspectos directamente relacionados con las conductas que se analizan.

¹⁰ Folios 1801-1802.

¹¹ Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias (artículo 18 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, TRLPI, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril).

¹² El derecho de comunicación pública se define en el artículo 20.1 del TRLPI como *“todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”*, añadiéndose que *“no se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo”*.

¹³ Por citar sólo las resoluciones adoptadas por la CNMC, Resolución de 6 de noviembre de 2014 (S/0460/13, SGAE Conciertos), de 9 de julio de 2015 (S/0466/13, SGAE Autores), de 26 de noviembre de 2015 (S/05000/13 AGEDI/AIE RADIO), de 30 de mayo de 2019 (S/DC/0590/16 DAMA/SGAE).

- (21) En España los derechos de autor se regulan en el TRLPI. Esta norma ha sido modificada en muy diversas ocasiones, la mayoría para la transposición de distintas Directivas europeas.
- (22) Corresponde a los autores (editores o derechohabientes) el ejercicio exclusivo de los derechos de reproducción y comunicación pública (artículo 17 del TRLPI). Estos derechos sobre obras musicales de autores y editores no son de gestión colectiva obligatoria, salvo que se trate del derecho del autor a autorizar la retransmisión por cable de su obra¹⁴ (en el presente caso, una composición musical), por lo que sus titulares pueden optar entre gestionarlos individualmente o encomendar su representación y el ejercicio de sus derechos a una entidad de gestión colectiva.
- (23) Las entidades de gestión colectiva tienen como principal objetivo la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual (artículo 147 del TRLPI). Una vez autorizadas por el Ministerio de Cultura, están legitimadas para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales¹⁵. Además de gestionar los derechos de gestión colectiva obligatoria, las entidades de gestión colectiva, en la mayoría de los casos, también se encargan de la gestión de derechos de gestión colectiva voluntaria.
- (24) Respecto de sus asociados (los titulares de derechos gestionados), las entidades de gestión colectiva (como la denunciante) tienen una serie de obligaciones establecidas por la Ley, entre las que destacan, a los efectos del presente asunto, aceptar la administración de los derechos de autor y otros derechos de propiedad intelectual que les sean encomendados de acuerdo con su objeto o fines (artículo 156 del TRLPI) y efectuar un reparto equitativo de los derechos recaudados entre los titulares de las obras o producciones utilizadas, con arreglo a un sistema predeterminado en sus estatutos y que excluya la arbitrariedad (artículo 159 del TRLPI).
- (25) En relación con los usuarios de los derechos cuya gestión tienen encomendada (en este expediente, ATRESMEDIA y MEDIASET), pesan sobre las entidades de gestión una serie de obligaciones, fundamentalmente contratar con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, en condiciones razonables y bajo remuneración, establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la

¹⁴ Artículo 20.4.b) del TRLPI: “El derecho que asiste a los titulares de derechos de autor de autorizar la retransmisión por cable se ejercerá, exclusivamente, a través de una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual”.

¹⁵ Artículo 150 TRLPI.

utilización de su repertorio y negociar tarifas individualizadas con usuarios concretos (artículos 163 y siguientes del TRLPI).

3.2 Mercados

- (26) Las empresas denunciadas operan en el mercado de televisión en abierto (también con menor protagonismo en el de televisión de pago), que está estrechamente vinculado al ámbito de la publicidad en televisión. ATRESMEDIA y MEDIASET tienen también la condición de demandantes en el mercado de gestión de los derechos de reproducción y comunicación pública correspondientes a autores y editores de contenidos musicales que se emplean en la emisión de espacios televisivos, donde la SGAE es oferente.
- (27) Corresponde, por tanto, diferenciar distintos mercados si bien ya se anticipa que, a los efectos de este expediente, **el mercado potencialmente afectado por las supuestas conductas denunciadas sería el de gestión de los derechos de reproducción y comunicación pública correspondientes a autores y editores de contenidos musicales que se emplean en la emisión de espacios televisivos**. La CNMC no coincide, a este respecto, con el criterio de la SGAE, que entiende que el mercado donde desplegarían su efecto las conductas denunciadas es el de la televisión comercial en abierto, teniendo relación, según SGAE, con el “*mercado de uso de los derechos de reproducción y comunicación pública correspondientes a autores y editores de contenidos musicales que se emplean en la emisión de espacios televisivos*”¹⁶.

3.2.1. Mercado de televisión en abierto y mercado de publicidad en televisión

3.2.1.1. Mercado de producto

- (28) El mercado de televisión en abierto fue analizado en profundidad en la Resolución del Consejo 12 de noviembre de 2019, en el expediente S/DC/0617/17, ATRESMEDIA/MEDIASET. En dicho mercado los distintos oferentes cuentan con licencias de emisión de sus canales a través de la plataforma de televisión digital terrestre (TDT), o alquilan capacidad de emisión a los titulares de estas licencias de TDT, y compiten entre sí por captar

¹⁶ Frente a lo que señala SGAE en su denuncia (folios 978 y 979) el mercado analizado por la CNMC en el expediente S/0466/13 SGAE AUTORES no fue el de *uso* de los derechos de reproducción y comunicación pública, sino el de *gestión* de los derechos de comunicación pública y reproducción correspondientes a autores y editores de contenidos musicales que se emplean en la emisión de espacios televisivos en España.

espectadores (audiencia), lo que, indirectamente, les da un rendimiento económico, al fortalecer su atractivo en el mercado de publicidad televisiva.

- (29) Tal y como afirmó la CNMC en ese precedente¹⁷, el mercado de la televisión en abierto constituye un mercado separado del de la televisión de pago, puesto que el modelo de negocio del primero se basa en la publicidad como parámetro clave, dependiendo a su vez esta de la audiencia en última instancia.
- (30) Por otra parte, el mercado de publicidad en televisión está estrechamente vinculado con el de la televisión en abierto, y la CNMC ha considerado que no existe suficiente sustituibilidad por el lado de la demanda entre los distintos soportes publicitarios (televisión, radio, prensa, internet) como para considerar que conforman un mismo mercado de producto¹⁸.
- (31) Es por ello que la CNMC concluyó que la publicidad en televisión, en abierto y en televisión de pago, formaban parte de un mismo mercado de producto independiente de la publicidad en otros soportes, y ello sin perjuicio de afirmar que la presión competitiva que los operadores de televisión de pago ejercen sobre los operadores de televisión en abierto en el ámbito publicitario es limitada, dado que esta actividad no constituye la principal fuente de ingresos de los operadores de televisión de pago, por lo que su peso en este mercado es reducido.

3.2.1.2. Mercado geográfico

- (32) En lo que respecta al ámbito geográfico de estos mercados, la CNMC consideró, en el marco del expediente S/DC/0617/17, que los mercados afectados eran el mercado de publicidad en televisión en España y el mercado de televisión en abierto en España, dado que éste era el ámbito de actuación de las partes incoadas, sin perjuicio de que se tuvieran en cuenta las cuotas de mercado atribuibles a los operadores de televisión autonómicos y locales (significativamente más reducidas que las de los canales nacionales), en los dos mercados de producto considerados.
- (33) En este sentido, se destaca en el expediente S/DC/0617/17 que los precedentes nacionales y de la Unión Europea citados han considerado que los dos mercados de producto definidos anteriormente tienen una dimensión nacional, y ello, entre otras razones, debido al hecho de que la estrategia competitiva de los

¹⁷ Esta afirmación se encuentra en línea con lo expuesto en los informes relativos a las concentraciones C/0230/10, TELECINCO/CUATRO y C/0432/12, ANTENA3/LA SEXTA

¹⁸ Resolución del expediente S/DC/0617/17, ATRESMEDIA/MEDIASET: *“las diferencias del medio televisivo con otros medios de comunicación, como son la cobertura, impacto, rapidez, sistema de comercialización, etc., han permitido a las televisiones fijar con relativa independencia el precio y condiciones de su publicidad televisiva respecto de otros soportes publicitarios”*.

operadores debe tener en cuenta factores como las fronteras lingüísticas, culturales y regulatorias.

3.2.2. Mercado de gestión de los derechos de reproducción y comunicación pública correspondientes a autores y editores de contenidos musicales que se emplean en la emisión de espacios televisivos

3.2.2.1 Mercado de producto

- (34) Las conductas objeto de denuncia se producirían en el mercado de gestión de los derechos de reproducción y comunicación pública correspondientes a autores y editores de contenidos musicales que se emplean en la emisión de espacios televisivos¹⁹.
- (35) Concretamente, la SGAE opera en un mercado de dos caras en el que, por un lado, concierta contratos de representación con los titulares de derechos de propiedad intelectual, lo que le permite gestionar en nombre de éstos un repertorio de creaciones; y por otro, contrata con usuarios (siendo los del presente caso ATRESMEDIA y MEDIASET) la concesión de autorizaciones para permitirles la utilización del repertorio de derechos gestionados.
- (36) En lo que respecta a la **demanda**, los operadores de televisión demandan la autorización no exclusiva necesaria para la realización de los actos de reproducción y comunicación pública de los contenidos musicales que emiten en sus distintos programas.
- (37) Las cadenas de televisión emplean contenidos musicales en la emisión de sus espacios televisivos, tanto con carácter accesorio a su programación (es decir, como fondo al espacio televisivo al que acompañan) como con carácter de contenido principal del programa (espacios televisivos especializados en emisiones musicales o como intermedio o animación dentro del programa). Dichos contenidos musicales son una parte relevante en la producción de la programación de los operadores televisivos, independientemente de que se trate de medios públicos o privados, de emisión en abierto o de pago.
- (38) Es necesario reiterar que los derechos exclusivos de autores y editores generados por actos de reproducción y comunicación pública de obras musicales no son de gestión colectiva obligatoria (con la ya anticipada excepción del derecho de comunicación pública por retransmisión por cable de la composición musical²⁰), por lo que los propios autores y editores podrían, por sí mismos,

¹⁹ Este mercado fue analizado por la CNMC, entre otros, en el marco del expediente S/0466/13 SGAE AUTORES.

