



Roj: **SAN 6629/2023 - ECLI:ES:AN:2023:6629**

Id Cendoj: **28079230062023100915**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/12/2023**

Nº de Recurso: **1510/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0001510 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 10890/2019

Demandante: SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE)

Procurador: D. MANUEL DÍAZ ALFONSO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN S.A Y UNISON RIGHTS, S.L

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

SENTENCIA N^o :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecinueve de diciembre de dos mil veintitrés.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. **1510/2019** promovido por el Procurador D. Manuel Díaz Alfonso, en nombre y representación de la **SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE)**, contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictada el Expediente S/DC/0590/16, DAMA VS SGAE. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado . Se han personado como codemandados ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN S.A, representada por la procuradora D^a Marina Arto de Prado y UNISON RIGHTS, S.L., representada por el procurador D. José Manuel Jiménez López.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que dicte sentencia en la que estime el presente recurso y anule la Resolución recurrida e imponga en todo caso el pago de las costas a la Administración en virtud de lo dispuesto en el artículo 139 LJCA.

SEGUNDO. - El Abogado del Estado y las representaciones procesales de ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN S.A, y UNISON RIGHTS, S.L., contestaron a la demanda mediante escritos en los que suplicabas se dictase sentencia por la que se confirmen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO. Acordado el recibimiento del recurso a prueba con el resultado obrante en autos, y, se confirió traslado sucesivo a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, quedaron las actuaciones conclusas para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 17 de octubre del año en curso, fecha en la que ha tenido lugar.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - A través de este proceso la entidad actora impugna la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictada el Expediente S/DC/0590/16, DAMA VS SGAE, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"PRIMERO. Declarar que en este expediente ha resultado acreditada la comisión de una infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por parte de la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES, consistente en:

· *Un abuso de posición dominante en los mercados aguas arriba de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales y audiovisuales y en el mercado conexo (aguas abajo) de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras audiovisuales, mediante la imposición a los socios de condiciones estatutarias y contractuales que restringen injustificadamente tanto la atribución inicial a SGAE de la gestión de derechos de propiedad intelectual de forma parcial como la revocación o retirada parcial de SGAE de la gestión de los mismos a lo largo de la vigencia de los contratos de gestión.*

· *Un abuso de posición dominante en los mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales y audiovisuales a través de su amenización en espacios públicos en establecimientos integrantes del sector del hospedaje, mediante la paquetización y ausencia de desglose tarifario entre el repertorio audiovisual y musical.*

· *Un abuso de posición dominante en los mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales y audiovisuales en establecimientos del sector de la restauración, mediante la paquetización y el establecimiento de una estructura tarifaria que dificulta la comparación y contratación con otros operadores.*

SEGUNDO. Declarar responsable de esta infracción a la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES.

TERCERO. Imponer a la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES una multa de 2.949.660 euros.

CUARTO. Intimar a la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES para que en el futuro se abstengan de realizar conductas semejantes a la tipificada y sancionada en la presente Resolución.

QUINTO. Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución."

SEGUNDO. - Recoge la resolución sancionadora que el procedimiento sancionador se incoo como consecuencia de las denuncias formuladas, respectivamente, por Derechos de Autor de Medios Audiovisuales, Entidad de Gestión (DAMA) y por IME Licensing Services, S.L. (IME), cuya denominación social actual es Unison Rights, S.L. (UNISON RIGHTS) por supuestas conductas prohibidas por la LDC y el TFUE.

En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a la ahora recurrente y a las denunciadas en los siguientes términos:

-Sociedad General de Autores y Editores (SGAE)

"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.

Aunque creada en 18904 y con actividad a lo largo de todo el siglo XX, SGAE actualmente actúa como entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual en virtud de Orden del Ministerio de Cultura de 1 de junio de 1988 (B.O.E. nº 134, de 4 de junio de 1988).

Según la última Memoria e Informe de Gestión publicado por la SGAE en su página web⁵, correspondiente al ejercicio 2016, a 31 de diciembre de dicho año, la SGAE contaba con 120.842 socios directos. De ellos, 110.447 son autores; 2.354, editores musicales, y 8.041, herederos.

