

RESOLUCIÓN Expte. S/0460/13, SGAE-CONCIERTOS

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 6 de noviembre de 2014

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el expediente sancionador S/0560/13, SGAE-CONCIERTOS, iniciado por la Dirección de Investigación (DI) de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), con fecha 15 de abril de 2013, contra la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), por posible infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), derivada de la aplicación de tarifas no equitativas y excesivas en las licencias concedidas para la comunicación pública de las obras musicales protegidas por derechos de autor en conciertos celebrados en España.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 27 de mayo de 2005, la Asociación de Promotores Musicales (APM) denunció a la SGAE ante el antiguo Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) por supuestas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en imponer condiciones abusivas en los contratos de licencia por los que se concedía a los promotores los derechos de autor de las canciones para poder ser interpretadas en conciertos (expediente sancionador 2619/05) (folios 3 a 53).

2. El 13 de octubre de 2006, el SDC acordó el sobreseimiento de dicho expediente (folios 1170 a 1220).
3. El 3 de noviembre de 2006, la APM interpuso recurso ante el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) contra el acuerdo del SDC, solicitando la reapertura del proceso de instrucción (Expte. R/701/06, folios 1387 a 1408), si bien el 8 de marzo de 2007, el TDC resolvió desestimar el mismo (folios 1469 a 1507).
4. La resolución desestimatoria del TDC fue anulada mediante sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de abril de 2009 (folios 1517 a 1529), por estimar que los hechos denunciados no fueron suficientemente investigados, ordenando a la entonces CNC que continuase las actividades instructoras y recabase mayor información a fin de resolver sobre las siguientes cuestiones: (i) si las tarifas de la SGAE y los criterios de fijación de las mismas estaban justificados en comparación con los países europeos y con respecto a la doctrina emanada del TS y del TJUE; (ii) si la exigencia de garantías se había producido en un número relevante de casos, y si tal exigencia estaba ajustada a los usos comerciales o, por el contrario, era una conducta injustificable desde el punto de vista de la competencia y (iii) si había existido práctica colusoria entre la SGAE y las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual extranjeras.
5. En virtud del mandato de la Audiencia Nacional, ratificado por el Tribunal Supremo mediante sentencia de 4 de diciembre de 2012 (folios 1530 a 1543), la Dirección de Investigación (DI) acordó, con fecha 18 de febrero de 2013 (folios 1 a 2), llevar a cabo una información reservada, con el número S/0460/13, con objeto de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de expediente sancionador. Se incorporaron a esta información reservada los expedientes 2619/05 del SDC y R/701/06 del TDC y se aceptó cautelarmente la confidencialidad acordada en los mismos. Asimismo se incorporaron los siguientes documentos: (i) Sentencia de la AN de 6 de abril de 2009; y (ii) Sentencia del TS de 4 de diciembre de 2012.
6. En el marco de la información reservada, con fecha 21 de marzo de 2013, la DI envió a la SGAE un requerimiento para que remitiese determinada información relativa a las conductas investigadas (folios 1544 a 1547). La respuesta de la SGAE tuvo entrada en la CNC el 11 de abril de 2013 (folios 1555 a 3382).
7. Con fecha 15 de abril de 2013, la DI incoó el presente expediente sancionador S/0460/13 SGAE-CONCIERTOS, por existir indicios racionales de la comisión, por parte de SGAE, de una infracción del artículo 2 de la LDC, y del artículo 102 del TFUE, consistente en un abuso de su posición de dominio en el mercado de gestión de derechos de comunicación pública de la propiedad intelectual de los autores de obras musicales que se explotaban en los conciertos musicales celebrados en España (ejecución pública de obras musicales) (folios 3388 a 3390). En el acuerdo de incoación se declaró como interesado a la APM.