²⁰ Artículo 20.4.b) TRLPI.

gestionar las autorizaciones y la remuneración correspondiente por la utilización de sus obras.

- (39) No obstante esta posibilidad, la SGAE, además de los derechos que por imperativo legal tiene encomendados, gestiona derechos de gestión colectiva voluntaria (que le han sido contractualmente atribuidos), siendo predominante la gestión de estos derechos sobre los primeros, no existiendo ningún otro operador que disponga de un catálogo tan amplio de contenidos musicales. Incluso las editoras musicales pertenecientes a operadores de televisión, de las que puede presumirse la disponibilidad de un amplio repertorio de contenidos musicales, así como capacidad para controlar la utilización por otros usuarios de sus obras y prestaciones protegidas, han encomendado, hasta la fecha, la gestión de sus derechos de autor a la SGAE²¹.
- (40) Desde el punto de vista de la **oferta**, hasta septiembre de 2020 SGAE ha gestionado los derechos de los autores y editores de contenidos musicales en España en régimen de monopolio de facto. A partir de septiembre de 2020 ha surgido una zona de concurrencia para la SGAE en relación con estas categorías de titulares (autores y editores musicales) a través de la recientemente creada Sociedad Española de Derechos de Autor [**SEDA**]²², autorizada para actuar como entidad de gestión de los derechos reconocidos en el TRLPI en lo que respecta a obras musicales. Sin embargo, actualmente se encuentra prácticamente inactiva y los contratos de gestión firmados han sido con sus propios miembros, no constando aún ningún otorgamiento de licencias de su repertorio²³.
- (41) Por otro lado, y en lo que respecta a operadores de gestión independiente (**OGIs**), cinco son los que han comunicado al Ministerio competente el inicio de sus actividades en España, de los cuales cuatro operan en el mercado de la gestión voluntaria de repertorio musical²⁴: UNISON (España), Sondreef (Reino

²¹ Como se ha anticipado, en febrero de 2022 tanto MEDIASET como ATRESMEDIA han anunciado a SGAE la retirada parcial de su encomienda de gestión (salvo, naturalmente, en lo relativo a gestión colectiva obligatoria, así como la gestión voluntaria fuera del territorio de España).

²² Resolución de 8 de septiembre de 2020, de la Dirección General de Industrias Culturales, Propiedad Intelectual y Cooperación, por la que se publica la autorización del Ministro de Cultura y Deporte a la Sociedad Española de Derechos de Autor, Entidad de Gestión de Derechos de Propiedad Intelectual

²³ Información contenida en la página web de SEDA. <https://www.sedamusic.es/transparencia>. Solo a partir de enero de 2021 los socios de SEDA, todos los cuales tenían hasta entonces encomendada la gestión de sus derechos a otra entidad, podían encomendarla a SEDA. El número de miembros asociados a SEDA a 31 de diciembre de 2021 era de 14 autores y de dos editoriales personas jurídicas.

²⁴ <https://www.culturaydeporte.gob.es/cultura/propiedadintelectual/gestion-colectiva/operadores-gestion.html>

Unido), Jamendo (Luxemburgo) y Sugarpod (España). Sin embargo, a pesar de que el repertorio gestionado por estos operadores podría representar una alternativa a la gestión colectiva ofrecida por las entidades de gestión preponderantes, aumentando la presión competitiva frente al poder de mercado que éstas vienen ostentando, no han llegado a alcanzar una magnitud competitiva significativa, siendo su presencia en el mercado muy menor.

- (42) Consecuentemente, la cuota de la SGAE en España en este mercado se aproxima al 100% en lo que se refiere a la gestión colectiva obligatoria, más allá de lo recién señalado sobre el volumen del catálogo que gestiona por encomienda voluntaria de sus titulares.
- (43) Asimismo, el hecho de que la SGAE, en ejercicio de su actividad de representación, haya suscrito acuerdos de reciprocidad con entidades similares de otros países con objeto de conferirse recíprocamente la representación de sus respectivos repertorios, refuerza el poder de mercado de la SGAE en la gestión de los derechos de autores y editores musicales.
- (44) Por tanto, la sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta de la SGAE como órgano encargado de gestionar las autorizaciones para la utilización de contenidos musicales en la emisión de espacios televisivos es muy limitada, tanto por parte de los autores y editores individuales, como por parte de otras entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual nacionales o extranjeras.
- (45) En conclusión, a los efectos de las prácticas investigadas, se tiene en cuenta, como mercado potencialmente afectado, el mercado de gestión de los derechos de reproducción y comunicación pública correspondientes a autores y editores de contenidos musicales que se emplean en la emisión de espacios televisivos. Dentro del repertorio gestionado por SGAE se encuentran las composiciones y obras musicales emitidas en espacios televisivos, que constituyen el objeto de la investigación.

3.2.2.2 Mercado geográfico

- (46) En lo que respecta al mercado de gestión de los derechos de reproducción y comunicación pública correspondientes a autores y editores de contenidos musicales que se emplean en la emisión de espacios televisivos, en el expediente S/0466/13 SGAE AUTORES, la CNMC estableció que el mercado tiene alcance geográfico nacional, ya que los contratos se conciertan por la SGAE con operadores de televisión que desarrollan su actividad de emisión y programación en territorio nacional. En el presente caso, tanto ATRESMEDIA como MEDIASET adquieren los derechos para la emisión de programas a nivel nacional.

- (47) Igualmente, teniendo en cuenta que el mercado afectado abarca todo el territorio nacional y que éste es una parte sustancial de la Unión Europea, también corresponde considerar que las conductas de ATRESMEDIA y de MEDIASET denunciadas serían eventualmente susceptibles de afectar al comercio interior de la Unión Europea.

4. HECHOS DENUNCIADOS

- (48) Tal y como se ha señalado, las conductas descritas en la denuncia presentada por la SGAE se estarían produciendo en el mercado de gestión de los derechos de reproducción y comunicación pública correspondientes a autores y editores de contenidos musicales que se emplean en la emisión de espacios televisivos, donde las dos operadoras denunciadas, ATRESMEDIA y MEDIASET son demandantes de las licencias (autorizaciones no exclusivas) necesarias para llevar a cabo actos de reproducción y comunicación pública de contenidos musicales, por lo que en calidad de usuarias de derechos de autor están obligadas a abonar una remuneración a los autores que gestiona SGAE.
- (49) Las conductas denunciadas por la SGAE se subdividen en las siguientes categorías: (i) la creación de lo que la SGAE denomina “pseudoeditoras”, como “*artificio para reducir la tarifa a abonar a SGAE*”, en un primer momento, y el otorgamiento de preferencia al uso del catálogo de sus propias editoras, con el mismo objetivo de reducir los pagos a la SGAE; (ii) una actuación coordinada en la exigencia, frente a la SGAE de reducción de la tarifa a aplicar y de inaplicación de la previsión del TRLPI relativa al tope de reparto o retorno, que constituiría una imposición de precios inequitativos por parte de ambas operadoras de TV en abierto.
- (50) En lo relativo al primer aspecto, la SGAE denuncia que tanto ATRESMEDIA como MEDIASET han constituido editoras musicales (Música Aparte y GET5) que generan obras cuyos derechos de autor son explotados de modo casi único mediante su emisión en las respectivas cadenas de televisión de cada uno de esos grupos²⁵, dando lugar al que califica como fraude conocido como “rueda de la televisión”²⁶ con el único propósito de reducir el importe que ATRESMEDIA y MEDIASET abonan a SGAE por el uso de los derechos de autor.

²⁵ SGAE aporta las cuentas generales de ambas editoriales al objeto de acreditar este extremo (folios 41 a 141).

²⁶ Consta públicamente la existencia de un procedimiento penal ante la Audiencia Nacional frente a catorce grupos audiovisuales, incluidos ATRESMEDIA y MEDIASET por actuaciones irregulares respecto al registro y/o modificación de obras audiovisuales originales como si se tratase de obras nuevas. La intervención de las televisiones a través de la creación de editoriales musicales estaría dirigida a recuperar parte del dinero que abonan anualmente a la SGAE por el

- (51) Las obras creadas de forma masiva por estas editoriales son emitidas por las cadenas del grupo del que forman parte en programas de televisión con una audiencia muy reducida (muy habitualmente en horario de madrugada, donde apenas hay audiencia ni, por tanto, rendimiento comercial) o a un volumen casi inaudible. La emisión continuada de esas obras en programas de TV de su propio grupo audiovisual otorga a ATRESMEDIA y a MEDIASET el derecho a recibir, en tanto que titulares de derechos, una parte relevante de las cantidades recaudadas por la SGAE de las propias televisiones como usuarias (el llamado “retorno”).
- (52) Con relación a la segunda conducta denunciada (la presunta actuación coordinada para la exigencia a la SGAE de precios inequitativos), a continuación, se expone una reseña de los contactos mantenidos y los acuerdos alcanzados entre ambas operadoras y la SGAE, en materia de tarifas, de forma cronológica, conforme a la información disponible.
- (53) Para acreditar la denunciada actuación coordinada, la SGAE hace en su denuncia una exposición de las relaciones con las operadoras desde el año 2012. Efectivamente, ya en el año 2012, la SGAE firmó con ATRESMEDIA y MEDIASET sendos acuerdos –en octubre y noviembre de 2012 respectivamente– que contenían una bonificación específica del 15%, limitando asimismo en la tarifa la cuantía que los operadores de televisión podían ingresar por los derechos generados a través de sus editoras filiales a un máximo de un tercio de lo que el operador televisivo pagaba por la autorización de la SGAE.
- (54) A raíz de la revisión de tales contratos por parte de la CNMC en el marco del expediente S/0466/13, SGAE AUTORES, que finalizó mediante terminación convencional, la SGAE se comprometió, entre otros aspectos²⁷, a eliminar la limitación de los ingresos que las operadoras de televisión podían recibir por los derechos generados por sus editoras, comprometiéndose también a eliminar el tratamiento privilegiado que había concedido a ATRESMEDIA y MEDIASET, aplicando los mismos descuentos y bonificaciones a todos los operadores de televisión en análogas condiciones.

uso del repertorio. SGAE cita en su denuncia el Auto de la Audiencia Nacional, de 3 de febrero de 2020, de imputación de tales operadores audiovisuales (folio 11).