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, siendo miembro de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores (CISAC). Para el desarrollo de su actividad la SGAE cuenta en 2017 con más de 400 empleados, 19 sedes en España y 5 en el extranjero"

De rechos de Autor de Medios Audiovisuales (DAMA):

"DAMA es una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual autorizada por el Ministerio de Cultura mediante resolución de fecha 5 de abril de 1999 (B.O.E. nº 85, de 9 de abril de 1999), especializada en la recaudación, gestión y reparto de los derechos de autor de obras audiovisuales y cinematográficas.

DAMA gestiona y protege los derechos de autor de gestión colectiva obligatoria de sus autores socios (directores y autores de la parte literaria de obras cinematográficas y audiovisuales). Según la última Memoria e Informe de Gestión de DAMA accesible en su página web, correspondiente al ejercicio 2017, con fecha 31 de diciembre de dicho año el número de socios que lo integran es de un total de 10016 y, según su web⁷, gestionaba un repertorio de más de 500.000 obras audiovisuales de ficción de autores de España y otros países.

DAMA tiene acuerdos de gestión de su repertorio en España con entidades de países como México, Japón, Australia, Nueva Zelanda, Brasil, Colombia, Francia, Bélgica y Canadá, Argentina o Reino Unido. Además, al igual que la SGAE, desde 2006 DAMA forma parte de la CISAC. "

Un ison Rights, S.L.:

"(UNISON RIGHTS) UNISON RIGHTS es una entidad privada con ánimo de lucro (denominación social anterior IME Licensing Services, S.L.)⁸ creada en septiembre de 2016, que estima estar operativa a partir del primer trimestre de 2019 y cuyo objeto social incluye, entre otros, la gestión, administración, cesión y licenciamiento de derechos de autor o los derechos afines a los derechos de autor, en nombre de varios titulares de derechos

UNISON RIGHTS se configura como un operador de gestión independiente (OGI) al amparo de la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior (Directiva 2014/26/UE).

En este sentido, dicha Directiva, en su artículo 3.b) entiende por OGI "toda organización autorizada, por ley o mediante cesión, licencia o cualquier otro acuerdo contractual, para gestionar los derechos de autor o los derechos afines a los derechos de autor en nombre de varios titulares de derechos, en beneficio colectivo de esos titulares de derechos, como único o principal objeto, y que: i) no sea propiedad ni esté sometida al control, directa o indirectamente, en su totalidad o en parte, de los titulares de derechos, y ii) tenga ánimo de lucro".

Tras detallar el marco normativo de los derechos de autor regulados en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que recoge, aclara y armoniza las disposiciones legales vigentes sobre la materia, subraya que desde 1996, el TRLPI ha experimentado numerosas reformas, siendo la más reciente la efectuada por la Ley 2/2019, de 1 de marzo, para incorporar al ordenamiento jurídico español las Directivas 2014/26/UE y (UE) 2017/1564. En relación con el presente expediente, destaca que la reforma más relevante fue precisamente la introducida por el Real Decreto Ley 2/2018, de 13 de abril, por la que se incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, con la finalidad de armonizar la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior.

Aborda a continuación, el análisis del mercado afectado y consigna que, de acuerdo con la Dirección de Competencia (DC), las prácticas investigadas en este expediente abarcan distintos mercados:

(a) mercados aguas arriba de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras audiovisuales y de obras musicales; y

(b) mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de obras musicales y audiovisuales. En este, acoge el criterio de la DC sobre la necesidad de diferenciar los mercados aguas abajo, configurados en base a la existencia de clientes distintos (demandantes de licencias/autorizaciones), productos distintos (las licencias son diferentes en función del tipo de actividad a desarrollar) y precios distintos. diferenciando cuatro mercados, a saber:

Un mercado de producto relevante de concesión de autorizaciones y remuneración por los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de obras musicales en establecimientos del sector del hospedaje.

- Un mercado de producto relevante de concesión de autorizaciones y remuneración por los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de obras musicales en establecimientos del sector de la restauración.

- Un mercado de producto relevante de concesión de autorizaciones y remuneración por los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales en establecimientos del sector del hospedaje.