8. Con fecha 8 de mayo de 2013, la DI remitió a la SGAE un requerimiento para que informase sobre los contratos firmados con promotores musicales y los ingresos repartidos a las sociedades de gestión colectiva con las que tenía firmados convenios de representación recíproca, solicitando los datos individuales de la UE, Canadá y EEUU, y los datos del resto del continente americano y del resto del mundo (folios 3427 a 3430). Esta información fue parcialmente remitida el 27 de mayo de 2013 (folios 3455 a 3913) y, tras una reiteración del requerimiento de fecha 3 de junio de 2013 (folios 3915 a 3917), la SGAE respondió mediante escritos de 10 y 13 de junio de 2013 (folios 3930 a 4318).
9. Con fecha 22 de octubre de 2013 la SGAE remitió información sobre el estado actual de las relaciones con los operadores de ticketing, especificando si mantenían contratos de colaboración con la SGAE y si practicaban la retención de los ingresos que corresponden a los derechos de autor (folio 4320).
10. Con fecha 24 de octubre de 2013, la Dirección de Competencia (DC) solicitó a tres operadores de ticketing (El Corte Inglés S.A., Entradas See Tickets S.A. y Ticketmaster Spain S.A.) información sobre la forma de proceder en sus relaciones con los promotores musicales (folios 4326 a 4329 y 4334 a 4341), y a la SGAE aclaraciones sobre la aplicación efectiva de exención de fianza en distintos supuestos (folios 4330 a 4333). Los días 5, 6 y 8 de noviembre de 2013, se recibieron en la CNMC las respuestas de los operadores de ticketing (folios 4356 a 4401 y 4403 a 4410) y el 12 de noviembre de 2013, se recibió la respuesta de la SGAE (folios 4426 a 4443). Con fecha 14 de noviembre de 2013, se enviaron nuevos requerimientos de información a los tres operadores de distribución de entradas citados, con el fin de que aportasen datos sobre ingresos recibidos e información relacionada con los convenios de colaboración suscritos con la SGAE (folios 4445 a 4447, 4452 a 4455 y 4459 a 4462). Las respuestas a estos escritos se recibieron el 28 y 29 de noviembre de 2013 (folios 4465 a 4471, 4473 a 4479 y 4480 a 4488).
11. Con fechas 12 y 17 de diciembre de 2013, se enviaron nuevos requerimientos de información a la SGAE sobre el peso que representaban, en términos de recaudación, los distintos modelos de licencia utilizados a partir de octubre de 2006 y los porcentajes cobrados por esta sociedad en concepto de gastos de gestión y asistenciales (folios 4507 a 4509 y folios 4538 a 4540). Las respuestas a estos requerimientos se recibieron en la CNMC el 30 de diciembre de 2013 (folios 4551 a 4555 y 4561 a 4565) y el 7 de enero de 2014 (folios 4566 a 4579).
12. El 28 de enero de 2014 el Pliego de Concreción de Hechos (PCH) fue notificado a la SGAE y a la APM. El 21 de febrero de 2014 se recibieron las alegaciones al PCH de la SGAE (folios 4691 a 4728), en las cuales solicitaba la aceptación de prueba documental consistente en aportar un informe económico donde se valorasen las conductas objeto de este expediente. El 20 de febrero de 2014 tuvieron entrada en la CNMC las alegaciones de la APM (folio 4687), en las cuales se hacía referencia a

una documentación aneja, que tuvo entrada el 25 de febrero de 2014 (folios 4756 a 4826).