²⁷ Los compromisos incluían la aplicación de descuentos al licenciamiento de los derechos de autor afectados sobre la base de criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios; la aprobación y publicitación de un contrato-tipo único para el licenciamiento de los citados derechos, así como de los anexos que recojan todas las condiciones pactadas con usuarios y asociaciones representativas; rescisión de los acuerdos celebrados con ANTENA 3 y TELECINCO en relación con sus contenidos musicales; establecimiento de un mecanismo compensatorio que permita solventar los eventuales efectos que hayan podido tener los descuentos y condiciones especiales aplicados por SGAE.

- (55) Posteriormente, tras la negativa por parte de distintas operadoras de TV, incluidas MEDIASET y ATRESMEDIA, a la aplicación de las nuevas tarifas generales aprobadas por SGAE en 2016 como consecuencia de la Orden ECD/2574/2015²⁸, la SGAE aprobó en el año 2017 unas nuevas tarifas generales para radiodifusión, sin que se alcanzara un acuerdo en el sector sobre las mismas. En su respuesta al requerimiento de información de la DC²⁹, la SGAE señala que las tarifas generales aprobadas en julio de 2017 “*no han sido aceptadas por el sector por lo que no están siendo aplicadas a ningún radiodifusor [...] las tarifas que están siendo aplicadas a los operadores televisivos en relación con los derechos de propiedad intelectual tanto de contenidos musicales como audiovisuales son las tarifas generales preexistentes de 2015*”. Consecuentemente, la SGAE firmó sendos acuerdos provisionales con las dos operadoras en enero (MEDIASET) y julio (ATRESMEDIA) de 2018, con ánimo de conseguir una regularización de los pagos en el periodo transcurrido entre 2016 y 2019 mientras continuaba la negociación de una tarifa pactada³⁰.
- (56) El acuerdo de 2018 con MEDIASET, sobre el pago por ésta a la SGAE por derechos de autor, contiene una previsión relativa al pago de derechos editoriales por parte de la SGAE a las editoriales musicales del grupo MEDIASET; concretamente que³¹ [CONFIDENCIAL].
- (57) En el año 2019 se aprobó la Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el TRLPI. Dicha norma introduce en el artículo 159.I) del TRLPI, relativo al contenido obligado de los Estatutos de las entidades de gestión, un límite máximo del 20% al valor con el que se puede retribuir al conjunto de titulares, tanto autores como editores, por la emisión de sus obras musicales, cuando su uso tenga un valor comercial testimonial por ausencia de audiencia significativa. En concreto, se establece:

Sin perjuicio de lo que dispongan otras normas que les sean de aplicación, en los estatutos de las entidades de gestión se hará constar:

l) Los principios generales conforme a los que los órganos de gobierno y representación de la entidad de gestión elaborarán el reglamento de reparto de los derechos recaudados que, posteriormente, deberá ser ratificado por la asamblea general. En cualquier caso, como parte de dichos principios generales deberá excluirse la arbitrariedad en el reparto y garantizarse que la participación de los

²⁸ Orden ECD/2574/2015, de 2 de diciembre, por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual.

²⁹ Folio 1047.

³⁰ Constan en el expediente dichos acuerdos, adjuntos como Anexos nº 3 y 4 en la denuncia de SGAE (folios 142-146 confidenciales salvo para SGAE y MEDIASET; y 147-150, confidenciales salvo para SGAE y ATRESMEDIA).

³¹ Folio confidencial 145.

titulares en el reparto sea proporcional a la utilización de sus obras y prestaciones protegidas y, en consecuencia, a la recaudación que contribuyan a generar para la entidad de gestión.

Las entidades de gestión adoptarán las medidas necesarias, incluyendo la fijación de topes de reparto cuando sea procedente, para evitar que obras o prestaciones reciban cantidades desproporcionadas en relación a los rendimientos comerciales o de audiencia que se producen durante su explotación. En particular, en aquellos supuestos de radiodifusión en los que el valor comercial por el uso de las obras y prestaciones protegidas sea testimonial por ausencia de audiencia significativa, será de aplicación una cantidad a tanto alzado que en ningún caso superará el veinte por ciento del total recaudado de cada usuario por un uso intensivo o cuantitativo máximo de las obras, prorrateándose dicho porcentaje proporcionalmente al uso intensivo que se produzca en cada momento.

- (58) Tal y como se prevé en el nuevo texto del artículo 159. l) del TRLPI, el objetivo de la modificación consiste en “evitar que obras o prestaciones reciban cantidades desproporcionadas en relación a los rendimientos comerciales o de audiencia que se producen durante su explotación”.
- (59) Por tanto, la disposición mencionada facultaría a la SGAE para limitar los pagos que pudieran recibir, entre otros titulares, operadores como ATRESMEDIA y MEDIASET en calidad de editoras cuando “el valor comercial por el uso de las obras y prestaciones protegidas sea testimonial por ausencia de audiencia significativa”. El pago máximo que estas editoras podrían recibir es el 20% de la cantidad que se recauda de sus correspondientes grupos audiovisuales por el uso intensivo o cuantitativo máximo que hacen del repertorio de SGAE.
- (60) Conviene subrayar que el citado límite del 159. l) del TRLPI concierne a todos los titulares, tanto autores como editores, se aplica al margen de la relación que puedan o no tener estos autores y editores con el operador radiodifusor que emite sus obras, y se limita a los casos en los que el uso de las obras tenga un valor comercial testimonial por ausencia de audiencia significativa.
- (61) Dicha modificación normativa entró en vigor el 3 de marzo de 2019, siendo tenida en cuenta por la SGAE respecto de las facturas correspondientes al cuarto trimestre de 2018³² al girar a ATRESMEDIA y MEDIASET, una vez entrada en vigor la reforma, las correspondientes liquidaciones por el uso de los derechos, algunos correspondientes al periodo anterior a la repetida modificación legal, generando como reacción en ATRESMEDIA y MEDIASET la oposición a realizar los pagos que la SGAE había requerido.

³² Carta aportada por SGAE dirigida por la entidad a MEDIASET con fecha 24 de julio de 2019 (Anexo 6 folios 155-156) en la que aparecen reproducidas las facturas desde el cuarto trimestre de 2018 (con vencimiento el 20 de febrero de 2019) a segundo trimestre de 2019 (con vencimiento 20 de agosto de ese mismo año). Con fecha 17 de septiembre de 2019 SGAE reiteró la solicitud de pago (se adjunta como Anexo 7 a la denuncia, folios 157-160).

- (62) El modo de aplicación de la modificación normativa por parte de la SGAE consistió en el establecimiento de un límite del 20% a la llamada Franja 2 (de 02:00 a 07:00 horas), dentro de las cinco franjas en las que SGAE divide las 24 horas del día, y realizando un segundo reparto del remanente en favor del resto de franjas, con exclusión de esa³³.
- (63) Desde ese momento se suceden distintos intercambios de comunicaciones (cartas, correos electrónicos, facturas y devolución de facturas) entre la SGAE y MEDIASET, por una parte, y la SGAE y ATRESMEDIA, por otra, relativas a la pretensión de la entidad de gestión de que las operadoras de TV abonen las cantidades reclamadas y la aspiración de éstas de que esas cantidades se vean corregidas por lo que ellas entienden que son los ingresos correspondientes a sus editoriales de música³⁴.
- (64) Hay que precisar que, como reconoce la SGAE en su denuncia³⁵, ambas operadoras de TV han pagado las liquidaciones de derechos giradas por la SGAE correspondientes al primer y segundo trimestres de 2019. No obstante, en estos pagos tanto MEDIASET como ATRESMEDIA llevan a cabo un descuento conforme a lo que consideran que sería su retorno por los ingresos que corresponderían a sus editoriales Música Aparte y GET5 en ausencia de la previsión del artículo 159 I) del TRLPI.
- (65) Señala la denunciante la remisión por parte de ambos operadores de TV, en un intervalo de tiempo de poco menos de un mes³⁶, de cartas con un contenido, a su juicio, muy similar, afirmando que la forma de aplicación por la SGAE de la modificación normativa operada por la Ley 2/2019 habría supuesto una alteración del “equilibrio económico” en su relación con la SGAE, y exigiendo por ello un descuento en el pago de los derechos de autor para reequilibrar su posición económica frente a SGAE.
- (66) Tal como consta en la denuncia³⁷, la “SGAE interpuso en fecha 30.10.2019 y 16.10.2019 sendas demandas ante los Juzgados contra ATRESMEDIA y MEDIASET respectivamente por impago de derechos de autor”.

³³ Art. 202 bis del Reglamento de SGAE actualizado a 26 de enero de 2021.

³⁴ Si bien las comunicaciones adjuntas a la denuncia son confidenciales para cada una de las denunciadas, se recoge una referencia somera a las mismas en los folios 999 y 1000.

³⁵ Folio 977.

³⁶ Constan en el expediente ambas cartas, la enviada por ATRESMEDIA el 24 de octubre de 2019 como Anexo 14 (folios 181-184) y la enviada por Mediaset el 22 de noviembre de 2019 como Anexo 15 (folios 185-193).

³⁷ Folio 977.