- Un mercado de producto relevante de concesión de autorizaciones y remuneración por los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales en establecimientos del sector de la restauración

Por lo que se refiere al mercado geográfico, considera que es nacional.

Recoge los hechos acreditados a partir de la información aportada por los denunciados y, posteriormente, por la SGAE como invocada en sus escritos de contestación a los requerimientos de información efectuados por esta Comisión y refiere que:

- Tanto la gestión de derechos conferida por el autor a SGAE en el momento de su alta como socio y de la suscripción del correspondiente contrato de gestión, como la revocación o retirada parcial realizada con posterioridad, parecen estar restringidas por bloques completos de categorías de obras, categorías de derechos y a formas de explotación, conforme a la clasificación establecida por la propia SGAE en el artículo 14.1.4º de sus estatutos.

- El uso de tarifas por disponibilidad promediada de la SGAE para utilizaciones secundarias de su repertorio por (i) hoteles, (ii) hostales, pensiones, casas rurales y fondas y por (iii) hospedaje de carácter rural, no establecen el desglose correspondiente a cada uno de los derechos y obras retribuidos por las mismas.

- Tal y como están configuradas las Tarifas Generales de SGAE tanto para el año 2017 como para el año 2018, a los establecimientos del sector hospedaje les resulta imposible diferenciar los usos y repertorios retribuidos, no siendo posible distinguir qué parte de la tarifa corresponde al uso del repertorio audiovisual y qué parte corresponde al repertorio musical, integrando ambos tipos de obras el contenido de la autorización licenciada por SGAE.

- Las tarifas de uso por disponibilidad promediada de SGAE para utilizaciones secundarias de su repertorio por establecimientos del sector de la restauración derivadas del Convenio de 2014 y aplicadas hasta 2017 no establecían el desglose correspondiente a cada uno de los derechos y obras retribuidos por las mismas. Así, las licencias concedidas por SGAE para este ámbito incluían la autorización conjunta para la utilización tanto de obras del repertorio musical (a través de cualquier medio: radio, tv, cd, internet, gramolahuca, juke box, actuaciones en vivo o en directo...) como del repertorio audiovisual (a través de cualquier medio: tv, internet, laser disc, DVD, video...). Sin embargo, a raíz del Convenio de 2018, como se verá, se establece en las tarifas la diferenciación entre repertorios musical y audiovisual, con las características que se señalan más adelante.

- Las Tarifas Generales publicadas por SGAE en 2018 por Comunicación Pública (folios 5296 a 5508) para amenización de carácter secundario e incidental en bares, cafeterías y similares (folios 5347 a 5348), supusieron una modificación de su estructura, distinguiendo el uso del repertorio por su uso musical o audiovisual. Asimismo, desaparece la consideración a la categoría del establecimiento y se establecen tres subtarifas para cada categoría, sustituyendo, entre otras cosas, a los anteriores porcentajes de descuento por formalización voluntaria y previa de licencia y gastos de gestión no evitados, manteniendo, por otro lado, los descuentos por domiciliación, pago anticipado anual y pago anticipado semestral

Dicho lo anterior concluye que:



"la Dirección de Competencia ha propuesto a esta Sala que declare la existencia de una infracción única y continuada de abuso de posición dominante prohibida en el artículo 2 de la LDC y en el artículo 102 del TFUE , desde 2016 a noviembre de 2018, consistente en:

Un abuso de posición dominante en los mercados aguas arriba de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales y audiovisuales y en el mercado conexo (aguas abajo) de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras audiovisuales, mediante la imposición a los socios de condiciones estatutarias y contractuales que restringen injustificadamente tanto la atribución inicial a SGAE de la gestión de derechos de propiedad intelectual de forma parcial como la revocación o retirada parcial de SGAE de la gestión de los mismos a lo largo de la vigencia de los contratos de gestión.

Un abuso de posición dominante en los mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales y audiovisuales a través de su amenización en espacios públicos en establecimientos integrantes del sector del hospedaje, mediante la paquetización y ausencia de desglose tarifario entre el repertorio audiovisual y musical.

Un abuso de posición dominante en los mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales y audiovisuales en establecimientos del sector de la restauración, mediante la paquetización y el establecimiento de una estructura tarifaria que dificulta la comparación y contratación con otros operadores."