13. El 5 de marzo de 2014, se requirió a la SGAE que remitiese el informe económico que solicitó presentar como prueba en sus alegaciones al PCH (folios 4828 a 4830). Dicho informe fue remitido el 17 de marzo de 2014 (folios 4851 a 4891).
14. A requerimiento de la DC, la SGAE remitió el importe neto de la cifra de negocios que figura en sus cuentas anuales correspondiente a los años 2012 y 2013 (folios 4841 a 4842).
15. Con fecha 20 de marzo de 2014, la DC notificó a las partes el cierre de la fase de instrucción del expediente S/0460/13. El 24 de marzo de 2014, la DC formuló la propuesta de resolución (PR) (folios 4937 a 5000). El 21 de abril de 2014, una vez vencido el plazo inicialmente concedido para presentar alegaciones, tuvo entrada escrito de la APM solicitando ampliar el plazo para presentar alegaciones a la PR (folio 5074). La SGAE, que había solicitado y recibido ampliación de plazo al efecto, presentó alegaciones a la PR el 23 de abril de 2014 (folios 5078 a 5233).
16. Con fecha de 24 de abril de 2014, la DC elevó su propuesta al Consejo de la CNMC.
17. En su escrito de alegaciones a la PR, SGAE solicitó diversas pruebas complementarias: (i) prueba testifical a autores y editoriales sobre usos comerciales y precios aplicados cuando gestionan por sí mismos sus derechos en modalidades similares a conciertos; (ii) consulta a la Comisión Europea, con arreglo al artículo 11.5 del Reglamento CE 1/2003, sobre la interpretación del artículo 102 TFUE, y en particular sobre distintos aspectos del análisis comparativo de tarifas realizado por la DC y sobre la justificación de adoptar medidas tendentes a evitar el fraude y el impago a los autores [prueba ya solicitada en las alegaciones al PCH y rechazada por la DC, dada la necesaria existencia de la obligación de informar a la Comisión en el marco del art. 14.1]; (iii) prueba documental para acreditar los recursos humanos de los que dispone la SGAE, así como el número de eventos y establecimientos a supervisar. Por Acuerdo del Consejo de 18 de junio de 2014, se inadmitieron las pruebas solicitadas (folios 5300 a 5304).
18. Con fecha de 26 de junio de 2014, la SGAE presentó escrito al que acompañaba *Carta* de la Comisión Europea de 10 de octubre de 2001 en el As. COMP/C-2/38071 VIASAT v. STIM and PRS (folios 5320 a 5332). Con fecha 27 de junio de 2014, se concedió a la parte un plazo de 10 días naturales a efectos de que remitiera traducción al español de tal *Carta* (folio 5333), la cual tuvo entrada en la CNMC el 11 de julio de 2014 (folios 5339 a 5349).
19. Con fecha 18 de septiembre de 2014, el Consejo dictó Acuerdo por el que se informaba a las partes de que con fecha 17 de septiembre de 2014 se había remitido a la Comisión Europea la Propuesta de Resolución del expediente en los

términos en que se señala en el artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003, por lo que, en cumplimiento del artículo 37.2.c) de la Ley 15/2007, había quedado suspendido el cómputo del plazo máximo para resolver el expediente hasta que por la Comisión Europea se diera respuesta a la información remitida, o transcurriera el plazo a que hace referencia el mencionado artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003 (folio 5350). Transcurrido el plazo de 30 días a que se refiere el último precepto señalado, por Acuerdo de 17 de octubre de 2014, el Consejo resolvió levantar la suspensión del cómputo del plazo máximo para resolver el expediente de referencia, lo que se notificó a las partes (folios 5356 a 5360).

20. El Consejo terminó de deliberar y falló el presente expediente en su reunión de 6 de noviembre de 2014.

21. Son partes interesadas: la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) y la Asociación de Promotores Musicales (APM).

HECHOS PROBADOS

1. PARTES

Las partes implicadas en el presente expediente, tal y como consta en el PCH de la DC son las siguientes:

- a) **SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE).** La SGAE es una sociedad privada de ámbito nacional, autorizada por el Ministerio de Cultura como entidad de gestión de las previstas en los artículos 147 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante TRLPI), cuya principal función es la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. En el cumplimiento de sus labores de gestión, la SGAE emite licencias a los usuarios de su repertorio, recauda los derechos generados por su explotación comercial y los reparte entre los autores y los editores musicales, descontados los costes derivados de esta gestión y la parte dedicada a promoción cultural. La SGAE tiene firmados 270 convenios de representación recíproca con 149 sociedades de gestión extranjeras.
- b) **ASOCIACIÓN DE PROMOTORES MUSICALES (APM).** APM es una asociación de las previstas por la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación que agrupa a 41 empresas promotoras de conciertos con una cuota de mercado aproximada del 80% de los conciertos de iniciativa privada celebrados en España. Conforme a los datos de la APM, el conjunto de sus socios son responsables de unos 4.800 conciertos al año, con una audiencia global de 7,5 millones de espectadores y un volumen de negocio que llega a los 262 millones de euros de facturación. El objetivo del promotor musical es organizar conciertos y procurar que tengan el mayor éxito de público posible. Para ello debe casar la disponibilidad del artista con la de un local apropiado, encajar las pretensiones

económicas de ambos con los ingresos previsibles de la venta de entradas, anunciar el concierto, poner las entradas a la venta y negociar y firmar los contratos necesarios, incluidas las licencias pertinentes (como la correspondiente a los derechos de autor).