- (67) Adicionalmente, entre septiembre y febrero de 2021 se suceden nuevas comunicaciones y reuniones entre ATRESMEDIA y SGAE, sin que se llegue a un acuerdo.
- (68) El 3 de febrero de 2021, la SGAE remitió a la DC un escrito de información complementaria³⁸ en el que hace alusión a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 13 de Madrid de 11 de enero 2021³⁹ por la que se declara que MEDIASET habría incumplido el contrato suscrito con la SGAE para el pago de derechos de propiedad intelectual, y se le condena al pago de 21.781.205,8 € (de los cuales, según la denunciante, faltarían por abonar, pues lo anterior había sido abonado a cuenta, 4.870.182,98 €).
- (69) Adicionalmente, denuncia la SGAE que, tanto ATRESMEDIA como MEDIASET, particularmente después de la reforma normativa reseñada, relativa a los topes de reparto, habrían dado una preferencia absoluta a la música de su propia editora, “excluyendo la posibilidad de entrada de derechos musicales procedentes de otras editoras”, en cuanto que habrían eliminado por completo la utilización en su programación de otra música distinta de la de sus editoras. Entiende la SGAE que cualquier otra editora que quisiera acceder a las parrillas de los canales de TV de ATRESMEDIA y MEDIASET ha visto obstaculizada esa posibilidad.
- (70) Por último, el 21 de febrero de 2022, la SGAE remitió a la DC nuevo escrito de información complementaria⁴⁰ denunciando que, en fechas muy parejas –4 de febrero y 7 de febrero de 2022–, tanto MEDIASET⁴¹ como ATRESMEDIA⁴² anunciaron por carta a SGAE la retirada parcial de la encomienda de gestión de los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública y distribución en España de determinados catálogos (salvo en lo referido a gestión colectiva obligatoria). Entiende la SGAE que tal coincidencia pone de manifiesto que MEDIASET y ATRESMEDIA habrían coordinado el envío de las cartas, en un evidente intento de dificultar la aprobación por la Asamblea Extraordinaria de la SGAE, convocada para el 9 de febrero de 2022, de la propuesta de nueva redacción del artículo 202 bis del Reglamento de la SGAE, modificación que introduce un nuevo modelo de reparto de los derechos de autor en televisión en función de la audiencia y de la inversión publicitaria⁴³.

³⁸ Folios 217-218.

³⁹ SGAE aporta dicha Sentencia como Anexo 1 (folios 219-231).

⁴⁰ Folios 1796-1800.

⁴¹ Folios 1801-1802.

⁴² Folios 1803-1806.

⁴³ Folios 1807-1809.

5. FUNDAMENTOS DE DERECHO

5.1. Competencia para Resolver

- (71) De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley de creación de la CNMC, compete a este organismo “*aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia*”⁴⁴. 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, “*la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio*”⁴⁵.

5.2. Objeto de la resolución y propuesta del órgano instructor

- (72) La Sala de Competencia debe resolver si concurren los requisitos para acordar la no incoación y el archivo de las actuaciones de conformidad con lo previsto en el artículo 49.3 de la LDC.
- (73) El 16 de enero de 2023, la DC remitió una propuesta al Consejo de la CNMC. En dicho documento se proponía el archivo de las actuaciones por la inexistencia de indicios de la conducta prohibida, todo ello con el siguiente tenor literal:

“De acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, se propone la no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las presentes actuaciones, por considerar que no hay indicios de infracción de la mencionada Ley.”

5.3. Valoración de la Sala de Competencia

- (74) La Sala de Competencia de la CNMC debe determinar si, ateniendo a la denuncia presentada por la SGAE y los elementos de prueba recabados por la DC, existen, en este momento, indicios de infracción suficientes como para que proceda incoar un expediente sancionador contra ATRESMEDIA y MEDIASET por infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE (conductas colusorias), 2 de la LDC y 102 del TFUE (abuso de posición de dominio), y/o artículo 3 de la LDC (falseamiento de la libre competencia por actos desleales).

⁴⁴ Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013.

⁴⁵ Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, BOE núm. 209, de 31 de agosto de 2013.

5.3.1. Posible aplicación de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE

5.3.1.1. Principios

- (75) El artículo 1 de la LDC prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.
- (76) El artículo 101 del TFUE establece que serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior.
- (77) Para que exista una infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE es necesario que exista un acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela. La razón es que el funcionamiento competitivo del mercado exige que cada operador decida su comportamiento y tome sus decisiones de manera independiente, pues al tomarse éstas de manera concertada, ya sea tácita o implícitamente, se limita la competencia⁴⁶.
- (78) Para incoar un expediente sancionador por infracción del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE es necesario que existan indicios de un acuerdo o de una práctica concertada o conscientemente paralela en el que los operadores, de forma dolosa o negligente, concierten seguir una determinada estrategia competitiva en el mercado afectado.
- (79) Se considera que existe un acuerdo cuando las partes se asocian en un plan común que limita o puede limitar su política comercial individual al determinar sus pautas de acción o abstención mutuas en el mercado, no siendo necesario que dicho acuerdo entre competidores conste por escrito⁴⁷. Por su parte, el concepto de práctica concertada se refiere a una forma de coordinación entre empresas que, sin haber llegado a un acuerdo expreso, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una coordinación práctica entre ellas. Es destacable, que, si bien el Derecho de la competencia no prohíbe la adaptación inteligente de las empresas al comportamiento de las otras (interdependencia), sí prohíbe, en cambio, cualquier contacto directo o indirecto cuyo objeto o efecto sea crear unas condiciones de competencia que no

⁴⁶ Ver Sentencias de la AN de 25 y 26 de octubre y 15 y 28 de noviembre de 2012 y 4, 22, 24 y 31 de enero y 26 de febrero de 2013, en el ámbito del expediente S/0226/10 Licitaciones Carreteras; de 1, 4, 5 y 25 de febrero de 2013, en relación con el expediente S/0185/09 Bombas de fluidos y sentencias del TS de 12 de marzo de 2014, 8 y 17 de junio de 2015 y 14 de marzo de 2018 en relación con el expediente S/0086/08 Peluquería Profesional.

⁴⁷ Resolución de la CNMC de 13.2.2013 en el expediente S/0343/11, MANIPULADO DE PAPEL

correspondan a las condiciones normales del mercado, influyendo en la conducta de un competidor real o potencial y facilitando un resultado colusorio.

5.3.1.2. Aplicación al caso

- (80) Según lo declarado por la denunciante, las conductas llevadas a cabo por ATRESMEDIA y MEDIASET estarían siendo fruto de una pauta común que podría estar suponiendo una sustitución de la debida conducta independiente de cada una de ellas por un comportamiento concertado. La denunciante detalla una serie de elementos que, siempre según su criterio, reflejarían dicha concertación.
- (81) En primer lugar, respecto de las editoras musicales de ambas operadoras de TV y la utilización de sus obras por parte de ATRESMEDIA y MEDIASET, alega la SGAE que el objetivo perseguido es reducir los importes que las operadoras pagan en concepto de derechos de autor, lo cual no constituye la función habitual que deben tener las editoras musicales conforme a su regulación. Ese uso supondría una vulneración del principio de neutralidad (esto es, no favorecimiento de unos titulares respecto de otros) que debe guiar el funcionamiento de las entidades de gestión de derechos de autor.
- (82) A este respecto, la Sala de Competencia de la CNMC considera que no le corresponde analizar si el funcionamiento u objetivo perseguido por las operadoras de TV al haber constituido sus propias editoras cumple o no con los criterios establecidos en la legislación de propiedad intelectual sobre la materia. No obstante, sí se entiende que ello no constituye un indicio de pauta común de comportamiento, sino, en todo caso, una manifestación de la conveniencia para ambas de lograr una reducción del pago a realizar a SGAE, a través de un mecanismo alcanzado sin que se aprecien indicios –atendiendo al material probatorio analizado– de que exista ningún tipo de acuerdo.
- (83) En segundo lugar, apunta la denunciante que, en 2012, ambas operadoras lograron llegar al mismo acuerdo con la SGAE para la reducción de su tarifa, destacando asimismo que tras el procedimiento que resolvió la CNMC vía terminación convencional en el marco del expediente S/0466/13, SGAE AUTORES, la SGAE tuvo que asumir como compromiso aplicar a todos los operadores en situación equivalente el mismo descuento.
- (84) En cuanto a este punto, atendiendo a la información recabada durante la investigación, esta Sala no comparte la visión de la denunciante de que el haber llegado a negociar con la SGAE una misma reducción de tarifa constituya una evidencia de concertación. No constan, en el momento de elevarse la propuesta de no incoación a esta Sala por la DC, indicios que permitan hacer sospechar razonablemente que los acuerdos de reducción de tarifa no sean el fruto de negociaciones bilaterales en el marco de las cuales parece lógico que SGAE

hubiera realizado propuestas parecidas, al tratarse de operadores de similares características y poder de negociación. Mucho menos puede considerarse un indicio de infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE el hecho de que, a resultas de un expediente resuelto por la vía de la terminación convencional, la SGAE asumiera, en su día, el compromiso de aplicar un mismo descuento a todos los operadores audiovisuales de características análogas.