Considera que: " Los hechos puestos de manifiesto en esta resolución, cuya versión completa consta en los apartados 146 a 192 del PCH (folios 7550 a 7571), evidencian la existencia de un abuso de posición dominante de la SGAE en los mercados aguas arriba de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de obras musicales y audiovisuales y en los mercados conexos aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración por los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de obras musicales y audiovisuales en establecimientos del sector del hospedaje y la restauración. Dicha conducta de abuso se manifiesta, como desarrollaremos, en la imposición a los socios de la SGAE de condiciones estatutarias y contractuales que restringen injustificadamente tanto la atribución inicial a la SGAE de la gestión de derechos de propiedad intelectual de sus socios de forma parcial como la revocación o retirada parcial de la gestión de los mismos a lo largo de la vigencia de los contratos de gestión celebrados con la SGAE. Asimismo, también se han identificado conductas de abuso mediante la paquetización de tarifas, la ausencia de desglose tarifario y el establecimiento de una determinada estructura tarifaria, mediante la cual la SGAE ha dificultado la comparación y contratación con otros operadores por parte de los establecimientos del sector hospedaje y restauración".

Analiza, a continuación, la existencia de una posición de dominio de la SGAE en los mercados afectados por las prácticas investigadas. Esto es, en el mercado de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales y audiovisuales y en los mercados de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales y audiovisuales en establecimientos de los sectores del hospedaje y la restauración.

A estos efectos explica que para que haya un abuso de posición dominante es requisito previo la existencia de una posición de dominio en el mercado definido como relevante y, por lo que concierne al caso examinado sostiene que:

- Ha quedado acreditado que en el mercado de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de obras musicales, la SGAE ostenta un monopolio de facto ya que es el único operador con un catálogo significativo de derechos de autor de contenidos musicales. Esta circunstancia se debe, entre otras cosas, a los acuerdos de reciprocidad que la SGAE tiene suscritos con otras entidades de gestión extranjeras para conferirse recíprocamente la representación de sus respectivos repertorios. Esta circunstancia, unida a la apariencia residual y casi inexistente de los operadores de gestión independientes (OGI's) y a la existencia de barreras de entrada por la presencia de economías de escala, de alcance y de red en la gestión de este tipo de derechos, provoca que no exista ningún otro operador que disponga de un catálogo significativo de derechos de autor de contenidos musicales que pueda competir efectivamente con la SGAE en este mercado.

- En el mercado de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de obras audiovisuales, la SGAE ha ostentado una posición de dominio hasta, al menos el año 2018, cuando DAMA pasó a gestionar un porcentaje representativo del repertorio, si bien, al menos hasta la emisión de la propuesta de resolución, además de la SGAE, operaba DAMA como entidad de gestión colectiva autorizada, por lo que, existía una situación competitiva de duopolio. De la información que figura en el expediente, se deduce que DAMA ha incrementado su presencia en este mercado de manera continuada desde su creación en 1999. Su cuota de mercado se ha mantenido más o menos estable entre 2013 y 2017, en términos de repertorio gestionado, situándose alrededor del 10-20%, dando un gran salto en 2018, al pasar a una cuota del 40-70% (según la fuente



de la estimación que se utilice). Este cambio ha alterado el tradicional dominio de la SGAE como consecuencia del trasvase en la gestión de los derechos de los principales autores y editores de Reino Unido y Estados Unidos de la SGAE a DAMA, de conformidad con los acuerdos celebrados en 2017 con efectos a partir de 2018. Por todo cuanto antecede, esta Sala considera que, en el mercado de gestión de derechos de propiedad intelectual de obras audiovisuales, la SGAE dispuso de una posición de dominio hasta, por lo menos, 2018, año a partir del cual la posición de DAMA ha variado la situación del duopolio en dicho mercado. Por ello, al contrario de lo que alega SGAE, no resulta necesario variar la descripción de los hechos o recalificar la conducta para describir las prácticas de SGAE como abusivas, dado que durante la práctica totalidad del periodo investigado la entidad disponía de una posición de dominio incuestionable tanto en el mercado de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de obras musicales como audiovisuales. Esto no implica, como ha indicado reiteradamente la DC tanto en el PCH como en la propuesta de resolución a las alegaciones de la SGAE (folios 7437 a 7438), que no puedan calificarse de abusivos determinados comportamientos de la SGAE producidos en este mercado a partir del año 2018, pues es reiterada la jurisprudencia de la Unión Europea que ha calificado como abusivos comportamientos en mercados distintos de los dominados.