2. MARCO NORMATIVO

De acuerdo con la DC, el sector afectado por las conductas analizadas en este expediente es el de la protección de los derechos de autor, en concreto, la gestión del derecho de comunicación pública de obras musicales en conciertos celebrados en España.

El derecho de autor abarca el conjunto de normas y principios que regulan los derechos morales y patrimoniales que la ley concede a los autores por el solo hecho de la creación de una obra literaria, artística o científica. Como es sabido, los derechos de autor en España están regulados en el TRLPI, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, normativa que regulariza, aclara y armoniza las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

Los derechos de explotación, objeto de este expediente y subtipo de los derechos patrimoniales, engloban una serie de derechos por los que el titular recibe una remuneración, como los de reproducción, distribución y comunicación pública, entre otros.

El presente expediente se refiere a derechos de comunicación pública, que el artículo 20.1 del TRLPI delimita señalando que:

“Se entenderá por comunicación pública 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.

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”

Asimismo, el artículo 17 del TRLPI indica que corresponde al propio autor el ejercicio exclusivo de este derecho de comunicación pública, es decir, tiene la facultad de autorizar o prohibir los actos de explotación de su obra o prestación protegida y exigir una remuneración.

Por lo tanto, los autores tendrán el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de su obra y el derecho a recibir la remuneración correspondiente, salvo en los casos previstos en la Ley.

La garantía del cobro de la remuneración está explicitada en el artículo 79 del TRLPI. Así, en este artículo se señala que *“los empresarios de espectáculos públicos se considerarán depositarios de la remuneración correspondiente a los autores por la comunicación pública de sus obras cuando aquélla consista en una participación proporcional en los ingresos. Dicha remuneración deberán tenerla semanalmente a disposición de los autores o de sus representantes”*.

El derecho de comunicación pública de obras musicales de autores y editores no es de gestión colectiva obligatoria, lo que significa que cada uno de sus titulares puede optar entre gestionar individualmente dicho derecho o que una entidad de gestión colectiva le represente y ejerza los derechos en su lugar. Si los autores o editores optan por este segundo sistema, en principio la SGAE tendría encomendada dicha función, al ser la única entidad existente en el territorio nacional habilitada para representar a autores y editores de obras musicales.

De acuerdo con el artículo 153 del TRLPI, la gestión de los derechos será encomendada por sus titulares a la entidad de gestión colectiva mediante un contrato de duración no superior a cinco años indefinidamente renovables. Este artículo señala a su vez que la sociedad de gestión *“no podrá imponer como obligatoria la gestión de todas las modalidades de explotación ni de la totalidad de la obra o producción futura”*. Es decir, la Ley permite que un autor pueda distribuir la gestión de sus derechos y/o de sus obras entre SGAE y otras sociedades de gestión extranjeras o reservarse para su gestión individual los derechos que no son de gestión colectiva obligatoria.

Las entidades de gestión, además de ostentar una serie de derechos, están sometidas por mandato legal a determinadas obligaciones establecidas en el artículo 157 del TRLPI:

“1. Las entidades de gestión están obligadas:

- a) A contratar con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, en condiciones razonables y bajo remuneración.*
 - b) A establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa.*
 - c) A celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente.*
- 2. En tanto las partes no lleguen a un acuerdo, la autorización correspondiente se entenderá concedida si el solicitante hace efectiva bajo reserva o consigna judicialmente la cantidad exigida por la entidad de gestión de acuerdo con las tarifas generales.*
 - 3. Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a la gestión de derechos relativos a las obras literarias, dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o de pantomima, ni respecto de la utilización singular de una o varias obras de cualquier clase que requiera la autorización individualizada de su titular.*
 - 4. Asimismo, las entidades de gestión están obligadas a hacer efectivos los derechos a una remuneración equitativa correspondientes a los distintos supuestos previstos en esta Ley y a ejercitar el derecho de autorizar la distribución por cable.”*

Las funciones de mediación y arbitraje en caso de conflictos entre usuarios y sociedades de gestión están encomendadas a la Comisión de Propiedad Intelectual

(CPI), que actuará únicamente previo sometimiento voluntario de las partes (artículo 158 del TRLPI).