- (85) En el expediente S/0466/13, SGAE AUTORES, se imputaban, a la ahora denunciante, dos ilícitos constitutivos de abuso de posición de dominio. El primero de ellos correspondía a la configuración de un sistema de descuentos y aplicación de tarifas de contenidos musicales para emisiones televisivas poco transparente que generaba discriminaciones injustificadas entre operadores de televisión. El segundo de los ilícitos imputados correspondía a la imposición de condiciones abusivas, consistentes en la vinculación de descuentos, siempre que limitasen el número de obras musicales de su control editorial que las usuarias pueden emplear en sus emisiones.
- (86) A raíz de ello la SGAE presentó una serie de compromisos, entre los cuales se encontraba la aplicación de descuentos al licenciamiento de los derechos de autor afectados sobre la base de criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios, especificando que la medida permitiría que los descuentos aplicables a un operador de TV concreto se extendiesen a todos aquellos que cumplieran con las mismas condiciones objetivas.
- (87) También es relevante para el presente caso el compromiso consistente en el establecimiento de un mecanismo compensatorio que permitiese solventar los eventuales efectos que hayan podido tener los descuentos y condiciones especiales aplicados por la SGAE.
- (88) En tercer lugar, afirma la denunciante que, desde la aprobación de la Orden ECD/2574/2015 sobre la metodología para la determinación de las tarifas, ATRESMEDIA y MEDIASET se han opuesto de manera paralela a abonar a la SGAE las tarifas que les corresponden, por lo que nunca les fueron aplicadas.
- (89) Con respecto a este punto, considera esta Sala, atendiendo a la información y documentos recabados, que la oposición a las tarifas generales aprobadas por la SGAE en 2016 y 2017 así como a las tarifas propuestas por la SGAE parece derivar de no llegarse en la negociación a un acuerdo por cada una de las operadoras de TV con la entidad de gestión. Ello no implica que la misma oposición a llevar a cabo dichos pagos conforme a la tarifa propuesta por SGAE haya sido el resultado de una concertación entre ambas operadoras de TV. La

propia SGAE reconoce en su denuncia que la oposición respecto a esas tarifas es generalizada en el sector⁴⁸, tal y como se mencionaba previamente.

- (90) En cuarto lugar, señala la SGAE que en el año 2018 ambas operadoras de TV firmaron acuerdos con la SGAE destinados a regularizar los pagos mientras negociaban la tarifa, realizando ambas los pagos derivados de tal acuerdo sin plantear problemas hasta la aplicación por parte de la SGAE de la modificación legislativa de 2019, momento a partir del cual rechazaron, según SGAE de forma paralela, pagar las facturas giradas por la SGAE, produciéndose la primera controversia respecto del pago relativo al tercer trimestre de 2018 que se factura con posterioridad a tal reforma normativa de 2019.
- (91) A juicio de esta Sala, una posible explicación racional de esta oposición por parte de los operadores televisivos a pagar la parte controvertida de las facturas emitidas por SGAE proviene del hecho de que, a partir de la modificación legislativa de 2019 con la implementación del “tope” de retorno, las condiciones pactadas con carácter provisional vía negociación en 2018 sufren un cambio relevante.
- (92) Consecuentemente, no cabe considerar, sin apoyarse en otros indicios, que dicha oposición parcial a los pagos facturados por SGAE, tras la aplicación por ésta de la modificación legislativa, revele indicios de un comportamiento colusorio por parte de las denunciadas, sino que parece corresponder a una respuesta individualizada (aunque análoga, como lo eran las circunstancias de la relación de ambos operadores con la SGAE) a un cambio significativo del contexto con respecto a la situación inicial en la que se llevó a cabo la negociación de los pagos, situación en la que los operadores de TV contaban con el repetido retorno para minorar los importes acordados.
- (93) En quinto lugar, la SGAE sostiene que las cartas que le enviaron ATRESMEDIA y MEDIASET en octubre y noviembre de 2019 constituyen otro claro indicio de comportamiento coordinado. Apunta por un lado la SGAE a la cercanía temporal en el envío de ambas cartas y, por otro, al uso, por ambas empresas, de la expresión “*pérdida del equilibrio económico*”.
- (94) Esta Sala no considera indicios de comportamiento colusorio suficientes para que proceda la incoación, ni la relativa concurrencia en el envío de dichas cartas ni el uso coincidente de la expresión “*pérdida de equilibrio económico*”. En primer lugar, el motivo que origina dichas cartas, que es la aplicación realizada por la SGAE del tope por la modificación legal, es el mismo para ambas y la SGAE comienza a aplicar dicho tope a las dos operadoras de TV a la vez. En segundo lugar, la expresión “*pérdida de equilibrio económico*”, es una expresión asentada

⁴⁸ Párrafo 30 del escrito de denuncia, Folio provisional 14.

para referirse a este tipo de situaciones en las que una modificación ulterior afecta a las condiciones pactadas con anterioridad siendo habitual su uso en el contexto empresarial. Ello es particularmente claro en este caso en el que se plantean flujos económicos cruzados, en tanto usuarios, por un lado, y como titulares, por otro, entre ambos grupos de TV y la SGAE. La reducción en los importes a recibir como titulares a raíz de la implementación por la SGAE de la modificación normativa es previsiblemente interpretada tanto por MEDIASET como por ATRESMEDIA como una pérdida del equilibrio económico recogido en la negociación de 2018.

- (95) Por último, la SGAE indica que estas actuaciones estarían mostrando una consonancia en la interpretación por parte de los operadores del TRLPI, tratando de obviar el tope máximo impuesto del 20% impuesto ex artículo 159.l) del TRLPI, de manera que se estaría sustituyendo la actuación independiente por un comportamiento concertado.
- (96) Esta Sala tampoco considera que esta actuación paralela consistente en la oposición a los importes facturados por la SGAE constituya un indicio de concertación suficiente, sino una respuesta lógica o previsible a un cambio de circunstancias, a raíz de la aplicación por la SGAE de una modificación legislativa, necesariamente coincidente en el tiempo.
- (97) Esta Sala no entra a valorar si dicha oposición a los importes facturados estaría o no justificada o si ATRESMEDIA o MEDIASET deberían proceder o no a regularizar los pagos, ni la forma en la que ello debería llevarse a cabo, pues se trata de cuestiones ajenas a la aplicación de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE que habrían de dirimirse, en su caso, en sede mercantil. Las demandas interpuestas por la SGAE contra cada una de las operadoras en octubre de 2019 y la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 13 de Madrid, 1 de enero de 2021, que aporta la SGAE, estimando íntegramente la demanda de reclamación de cantidad de la SGAE frente a MEDIASET, abundan en esta misma consideración.
- (98) En relación con la posterior retirada parcial de la encomienda de gestión a la SGAE, mediante cartas casi coincidentes en el tiempo, tanto por ATRESMEDIA como MEDIASET, como se ha anticipado al exponer el marco normativo, los derechos de reproducción y comunicación pública sobre obras musicales de autores y editores no son de gestión colectiva obligatoria⁴⁹. Las editoriales de ATRESMEDIA y MEDIASET pueden así optar libremente entre encomendar su representación y el ejercicio de sus derechos a la SGAE (como venían haciendo hasta su retirada parcial referida anteriormente) o designar a otra entidad de

⁴⁹ Salvo que se trate del derecho del autor a autorizar la retransmisión por cable de su obra (art. 20.4.b) TRLPI).

gestión colectiva, así como decidir gestionarlos individualmente. Nuevamente se dan aquí una serie de circunstancias, coincidentes en el tiempo para ambos operadores de TV, tanto la repetida aplicación de la reforma legal de 2019 por SGAE como la propuesta modificación de los Estatutos de la SGAE, para introducir un nuevo modelo objetivo de reparto de los derechos de autor en televisión en función de la audiencia y de la inversión publicitaria, que constituyen una explicación alternativa plausible, distinta de la colusión, a la coincidencia en la decisión de proceder a tal retirada parcial del repertorio. Todo ello en el contexto de una disputa, judicializada incluso, entre la SGAE y ATRESMEDIA, por un lado, y la SGAE y MEDIASET, por otro, sobre esta cuestión.

- (99) Finalmente, hay que tener en cuenta que el informe de la SGAE⁵⁰ de 2021 (publicado en mayo de 2022) señala que se han alcanzado acuerdos con MEDIASET, en julio de 2021, y ATRESMEDIA, en enero de 2022, para la normalización de tarifas y el pago de atrasos. En este caso, la actuación no habría resultado coincidente en el tiempo.
- (100) A la vista de lo anterior, no se considera que existan, atendiendo a la información actualmente disponible, indicios suficientes como para proceder a la incoación de un expediente sancionador a fin de determinar la existencia de una infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE por parte de ATRESMEDIA y MEDIASET consistente en tratar de imponer a SGAE, de forma concertada, la aplicación de tarifas específicas distintas y más favorables que las que son de aplicación a otros operadores de televisión por la explotación de los derechos de propiedad intelectual sobre contenidos musicales.

5.3.2. Posible aplicación de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE

- (101) El artículo 2 de la LDC prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.
- (102) El artículo 102 del TFUE establece que será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados Miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.

⁵⁰ Fuente: [Informe de la SGAE](#) en 2021, publicado en mayo de 2022.

5.3.2.1. Principios relativos a la existencia de una posición de dominio

- (103) Si bien los referidos artículos 102 del TFUE y 2 de la LDC no definen el concepto de posición de dominio, de conformidad con reiterada jurisprudencia europea⁵¹, la Comunicación de la Comisión Europea⁵², así como numerosas resoluciones de la autoridad española de competencia⁵³, se ha venido definiendo la posición de dominio como la situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que permite a ésta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores.
- (104) A la hora de determinar la posición de dominio de una empresa, como ha señalado la citada Comunicación de la Comisión Europea⁵⁴ *“las cuotas de mercado proporcionan una primera indicación útil para la Comisión en lo que respecta a la estructura del mercado y a la importancia relativa de las distintas empresas activas en el mercado”*. No obstante, también la Comisión Europea ha señalado que no es el único criterio a tener en cuenta y que deben examinarse las condiciones del mercado de referencia, y, en especial, la dinámica del mercado. Así, lo ha precisado el TJUE⁵⁵: *“La existencia de una posición dominante es, en general, el resultado de una combinación de diversos factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente decisivos”*.
- (105) Por ello, una cuota de mercado elevada no basta para concluir la existencia de una posición de dominio. Para la evaluación de la posición de dominio, resulta necesario realizar un análisis estructural del mercado y tener en cuenta otros factores determinantes, como la probabilidad de entrada de competidores potenciales o la expansión futura de competidores reales, junto con las barreras

⁵¹ SSTJCE United Brands c. Comisión (asunto 27/76, Rec. 1977); Hoffman – La Roche c. Comisión (asunto 85/76, Rec. 1979); Michelin c. Comisión (asunto 3222/81, Rec- 1983), Télémarketing (asunto 311/84, Rec- 1985) y TeliaSonera Sverige c. Comisión (asunto 52/09, Rec 2011).