- En lo que se refiere a los mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración por los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de obras musicales, esta Sala no tiene duda, tal y como han establecido las distintas autoridades nacionales de competencia, de la existencia de una posición de dominio desde la que actúan las entidades de gestión y, en particular, la SGAE, como única entidad de gestión habilitada actualmente en España para autorizar la comunicación pública y reproducción, y gestionar la remuneración de las obras de contenido musical en cada una de sus distintas formas, (emisión a través de radiodifusión o de un programa distribuido por cable, la efectuada mediante música en vivo, ejecución humana o amenización secundaria en hostelería o en establecimientos de los sectores de hospedaje, empresas de transporte u otros establecimientos abiertos al público, etc.)

.- En relación con el mercado aguas abajo de autorización y remuneración por los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de contenidos audiovisuales, participan, al igual que en el mercado aguas arriba del sector audiovisual, la SGAE y DAMA, estando ambas entidades de gestión habilitadas para la autorización de la reproducción y comunicación pública de estos contenidos.

No obstante, se sostiene que los mercados de autorizaciones y remuneración por los derechos de reproducción y comunicación pública en establecimientos de los sectores de hospedaje y restauración de contenido audiovisual, la SGAE es actualmente la única entidad que participa en estos mercados como oferente efectivo. Que ello es así, incluso aunque su repertorio haya disminuido y no sea cuasi-universal, debido a que, desde 2018, cerca del 40-70% (según la fuente de la estimación que se utilice⁴²) del repertorio audiovisual está en manos de DAMA, como consecuencia del trasvase de autores y editores de EE.UU y Reino Unido, pero durante el periodo investigado (2016-2018, previo a ese cambio de configuración del repertorio), la posición de dominio de SGAE, como ya se ha reseñado, era incontestable al ser la única entidad que podía ofrecer una autorización sobre un porcentaje significativo del repertorio. Añade que en definitiva, las características propias del mercado, las evidencias de falta de competencia, hacen que, aunque la SGAE sólo disponga actualmente de entre el 30 y el 60% del repertorio audiovisual en España, según la fuente de la estimación que se utilice⁴⁴, sí disponga de la capacidad para exigir e imponer las tarifas que desee a los usuarios de los sectores de hospedaje y restauración, dado que los usuarios no disponen de la opción de acreditar que no están haciendo uso del repertorio de la SGAE en su actividad de comunicación pública de obras audiovisuales. En todo caso, esta posición de dominio no puede cuestionarse en el periodo de infracción imputado (2016-2018) en el que la cuota de mercado de SGAE era sustancialmente mayor.

Y termina concluyendo que : " que la SGAE ostentó durante todo el periodo analizado en el expediente (desde 2016 hasta el cierre de la instrucción) una posición de dominio en el mercado de la gestión de los derechos de comunicación pública y reproducción correspondientes a autores de contenidos musicales en España.

Asimismo, durante el mismo periodo, SGAE ostentó una posición de dominio en los mercados de autorizaciones y remuneración por los derechos de reproducción y comunicación pública de contenidos audiovisuales y musicales en establecimientos de los sectores de hospedaje y restauración en España.

Por otro lado, se ha acreditado que desde al menos 2016 y hasta al menos el final de 2017, SGAE habría dispuesto de una posición de dominio en el mercado de la gestión de los derechos de comunicación pública y reproducción correspondientes a autores de contenidos audiovisuales en España. En los mercados aguas abajo, tal y como se ha podido comprobar, SGAE ha contado con una independencia significativa a la hora de establecer las condiciones de autorización y remuneración por la utilización de estos derechos por los usuarios de los derechos.