Por tanto, si las partes no se someten a un arbitraje de la CPI, a falta de acuerdo particular las tarifas generales previstas en el artículo 157.1.b) del TRLPI son en principio aplicables.

No obstante, el carácter subsidiario de las tarifas generales de las entidades de gestión ha venido siendo corregido por sucesivas sentencias del Tribunal Supremo¹. El TS precisa que las tarifas generales de las entidades de gestión no son de aplicación automática, sino que el propio órgano judicial se reserva la posibilidad de no aplicarlas en el cálculo de la indemnización en el caso que considere que no son equitativas. A juicio del TS los criterios de equidad no se cumplen por el mero hecho de que la Administración reciba sin objeciones las tarifas generales *comunicadas* por las entidades de gestión ni por la existencia de un proceso negociador previo entre las partes, ya que la imposibilidad de llegar a un acuerdo no puede comportar automáticamente la imposición unilateral por las entidades de gestión de sus tarifas generales.

3. FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO

3.1. Mercado de producto

Siguiendo a la DC, las conductas que se analizan en el presente expediente afectan a las autorizaciones y a la correspondiente remuneración derivada del derecho de comunicación pública de obras musicales en conciertos celebrados en España. En este mercado, los demandantes son los promotores musicales que organizan el concierto y que requieren de una licencia que les permita interpretar públicamente las canciones cuyos derechos de autor están protegidos.

No existe sustituibilidad por el lado de la demanda con otras categorías de derechos o con otras formas de representación, ya que los organizadores de conciertos musicales únicamente desean adquirir autorizaciones para que puedan interpretarse canciones y no otro tipo de obras. Además, las licencias como se verá más adelante, se conceden únicamente para una modalidad de explotación y una modalidad específica de comunicación pública (conciertos, bailes, radiodifusión, etc.) y no pueden ser utilizadas para otras modalidades.

Asimismo, las diferencias de tarifas aplicadas apoyan la consideración de distintos mercados de producto entre las distintas modalidades de explotación de las obras musicales y entre las diferentes formas de comunicación pública de las mismas.

Adicionalmente, la sustituibilidad de la oferta es muy limitada, porque las entidades de gestión que no gestionan derechos de autor para la comunicación pública de obras musicales deben obtener previamente una autorización del Ministerio competente por

¹ STS nº 55/2009 de 18 de febrero; STS nº 228/2009 de 7 de abril; STS nº 543/2010 de 15 de septiembre; STS nº 541/2010 de 13 de diciembre; y STS nº 162/2011 de 23 de marzo.

razón de la materia (Cultura) para iniciar esta actividad, y deben recabar de un número significativo de autores la cesión de sus derechos, lo que puede conllevar un proceso largo y costoso.

Actualmente la única sociedad habilitada para gestionar los derechos de autor de obras musicales es la SGAE. Esta sociedad emite, por tanto, las licencias de uso de las obras protegidas de los autores que le hayan confiado la gestión de sus derechos, que son prácticamente la totalidad de los autores de obras musicales, ya sea porque se lo han encomendado expresamente a la SGAE los autores o porque la SGAE ha firmado un convenio de representación recíproca con la entidad de gestión extranjera que gestiona derechos de autor de obras musicales.

A efectos de este expediente, por tanto, se considera que el mercado relevante de producto es el de gestión de los derechos de autor para la comunicación pública de obras musicales en conciertos.

3.2. Mercado geográfico

De acuerdo con la jurisprudencia nacional y comunitaria, con pronunciamientos previos de las autoridades de competencia nacionales y de acuerdo con la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03, DOUE de 9 de diciembre de 1997), el mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas.