⁵² Orientaciones sobre las prioridades de control en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (2009/C 45/02).

⁵³ Resolución de la extinta CNC de 22 de febrero de 2011, (expediente S/0180/10 ArcelorMittal), Resolución de la CNMC de 21 de enero de 2014 (expediente S/0373/11 CORREOS 2) , Resolución de la CNMC de 26 de agosto de 2013 (expediente S/0360/11 AGEDI), Resolución de la CNMC, de 8 de junio de 2017 (expediente S/DC/0557/15 Nokia), Resolución de la CNMC, de 21 de noviembre de 2017 (expediente S/DC/0580/16 Criadores de caballos 2) y Resolución de la CNMC de 30 de mayo de 2019 (expediente S/DC/0590/16 DAMA VS SGAE).

⁵⁴ Apartados 13 y 15 de la Comunicación de la Comisión Europea “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes”

⁵⁵ STJUE de 6 de diciembre de 2012, Astrazeneca AB y Astrazeneca plc contra Comisión.

de entrada y el poder de negociación de los clientes de la empresa (poder compensatorio de la demanda)⁵⁶.

- (106) En relación a la posición de dominio colectiva, la jurisprudencia define este concepto como *“relación de interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio estrecho dentro del cual, en un mercado con las características apropiadas, en especial en términos de concentración del mercado, de transparencia y de homogeneidad del producto, pueden prever sus comportamientos recíprocos y se ven, por lo tanto, en gran medida impulsados a coordinar su comportamiento en el mercado, para, en particular, maximizar sus beneficios comunes, restringiendo la producción con el fin de aumentar los precios”*⁵⁷.
- (107) Por su parte, la Sentencia Airtours del Tribunal de Primera Instancia (actual Tribunal General)⁵⁸ estableció los criterios para acreditar la existencia de una posición dominante colectiva, criterios que han sido aplicados por la jurisprudencia española y que son los siguientes:
- La existencia de una estrategia o comportamiento común identificable por el resto de miembros que, si se sigue por todos, sea ventajoso para las empresas dominantes. Además, cada uno de los operadores dominantes deben poder conocer el comportamiento del resto para vigilar si se está siguiendo la estrategia común.
 - La situación debe ser sostenible en el tiempo, es decir deben existir incentivos para no alejarse de la estrategia común.
 - La posible reacción de potenciales competidores y de los consumidores no puede poner en peligro los resultados de la estrategia común.

5.3.2.2. Aplicación al caso de los principios relativos a la existencia de una posición de dominio

- (108) La denunciante señala que el mercado de la televisión en abierto es de naturaleza oligopolística, existiendo por parte de ATRESMEDIA y MEDIASET una situación de dominancia, con cuotas de audiencia simétricas, conformando así un duopolio, lo cual ha conducido a que en el mercado de publicidad en televisión la cuota conjunta de ambas entidades en términos de inversión publicitaria sea del 84,7% en 2017. Señala la SGAE que en la Resolución de la CNMC en el expte. S/DC/0617/17 ATRESMEDIA/MEDIASET, el Consejo constató que la fluctuación de las cuotas de mercado de las empresas era limitada, y que la oferta en el mercado de publicidad en televisión es rígida, ya que el número de licencias audiovisuales de televisión en abierto está limitado.

⁵⁶ Decisión de la Comisión Europea de 10 de febrero de 2021 en el caso AT.40394 – ASPEN.

⁵⁷ Sentencia Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, apdos. 121-122. Ver también la sentencia Gencor/Comisión, T-102/96, EU:T:1999:65, apdo. 276.

⁵⁸ STPI de 6 de junio de 2002, asunto T-342/99, párrafo 62.

El informe aportado por una de las partes mostró que, desde 2013 hasta 2018, la cuota de audiencia de MEDIASET para el *target* de adultos había oscilado siempre entre el 31% y el 34%, es decir, 3 puntos porcentuales, mientras que la de ATRESMEDIA osciló entre el 32% y el 28% en todo el periodo.

- (109) Debe aclararse que las cuotas a las que hace referencia la denunciante son cuotas de audiencia simétricas del mercado de publicidad en televisión, desde el punto de vista de la venta de contenidos publicitarios. Pero no de adquisición de derechos de autor en calidad de usuarios, como ocurre en el mercado potencialmente afectado por las actuaciones denunciadas, en el cual estos operadores carecen de ese poder negociador privilegiado frente a la SGAE, que de hecho sí que se encuentra en situación de monopolio *de facto*. Por tanto, en este sentido, no se considera que las cuotas a las que hace alusión la SGAE cuando se refiere a la Resolución de la CNMC en el expediente S/DC/0617/17 ATRESMEDIA/MEDIASET sean las relevantes en el presente caso.
- (110) Estas operadoras estarían actuando, en lo que respecta a las conductas denunciadas, como demandantes en el mercado de gestión de los derechos de reproducción y comunicación pública correspondientes a autores y editores de contenidos musicales que se emplean en la emisión de espacios televisivos. No se considera que existan, en dicho mercado indicios de una situación de dominancia conjunta de MEDIASET y ATRESMEDIA⁵⁹. Es más, hay que tener en cuenta que las obras musicales son muy relevantes para la producción de la programación emitida por los operadores televisivos y que la obtención de autorización para la ejecución de actos de explotación sobre estas obras es de exigencia obligatoria por la legislación vigente en materia de propiedad intelectual, a lo que se añade, en particular, la relevancia del catálogo que gestiona SGAE. Ello limita el poder de la demanda de estas operadoras, en particular frente a SGAE.
- (111) La denunciante añade que se cumplen los criterios de dominancia colectiva. Señala que existe transparencia en el mercado y que ello permite la coordinación, de forma que el uso que ATRESMEDIA y MEDIASET hacen en sus televisiones de la música cuya titularidad corresponde a las editoras musicales de ambos grupos audiovisuales es algo que se conoce públicamente a través del control de las propias emisiones televisivas. La transparencia sobre las negociaciones de la SGAE con cada operador se acentúa debido la presencia

⁵⁹ Aparte de analizar el resto de factores, comenzando por un análisis aproximado de posibles cuotas hay que tener en cuenta que según el [Informe de la SGAE](#) las TV privadas supusieron 59,1 millones de euros en 2021 por 35,9 de las TV públicas y 4,7 de las TV de pago. No obstante, dicho informe señala que eso se debe a la regularización de pagos y que en 2020 los ingresos por las TV privadas fueron de 20,2 millones por 37,0 de las públicas y 7,0 de las de pago. Ello puede dar una indicación aproximada del peso relativo.

en el órgano directivo de la SGAE de titulares vinculados a las editoras musicales de ambos grupos audiovisuales.

- (112) Según la SGAE, las dos operadoras tienen incentivos a no alejarse de su supuesta estrategia común, alegando que su posición negociadora frente a la SGAE se refuerza claramente mediante una actuación concurrente, factor que permitiría que la coordinación tácita pueda mantenerse en el tiempo. Adicionalmente, la denunciante señala que no existe en el mercado un contrapeso que pudiera poner en peligro los resultados de la estrategia común.
- (113) En cuanto a la existencia de una estrategia o comportamiento común identificable que si se sigue por todos sea ventajoso para las empresas dominantes, gracias a la transparencia característica del mercado, entiende la denunciante que concurren factores económicos y mecanismos que permiten a las empresas prever sus comportamientos recíprocos. Viéndose así las empresas impulsadas a coordinar su comportamiento, de forma que ATRESMEDIA y MEDIASET, como miembros de un oligopolio, conocen de manera suficientemente precisa e inmediata el comportamiento del otro, sabiendo si la otra empresa está adoptando una estrategia similar y si la mantiene en el tiempo.
- (114) Sin embargo, tal y como ya se ha señalado, no se considera que estas actuaciones de oposición a pagos por parte de las denunciadas un indicio de coordinación derivado de la implementación una estrategia o comportamiento común identificable, sino una respuesta lógica o previsible a un cambio de circunstancias a raíz de la implementación por la SGAE de una modificación legislativa, necesariamente coincidente en el tiempo. Lo mismo cabe decir del favorecimiento del uso de su propio catálogo, como mecanismo para reducir costes de propiedad intelectual, o de la retirada de la gestión voluntaria encomendada a SGAE, en el contexto de litigios judicializados con la misma y desavenencias respecto de la modificación de sus Estatutos.
- (115) Por todo lo anterior no se considera que se cumplan los requisitos de una posición dominante colectiva como la existencia de una estrategia o comportamiento común identificable por el resto de miembros.
- (116) En cualquier caso, no es necesario pronunciarse sobre la definición del mercado ni sobre una eventual posición de dominio al no afectar a las conclusiones del análisis.

5.3.2.3. Principios relativos al abuso de posición de dominio

- (117) El hecho de que una empresa ostente una posición de dominio no es en sí mismo contrario a las normas de competencia⁶⁰. No obstante, incumbe a la empresa que ostente dicha posición de dominio, independientemente de las causas que expliquen dicha posición, una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado interior⁶¹. El ámbito de aplicación material de la especial responsabilidad que pesa sobre una empresa dominante debe apreciarse a la luz de las circunstancias específicas de cada caso, que demuestren cómo y en qué medida la competencia está debilitada⁶².
- (118) El abuso de posición dominante no ha de consistir necesariamente en la utilización de la potencia económica que confiere una posición dominante⁶³. Y la dominancia, la conducta abusiva y los efectos no tienen por qué ocurrir en el mismo mercado, sino que pueden calificarse de abusivos determinados comportamientos en mercados distintos de los dominados y que producen efectos sobre éstos o en los propios mercados no dominados⁶⁴.
- (119) El concepto de explotación abusiva de una posición dominante es un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa en cuestión, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con

⁶⁰ Sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 1983, C-322/81, Michelin I (párrafo 57), Sentencia del TJUE de 17 de febrero de 2011, C-52/09 TeliaSonera Sverige (párrafo 24) y Sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2017, C-413/14, Intel (párrafo 133). A nivel nacional, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2003, recurso 4495/1998 (Fundamento Jurídico Séptimo).