Partiendo de lo expuesto considera acreditado que:

-La SGAE ha abusado de su posición dominante en los mercados de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales y audiovisuales, mediante la imposición a los socios de condiciones estatutarias y contractuales que restringen injustificadamente tanto la atribución inicial a la SGAE de la gestión de derechos de propiedad intelectual de forma parcial como su revocación o retirada parcial de la gestión de los mismos a lo largo de la vigencia de los contratos de gestión. Que esta práctica tendría por objeto coartar la libertad de sus asociados para causar baja en la SGAE para la gestión de algunos de los derechos, impidiendo o restringiendo a los titulares de los mismos (autores, compositores y editores) atribuir parte de su gestión a otras entidades. Que esta conducta tiene la finalidad de reforzar la posición monopolística de SGAE e impedir tanto el ejercicio efectivo de presiones competitivas por otras entidades de gestión como la entrada y expansión de nuevos operadores en el mercado, generando por tanto un efecto negativo de exclusión en el mercado por lo que supone un abuso de posición de dominio de la SGAE en el mercado de gestión de los derechos de propiedad intelectual de obras musicales y supone un abuso de posición de dominio de la SGAE en el mercado de gestión de los derechos de propiedad intelectual de obras audiovisuales mientras esta posición dominante ha estado vigente en dicho mercado. Incluso, asumiendo que dicha posición de dominio pudo desaparecer en 2018, la práctica ha podido persistir mediante su posición dominante en los mercados de autorizaciones y remuneración por los derechos de reproducción y comunicación pública de contenidos audiovisuales en establecimientos de los sectores de hospedaje y restauración en España durante el año 2018, generando un efecto negativo de explotación en el mercado, concretada a través de la teoría de los mercados conexos.

-La SGAE habría abusado de su posición dominante en los mercados aguas abajo mencionados de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales y audiovisuales a través de su amenización en espacios públicos en establecimientos integrantes del sector del hospedaje. La SGAE habría cometido dicho abuso mediante la paquetización de las ofertas y la ausencia de desglose tarifario entre las tarifas musicales y audiovisuales.

- La SGAE habría abusado de su posición dominante en los mercados aguas abajo mencionados de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales y audiovisuales en establecimientos del sector de la restauración, en relación con la configuración de las tarifas, mediante la paquetización de las ofertas y la ausencia de desglose tarifario entre el repertorio audiovisual y música.

Por lo demás entiende que la infracción analizada constituye una infracción única y continuada del artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE susceptibles de tener efectos anticompetitivos de una manera previsible y potencial.

TERCERO. - Disconforme con la resolución recurrida, la sociedad actora opone frente a ella los siguientes motivos de impugnación:

I Infracción de los artículos 2 LDC y 102 TFUE: Ausencia de posición dominante de SGAE en los mercados de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual tanto de obras musicales como audiovisuales.

II. En relación con la infracción relativa a los mercados de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales y audiovisuales: Infracción del principio ne bis in ídem porque el ya fue analizado a la luz de los artículos 2 LDC y 102 TFUE por el antiguo TDC, si el contenido del artículo 14 de los Estatutos de SGAE era compatible con la prohibición de abuso de posición dominante..

III- Infracción del artículo 50.3 LDC al haber modificado los hechos objeto de imputación respecto de lo que figuraba en el PCH 62. La declaración de infracción que figura en la Resolución recurrida se refiere a la incompatibilidad del artículo 14 de los Estatutos de SGAE con el artículo 102 TFUE, cuestión que ya había sido analizada por el TDC en la Resolución Ediciones Musicales adoptada en el año 2004. No obstante, en caso de que la Sala entendiera que la conducta cuya legalidad se analiza en la Resolución no es la redacción del artículo 14 de los Estatutos, sino la aplicación efectiva de los Estatutos, como se afirma en la Resolución recurrida (FD. 4º.3.A.b), entonces se ha infringido el artículo 50.3 LDC, pues se ha producido una modificación de la acusación entre lo que figuraba en el PCH y lo que posteriormente indicarán la PR y la Resolución recurrida.