En efecto, así lo ha indicado también reiterada jurisprudencia del TJUE que ha definido el mercado geográfico como *"la zona geográfica donde se comercializa el producto en cuestión y donde las condiciones de competencias son lo suficientemente homogéneas como para permitir la evaluación de la repercusión del poder económico de una determinada empresa"*².

Como ya se ha indicado, la SGAE opera en el mercado de gestión de los derechos de autor para la comunicación pública de obras musicales en conciertos como única entidad de gestión autorizada en el territorio español.

A su vez, existen elementos que desincentivan la concesión de licencias para organizar conciertos en España por parte de sociedades extranjeras (aplicación de las mismas tarifas a autores extranjeros y transferencia a la sociedad extranjera de los ingresos por derechos de autor generados) y de autores que deseen gestionar de forma individual

² Entre otras, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de octubre de 1994, asunto Tetra Pak/Comisión, T-83/91, apartado 91, confirmada en casación por la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión, C-333/ 94P.

sus derechos (la reserva para la gestión individual de derechos parece que requiere autorización de la SGAE y tiene un coste elevado para el autor).

Por estos motivos, las condiciones de competencia en este mercado son homogéneas en todo el territorio nacional y distintas de las que existen en otros países, dado el peso que tiene la SGAE en España.

Por tanto, las conductas investigadas se circunscriben al mercado español y es éste el mercado geográfico de referencia en este expediente sancionador, sin perjuicio de lo que se indica *infra* en Fundamento de Derecho Segundo, en relación a la susceptibilidad de las conductas investigadas de afectar al comercio intracomunitario.

4. CONDUCTAS REALIZADAS

Teniendo en cuenta la información que obra en el expediente y la descrita por la DC en los apartados (52) a (101) del PCH, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC considera acreditados los siguientes hechos:

4.1. Negociaciones APM-SGAE (2002-2006):

A iniciativa de la APM, ambas partes han participado en un largo proceso de reuniones e intercambios de borradores con vistas a negociar ciertas condiciones que afectan a las licencias para interpretar obras musicales en conciertos. La falta de acuerdo entre ambas se ha concretado esencialmente en los siguientes aspectos: (i) exigencia de obtener licencia de los derechos de autor con anterioridad a la venta de entradas, (ii) importe de la tarifa exigida que asciende al 10% de la recaudación (previa deducción del IVA) o al 9% para locales con aforo inferior a mil espectadores, y (iii) exigencia de garantías que cubran el importe total adeudado. La falta de acuerdo generó que la APM presentara denuncia ante el SDC, la cual ocasionó la tramitación del expte. 2619/05, en cuyo marco se produjo una solicitud de inicio de terminación convencional, que no logró acuerdo en los compromisos presentados, particularmente en materia de tarifas. Finalmente la SGAE solicitó el sobreseimiento del expediente y presentó una nueva propuesta de compromisos, concretados en nuevos modelos de licencia, en vigor desde 1/10/2006.

4.2. Modelos de Licencia:

La DC describe sucintamente los tres modelos de licencia para la comunicación pública de obras musicales en conciertos existentes desde 2003 hasta hoy. Los modelos de licencias posteriores a octubre de 2006 continúan manteniendo algunas cláusulas de los modelos anteriores (licencias específica para cada espectáculo, contraseñado de las entradas, facultades de comprobación de asistentes por parte de la SGAE, plazo máximo para que el promotor entregue en la SGAE la documentación del concierto y el importe de los derechos de autor), pero también una serie de modificaciones para atender a las demandas de APM: (i) posibilidad de revocación de la licencia en ciertos plazos si ésta se obtiene de otra fuente, (ii) indicación por la SGAE a otra entidad de gestión [extranjera] designada por el promotor de que la SGAE no tiene inconveniente en que la segunda entidad autorice la comunicación pública; (iii) reducciones de la

tarifa para locales con menor aforo, y regulación de las invitaciones; (iv) posible acceso desde las oficinas de la SGAE al repertorio de las obras que van a ser ejecutadas públicamente; y (v) exención de fianza a los promotores que cumplan alguna de las siguientes condiciones: que tengan tres años de antigüedad sin conflictos de pago, o que el promotor sea de reconocida solvencia.