⁶¹ Sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 1983, C-322/81, Michelin I (párrafo 57); Sentencia del TJUE de 2 de abril de 2009, C-202/07 France Télécom (párrafo 105); Sentencia del TJUE de 27 de marzo de 2012, C-209/10 Post Danmark (párrafo 23); Sentencia del TJUE de 12 de junio de 2014, C-286/09, Intel (párrafo 205); Sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2017 C-413/14 P Intel (párrafo 135) y Sentencia del TJUE de 25 de marzo de 2021 C-165/19 P Slovak Telecom (párrafo 40). A nivel nacional, véase la Sentencia del Tribunal Supremo 3175/2010 del 16 de junio de 2010, recurso 4714/2007 (Fundamento de Derecho Séptimo), la Sentencia del Tribunal Supremo de 478/2011, de 10 de febrero de 2011, recurso 3042/2008 (Fundamento de Derecho Segundo), y la Sentencia de la Audiencia Nacional 8670/2004 de 14 de enero de 2004, recurso 892/2000 (Fundamento de Derecho Séptimo).

⁶² Sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2000, C-395/96 y C-396/96, Compagnie Maritime Belge Transports y Otros (párrafo 114) y Sentencia del TJUE de 17 de febrero de 2011, C-52/09 TeliaSonera Sverige (párrafo 84).

⁶³ Sentencia del TJUE de 21 de febrero de 1973, C-6/72, Continental Can (párrafo 27), Sentencia del TJUE de 13 de febrero de 1979, C-85/76, Hoffman-La Roche (párrafo 91) y Sentencia del TJUE de 1 de julio de 2010, T-321/05, AstraZeneca (párrafo 354).

⁶⁴ Sentencia del TJUE de 17 de febrero de 2011, C-52/09 TeliaSonera Sverige (párrafos 84-86).

arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia⁶⁵.

- (120) La prohibición se extiende a las conductas por las que una empresa que ocupa una posición dominante elimina a un competidor y refuerza de ese modo su posición, recurriendo a medios distintos de los que rigen una competencia basada en los méritos⁶⁶. No supone en cambio una alteración del juego de la competencia cuando es la competencia basada en los méritos la que entraña la desaparición del mercado o la marginalización de los competidores menos eficaces y, por tanto, menos interesantes para los consumidores, en particular desde el punto de vista de los precios, la gama de productos, la calidad o la innovación⁶⁷.
- (121) Para determinar la existencia de un abuso no es necesario acreditar la intencionalidad de la conducta de la empresa que ostenta la posición dominante. La intención de ejercer una competencia basada en los méritos, de suponerla demostrada, no puede acreditar la inexistencia de abuso. De la misma manera, la existencia de una prueba de dicha intención anticompetitiva no basta por sí misma, aunque sí constituye una circunstancia de hecho que puede ser tenida en cuenta a efectos de la determinación de un abuso de posición dominante⁶⁸.

5.3.2.4. Aplicación al caso de los principios relativos al abuso de posición de dominio

- (122) La SGAE afirma en su denuncia que podrían estar dándose dos tipos distintos de abuso. Por un lado, la imposición de precios de compra inequitativos, señalando que dicho carácter inequitativo es evidente desde el momento en que *“dichas entidades están tratando de alterar la limitación legislativa incluida en la*

⁶⁵ Sentencia del TJUE de 13 de febrero de 1979, C-85/76, Hoffman-La Roche (párrafo 91); Sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 1983, C-322/81, Michelin I (párrafo 70); Sentencia del TJUE de 3 de julio de 1991, C-62/86, Akzo (párrafo 69); Sentencia del TJUE de 17 de diciembre de 2003, T-219/99, British Airways (párrafo 66); Sentencia del TJUE de 2 de abril de 2009, C-202/07 France Télécom (párrafo 104); Sentencia del TJUE de 14 de octubre de 2010, C-280/08 Deutsche Telekom (párrafo 174); Sentencia del TJUE de 17 de febrero de 2011, C-52/09 TeliaSonera Sverige (párrafo 27) y Sentencia del TJUE de 25 de marzo de 2021 C-165/19 P Slovak Telecom (párrafo 41).

⁶⁶ Sentencia del TJUE de 3 de julio de 1991, C-62/86, Akzo (párrafo 70); Sentencia del TJUE de 7 de octubre de 1999, T-228/97, Irish Sugar plc (párrafo 111); Sentencia del TJUE de 1 de julio de 2010, T-321/05, AstraZeneca (párrafo 354); Sentencia del TJUE de 12 de junio de 2014, C-286/09, Intel (párrafo 219) y Sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2017 C-413/14 P Intel (párrafo 136).

⁶⁷ Sentencia del TJUE de 27 de marzo de 2012, C-209/10 Post Danmark (párrafo 22) y Sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2017 C-413/14, Intel (párrafo 134).

⁶⁸ Sentencia del TJUE de 19 de abril de 2012, C-549/10, Tomra Systems y Otros (párrafos 19-2224) y Sentencia del TJUE de 30 de enero de 2020, C-307/18, Paroxetina (párrafo 162).

LPI por la Ley 2/2019 e imponer a SGAE, utilizando su posición de dominio en el mercado, unas condiciones económicas que contravienen los principios en los que se basa la normativa de propiedad intelectual”. La segunda conducta abusiva derivaría de la preferencia de ATRESMEDIA y MEDIASET por los contenidos de sus propias editoras. La SGAE afirma que las empresas denunciadas han eliminado prácticamente por completo la utilización en su programación de otra música distinta a la de sus editoras, para satisfacer su interés por rebajar la tarifa abonada a la SGAE. Indica también la denunciante que cualquier otra editora que quisiera acceder a las parrillas de los canales de televisión de ATRESMEDIA y MEDIASET ha visto obstaculizada esa posibilidad.

- (123) En lo que respecta a la pretendida imposición de precios inequitativos, hay que tener en cuenta que la relación contractual entre las partes se remonta al año 2001⁶⁹ o a 2012 si se atiende al relato de hechos formulado por la SGAE en su denuncia. Tal y como ya se anticipó, existían dos acuerdos firmados con las operadoras ese año, que contenían una bonificación específica del 15%, limitando asimismo en la tarifa la cuantía que los operadores de televisión podían ingresar por los derechos generados a través de sus editoras filiales a un máximo de un tercio de lo que el operador televisivo pagaba por la autorización de SGAE. Posteriormente, y a raíz de la terminación convencional acordada en el marco del expediente S/0466/13, SGAE AUTORES, la SGAE se comprometió a eliminar la limitación de los ingresos que las operadoras de televisión podían recibir por los derechos generados por sus editoras, comprometiéndose también a eliminar el tratamiento privilegiado que había concedido a ATRESMEDIA y MEDIASET, aplicando los mismos descuentos a todos los operadores de televisión en condiciones análogas.
- (124) Años más tarde, pese a la aprobación de nuevas tarifas generales para radiodifusión en 2016 y 2017, al no alcanzarse un acuerdo con los operadores audiovisuales, y en particular con MEDIASET y ATRESMEDIA, sobre una nueva tarifa pactada, la SGAE firmó sendos acuerdos provisionales con las dos operadoras en enero (MEDIASET) y julio (ATRESMEDIA) de 2018, con ánimo de conseguir una regularización de los pagos en el periodo transcurrido entre 2016 y 2019 mientras continuaba la negociación de la tarifa.
- (125) Pues bien, desde el inicio de dicha relación contractual y hasta la modificación legislativa de 2019, la denunciante en todo momento estuvo recibiendo los pagos realizados por las operadoras sin dar a entender que le hubieran resultado abusivos como resultado de una imposición de precios de compra inequitativos.

⁶⁹ A ello se refiere la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 13 de Madrid, de 11 de enero de 2021, que condena a MEDIASET en la demanda de reclamación de cantidad interpuesta por SGAE.

Consecuentemente, iría la denunciante en contra de sus propios actos, al defender ahora el carácter abusivo de una tarifa que ella misma negoció y cobró.