IV. Infracción de los artículos 2 LDC y 102 TFUE: la SGAE no ha incurrido en una conducta abusiva por la aprobación y aplicación del artículo 14 de los Estatutos porque el artículo 14 de sus Estatutos no permite a los titulares atribuir la gestión de los derechos de propiedad intelectual de forma parcial ni tampoco revocar parcialmente la gestión. La CNMC considera que SGAE debería utilizar a la hora de gestionar los derechos un mayor desglose, que permitiría este tipo de cesiones y revocaciones de carácter parcial.

V- La CNMC no ha demostrado que la aplicación por la SGAE de sus Estatutos haya tenido efectos restrictivos de la competencia

VI.- La SGAE no ha participado en una infracción única y continuada.

VII. La SGAE tampoco ha cometido una infracción de la normativa de competencia en los mercados de aguas abajo analizados en la Resolución recurrida. Infracción del artículo 2 LDC y 102 TFUE: La SGAE no ha incurrido en una práctica constitutiva de explotación abusiva por haber llevado a cabo una paquetización de las tarifas y por no haber llevado a cabo un desglose tarifario de los repertorios musical y audiovisual en los establecimientos de hospedaje y restauración.

VIII- Desproporción de la sanción, ausencia de culpa de la SGAE sobre el importe de la sanción. Ausencia de efectos. Subsidiariamente, infracción del artículo 64 LDC por haber calculado la sanción sobre la base de una duración errónea.

El Abogado del Estado se opone al recurso e interesa su desestimación por los propios fundamentos de la resolución recurrida.

CUARTO.- Expuestos, en apretada síntesis, los términos del debate, examinaremos los motivos de impugnación articulados en la demanda, comenzando por el que denuncia que la SGAE no ostenta una posición de dominio en los mercados afectados por las conductas investigadas y, en consecuencia, no ha podido abusar de la misma .

Recordemos que se sanciona a la SGAE por la comisión de una infracción tipificada en el artículo 2.2.c) de la LDC, consistente en:

Un abuso de posición dominante en los mercados aguas arriba de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales y audiovisuales y en el mercado conexo (aguas abajo) de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras audiovisuales, mediante la imposición a los socios de condiciones estatutarias y contractuales que restringen injustificadamente tanto la atribución inicial a SGAE de la gestión de derechos de propiedad intelectual de forma parcial como la revocación o retirada parcial de SGAE de la gestión de los mismos a lo largo de la vigencia de los contratos de gestión.

Un abuso de posición dominante en los mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales y audiovisuales a través de su amenización en espacios públicos en establecimientos integrantes del sector del hospedaje, mediante la paquetización y ausencia de desglose tarifario entre el repertorio audiovisual y musical.

Un abuso de posición dominante en los mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales y audiovisuales en establecimientos del sector de la restauración, mediante la paquetización y el establecimiento de una estructura tarifaria que dificulta la comparación y contratación con otros operadores.

Recordemos también que el tenor literal del precepto en el que se centra la presente controversia.

El artículo 2.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, prohíbe "... *la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional*". Y a continuación, en una enumeración abierta o enunciativa recoge que el abuso podrá consistir, en particular, en:

- a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.
- b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.
- c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos

Conviene también poner de manifiesto que la determinación de si ha existido a no abuso de posición de dominio exige, como es pacífico tras muchas Sentencias del TJUE (por todas la de 24/05/2012, Asunto T-111/08), seguir tres pasos sucesivos: determinación del mercado relevante (tanto respecto del producto como de su ámbito geográfico), disponer en ese mercado relevante de posición de dominio y, finalmente, determinar si las conductas denunciadas merecen el calificativo de abusivas.

QUINTO.- Di cho lo anterior, las cuestiones que tenemos que resolver son las siguientes:



- (i) Si existía posición dominante por parte de la empresa sancionada en los mercados relevantes tomados en consideración.
- (ii) En caso de que existiera tal posición dominante, ha de establecerse si la mercantil recurrente incurrió en prácticas abusivas.