- (126) Y el hecho de que las dos operadoras de TV, a raíz de la modificación legislativa, consideraran que debía producirse un ajuste en la tarifa pactada, con el ánimo de restaurar el *statu quo* perdido por ambas a raíz de la aplicación realizada por la SGAE de dicho cambio normativo, no justifica el calificar esos nuevos importes propuestos por ellas como abusivos desde la perspectiva de la normativa de competencia.
- (127) Más allá de descartar la existencia de indicios suficientes de la existencia de una conducta abusiva que justifiquen la incoación de un procedimiento sancionador por infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE, esta Sala no entra a valorar si se ajustan a derecho la metodología empleada por SGAE para aplicar las nuevas condiciones impuestas por la ley al introducirse el tope al retorno o los “ajustes compensatorios” unilaterales por parte de las operadoras descontando lo que consideran que es debido a sus editoriales. Ello constituye un conflicto contractual entre operadores a resolver, en su caso, en sede de jurisdicción mercantil.
- (128) En lo que respecta al otorgamiento de preferencia por parte de las operadoras denunciadas a sus propias editoras, nuevamente, no cabe considerar que la reducción al máximo de la utilización en su programación de otra música distinta a la de sus editoras, con el objetivo de rebajar la tarifa abonada a la SGAE constituya un indicio de conducta abusiva en el caso de MEDIASET y ATRESMEDIA, que contarían con una justificación económica derivada del cambio normativo para variar sus decisiones sobre la elección de la música que programan en sus cadenas, a los efectos de reducir sus costes.
- (129) El hecho de que tal medida de acentuación del uso del repertorio propio del grupo, de ser acreditada, suponga que cualquier otra editora que quisiera acceder a las parrillas de los canales de televisión de ATRESMEDIA y MEDIASET haya visto obstaculizada esa posibilidad, tampoco puede considerarse como un indicio de abuso que justifique la incoación de un procedimiento sancionador. En primer lugar, no se considera que los canales de TV de MEDIASET y ATRESMEDIA, de forma conjunta o por separado, tengan un peso en la demanda tan elevado para las editoras musicales. La demanda de autorizaciones no exclusivas para la comunicación pública de los contenidos musicales que los operadores de TV emiten en sus distintos programas está constituida por todos los operadores de TV en abierto y por los canales de TV emitidos por operadores de TV de pago. La Resolución de la CNMC en el expediente S/DC/617/17 se refiere a los 26 canales de TDT en abierto de ámbito nacional (que incluye como titulares de licencia a ATRESMEDIA, MEDIASET y otros, como RTVE, NET, VEO, y otros), las cadenas de TV autonómica públicas

y privadas, con una oferta de hasta 4 canales de TV en cada ámbito autonómico, un gran número de canales locales y canales de TV de pago. Hay que recordar de nuevo que las conclusiones recogidas en la resolución del expediente S/DC/617/17 en relación con la posición de ATRESMEDIA y MEDIASET como oferentes de espacios de publicidad para la TV en abierto no son trasladables a la posición de ambos operadores como demandantes de derechos de propiedad intelectual.

- (130) Por otra parte, la eventual reducción en el uso de cualquier otro repertorio diferente del de las editoriales de su grupo puede considerarse una respuesta previsible y razonable al impacto financiero que supone para ATRESMEDIA y MEDIASET la aplicación de los repetidos topes al reparto.
- (131) Por todo ello, incluso en el caso de que se acreditase una posición de dominio, no existen indicios de abuso de dicha eventual posición de dominio que, a la vista de la información y documentación recabada, justifiquen, a día de hoy, la incoación de un expediente sancionador por infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE.

5.3.3. Posible aplicación del artículo 3 de la LDC

5.3.3.1 Principios

- (132) Con carácter alternativo, la denunciante considera que las conductas de ATRESMEDIA y MEDIASET se encuadran en las conductas desleales tipificadas en la LCD consistentes en la violación de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial (artículo 15), así como en actos de explotación de dependencia económica previstas en el artículo 16 de la LCD, que reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad.
- (133) El artículo 3 de la LDC establece que:
- “La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.”*
- (134) La infracción del artículo 3 de la LDC requiere, por un lado, de un acto de competencia desleal, según establecido en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (**LCD**) y, por otro lado, que dicho acto, por falsear la competencia, afecte al interés público. No es suficiente, por tanto, la afectación de un interés privado, como puede ser un determinado operador.

- (135) La jurisprudencia ha tendido a considerar el falseamiento o la distorsión en función de diversos posibles efectos. Entre ellos estaría un cambio del comportamiento de la demanda o una aptitud de la conducta desleal para influir en la elección de los consumidores entre distintas ofertas (y así provocar que la oferta de otro no fuera tenida en cuenta o que se produjera una desviación de clientela⁷⁰).
- (136) Desde la perspectiva de la legislación de competencia, la CNMC es el organismo encargado de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados, y sólo está facultada para enjuiciar la deslealtad de una conducta cuando, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se produce, resulta apta para restringir la competencia efectiva en el mercado, que es el interés público tutelado por la LDC.

5.3.3.2. Aplicación al caso.

- (137) En relación con la potencial vulneración de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial a las que se refiere el artículo 15.2 de la LCD, la SGAE alega en su denuncia que ATRESMEDIA y MEDIASET estarían infringiendo la limitación impuesta tras la modificación del TRLPI (art. 159.I) que impide que un usuario de los derechos que a su vez sea titular reciba una cantidad superior al 20% del total que se recauda de dicho usuario, prohibiéndose además la injusta utilización preferencial de las obras protegidas que pertenezcan a empresas usuarias [artículo 159 letra ñ) del TRLPI⁷¹].
- (138) Sin embargo, esta Sala estima que las operadoras de TV como tales no estarían vulnerando el referido artículo del TRLPI. Si bien el TRLPI establece unas obligaciones en relación con el reparto (en la letra “I” del artículo 159, tope de reparto), dichas obligaciones son de aplicación para la propia SGAE, y no para los usuarios, con lo que estos no estarían incurriendo en la violación de normas alegada por la entidad. Tampoco entiende esta Sala que se pretenda por las demandadas en su doble condición de usuarias y de titulares representadas en la SGAE –de forma individualizada y, mucho menos, conjunta– una aplicación fraudulenta del artículo 159 I) del TRLPI. Otra cuestión distinta es que, una vez

⁷⁰ SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de marzo de 2002, Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Madrid, Resoluciones del TDC de 28 de julio de 1998 (Expertos Inmobiliarios, Exp. 405/97, confirmada por SAN –Sala de lo Contencioso-Administrativo– de 22 de marzo de 2002 y revocada por otros motivos por STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de marzo de 2005) y de 30 de mayo de 2002 (Agentes Propiedad Inmobiliaria, Exp. 521/01, confirmada por SAN –Sala de lo Contencioso-Administrativo– de 6 de junio de 2005).

⁷¹ Dicho artículo prevé que “[...] la entidad de gestión adoptará medidas para evitar una injusta utilización preferencial de las obras y prestaciones protegidas, en particular por aquellos titulares de derechos [que pertenezcan a empresas usuarias], pudiendo incluso establecer restricciones al reparto.

producida tal modificación normativa, pretendan ATRESMEDIA y MEDIASET una corrección o modificación de la relación contractual en lo relativo a las tarifas negociadas a abonar como usuarias. La valoración que ambas operadoras hacían del acuerdo alcanzado en 2018, y de la razonabilidad de la tarifa, naturalmente ha podido cambiar una vez que los importes de retorno esperados -contemplados también en tal negociación han quedado sujetos a un límite máximo por una ulterior modificación normativa y el modo en el que esta ha sido implementado por la SGAE.

- (139) En relación con la explotación de dependencia económica (tipificada en el artículo 16.2 de la LCD), la SGAE alega en su escrito que se está viendo forzada a ceder en sus negociaciones (concediendo a ATRESMEDIA y MEDIASET, en calidad de clientes, ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares, lo que le pone en una situación límite por estar obligada en virtud del Derecho de la competencia a tratar de la misma forma a todos los operadores que se encuentran en la misma situación), al no tener alternativa a ATRESMEDIA y MEDIASET (al ser operadores con un extraordinario poder de mercado).
- (140) Esta Sala no considera que haya indicios suficientes de una situación de dependencia económica de la SGAE con respecto a estas operadoras⁷², pese a tratarse de usuarios claramente relevantes como demandantes de autorizaciones no exclusivas para la comunicación pública de los contenidos musicales en su programación. Es preciso recordar que en el mercado de adquisición de derechos de autor en calidad de usuarios estos operadores carecen de ese poder negociador privilegiado frente a SGAE.
- (141) Por otra parte, en la denuncia e información anexa, se pone de manifiesto la existencia de pagos a cuenta a la SGAE por parte de ambos operadores, centrándose las reclamaciones de cantidad que les formula SGAE estrictamente en los importes controvertidos (comparativamente menores respecto de lo efectivamente abonado) tras la aplicación por la entidad de gestión de la modificación normativa, por lo que no parece que haya ningún tipo de explotación desleal de una eventual situación de dependencia económica que pudiese eventualmente acreditarse.
- (142) No concurre, por tanto, el requisito de existencia de un acto de competencia desleal.

⁷² Como se ha comentado, el [Informe de la SGAE](#) señala que las TV privadas supusieron 59,1 millones de euros en 2021 por 35,9 de las TV públicas y 4,7 de las TV de pago. No obstante, dicho informe señala que eso se debe a la regularización de pagos y que en 2020 los ingresos por las TV privadas fueron de 20,2 millones por 37,0 de las públicas y 7,0 de las de pago. Ello puede dar una indicación aproximada del peso relativo. Más allá de que existan otras fuentes de ingresos en radiodifusión y en otros ámbitos.

- (143) Sin perjuicio de lo anterior, cabe también manifestar que, dado (i) el carácter puntual de las actuaciones denunciadas, surgidas como respuesta a una modificación en las circunstancias iniciales, en el contexto de acuerdos previos y negociación existente entre denunciante y denunciadas; y (ii) que los impagos y la retirada del repertorio denunciados se circunscriben y conectan a una controversia concreta sobre cuál deba ser la tarifa en el caso específico de usuarios en los que coincide la condición de titulares, nos encontramos ante un conflicto intersubjetivo entre cada uno de los operadores de TV y la entidad de gestión que no alcanza, al menos a tenor de los indicios de los que ha tenido conocimiento la Sala, a falsear las condiciones de competencia en el mercado y afectar el interés público en el sentido del artículo 3 de la LDC.
- (144) En consecuencia, esta Sala considera que no obran indicios suficientes, en relación con las conductas denunciadas, que justifiquen la incoación de un expediente sancionador por vulneración del artículo 3 de la LDC.
- (145) Atendiendo al conjunto de fundamentos que acaban de exponerse, esta Sala:

6. ACUERDA

Único. La no incoación de un procedimiento sancionador contra ATRESMEDIA y MEDIASET por la presunta realización de las conductas denunciadas contrarias a los artículos 1, 2 y 3 de la LDC o 101 y 102 del TFUE y el archivo de las actuaciones, al no apreciar en este momento la existencia de indicios de infracción.

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