SEXTO.- Pues bien, como hemos puesto de manifiesto la resolución recurrida recoge que, de acuerdo con la Dirección de Competencia, las prácticas investigadas en este expediente abarcan los siguientes mercados:

(a) mercados aguas arriba de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras audiovisuales y de obras musicales; y

(b) mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de obras musicales y audiovisuales en el que diferencia cuatro mercados, a saber: -

- Un mercado de producto relevante de concesión de autorizaciones y remuneración por los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de obras musicales en establecimientos del sector del hospedaje.
- Un mercado de producto relevante de concesión de autorizaciones y remuneración por los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de obras musicales en establecimientos del sector de la restauración.
- Un mercado de producto relevante de concesión de autorizaciones y remuneración por los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales en establecimientos del sector del hospedaje.
- Un mercado de producto relevante de concesión de autorizaciones y remuneración por los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales en establecimientos del sector de la restauración.

Pues bien, por lo que se refiere al mercado aguas arriba de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras audiovisuales y de obras musicales, la propia resolución refiere que en el mercado de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de obras audiovisuales, la SGAE ha ostentado una posición de dominio hasta, al menos el año 2018, cuando DAMA pasó a gestionar un porcentaje representativo del repertorio audiovisual, si bien, al menos hasta la emisión de la propuesta de resolución, además de la SGAE, operaba DAMA como entidad de gestión colectiva autorizada, por lo que, existía una situación competitiva de duopolio.

Añade que de la información que figura en el expediente, se deduce que DAMA ha incrementado su presencia en este mercado de manera continuada desde su creación en 1999. Que su cuota de mercado se ha mantenido más o menos estable entre 2013 y 2017, en términos de repertorio gestionado, situándose alrededor del 10-20%, dando un gran salto en 2018, al pasar a una cuota del 40-70% (según la fuente de la estimación que se utilice). Que este cambio ha alterado el tradicional dominio de la SGAE como consecuencia del trasvase en la gestión de los derechos de los principales autores y editores de Reino Unido y Estados Unidos de la SGAE a DAMA, de conformidad con los acuerdos celebrados en 2017 con efectos a partir de 2018 y que por todo ello, la Sala de Competencia considera que, en el mercado de gestión de derechos de propiedad intelectual de obras audiovisuales, la SGAE dispuso de una posición de dominio hasta, por lo menos, 2018, año a partir del cual la posición de DAMA ha variado la situación del duopolio en dicho mercado.

Recordemos que, también, de acuerdo con la resolución sancionadora, la conducta infractora habría comenzado en el año 2016 y habría finalizado, al menos, el 11 de diciembre de 2018.

Así las cosas debemos concluir que en el año 2018, la SGAE no ostentaba posición de dominio en el mercado relevante aguas arriba de gestión de colectiva de derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras audiovisuales por lo que falta el presupuesto básico para la comisión de la infracción en todo el periodo temporal considerado en el mercado relevante considerado.

No compartimos los argumentos de la resolución sancionadora en los que se trata de minimizar las consecuencias de este dato cuando afirma que no resulta necesario variar la descripción de los hechos o recalificar la conducta para describir las prácticas de SGAE como abusivas, dado que durante la práctica totalidad del periodo investigado la entidad disponía de una posición de dominio incuestionable tanto en el mercado de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de obras musicales como audiovisuales. Entendemos que el dato expuesto debió proyectar consecuencias, al menos, también en la consideración del mercado relevante considerado en cuanto incluye el de gestión de colectivos de derechos de propiedad



intelectual de autores y editores de obras audiovisuales en el periodo temporal de la información respecto de la conducta referente a este mercado.

tanto en la consideración del mercado relevante considerado , en cuanto incluye el de gestión relevante así como en el periodo temporal de la información respecto de la conducta referente a este mercado.

Dicho lo anterior, entendemos que quiebra la infracción sancionada en los términos en los que ha sido construida , sin que corresponda a esta Sala su reconfiguración a los efectos de excluir de las conductas sancionadas las que afectan al mercado aguas arriba de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras audiovisuales o de reducir su espacio temporal.

SÉPTIMO.- Lo expuesto en los anteriores Fundamentos determina la estimación del presente recurso, sin necesidad que debamos entrar a examinar los restantes motivos de impugnación articulados en la demanda, con imposición de costas a la Administración demandada.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Manuel Díaz Alfonso, en nombre y representación de la **SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE)**, contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictada el Expediente S/DC/0590/16, DAMA VS SGAE, que anulamos, con imposición de costas a la Administración demandada.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.