4.3. Convenios con operadores de *ticketing*:

En los convenios de SGAE con los distribuidores de entradas se les exige, antes de poner a la venta las entradas, la constatación de que los promotores disponen de la correspondiente licencia otorgada por la SGAE. Se exige de fianza a los promotores musicales que autorizan a los operadores de ticketing a retener el importe recaudado en concepto de derechos de autor.

4.4. Tarifas aplicadas:

La tarifa general aplicada por la SGAE para remunerar los derechos de autor en la celebración de conciertos musicales es del 10% del producto de taquilla (previa deducción del IVA) o del 9% en locales con aforo inferior a mil plazas. Conforme a la comparativa europea realizada por la DC, el órgano de instrucción considera que catorce países tienen tarifas más reducidas que SGAE y que únicamente en tres países la tarifa aplicada por la entidad correspondiente es superior al 10% de la recaudación, aunque sólo en algunos supuestos (Polonia, Francia, e Italia; asimismo, en Austria la tarifa para espectáculos con baile también resulta superior a la de la SGAE). En tres países (Portugal, Eslovenia y Hungría) las tarifas existentes son similares a las aplicadas por SGAE. También son notablemente inferiores las tarifas aplicadas por las dos sociedades norteamericanas correspondientes. Por otra parte, la entidad homóloga de Reino Unido, que aplica una tarifa del 3%, recibe el 40% del importe total transferido por la SGAE a las entidades de gestión de la UE con motivo de los convenios de representación recíproca.

4.5. Licencias de derechos de comunicación pública de autores para conciertos musicales emitidas en España.

Conforme datos de la SGAE, prácticamente el 100% de los conciertos celebrados en España han obtenido licencia de esa entidad. No obstante, en el periodo 2009-2012 un número muy residual de conciertos (once) se han celebrado obteniendo la licencia de derechos de autor de entidades extranjeras y en un caso del propio autor (folios 3460 a 3461).

4.6. Convenios de representación recíproca:

Los convenios de representación recíproca con entidades de gestión extranjeras (la SGAE tiene suscritos 270 convenios de representación recíproca con 149 entidades de gestión extranjeras) prevén que cada sociedad aplicará a los trabajos del repertorio de la otra sociedad *las mismas tarifas*, métodos y medios de obtención y distribución de

los ingresos que los aplicados a los trabajos de su propio repertorio. Los ingresos correspondientes a los derechos de autor recaudados por cada entidad son transferidos a la sociedad de la que son miembros los autores, previa deducción por parte de la sociedad que ha emitido la licencia de los gastos de recaudación y gestión, así como de los gastos destinados a financiar las actividades de promoción y asistenciales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”* y *“Las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia se entenderán realizadas a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

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

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

SEGUNDO.- OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

En el presente expediente sancionador este Consejo debe resolver, sobre la base de la instrucción realizada por la DC -que se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución- si las conductas investigadas constituyen prácticas anticompetitivas, vetadas por la LDC y el TFUE, consistentes en la aplicación de tarifas no equitativas y excesivas en las licencias concedidas por la SGAE para la comunicación pública de las obras musicales protegidas por derechos de autor en conciertos celebrados en España.

La DC entiende que las prácticas acreditadas en el PCH constituyen una infracción única y continuada de abuso de posición de dominio, tipificada en el artículo 2 LDC y

en el artículo 102 TFUE, que comenzó, conforme a los datos del expediente S/0460/13, al menos en el año 2002 y que perdura en la actualidad.

La DC considera que el efecto abusivo de la aplicación de este tipo de tarifas en España se ha visto reforzado por su confluencia con otras prácticas restrictivas de la competencia en el marco de una estrategia abusiva de carácter más amplio, como la imposición por parte de la SGAE de la obligación de obtener la licencia de derechos de autor con anterioridad a la venta de las entradas, la exigencia de fianzas desproporcionadas a los promotores de conciertos y el requisito de que los distribuidores de entradas retengan y liquiden el importe adeudado a la SGAE para que el promotor poder acogerse a la exención de fianza.

Por lo que respecta a la normativa nacional aplicable, se trata en el presente expediente de prácticas realizadas durante la vigencia de la Ley 16/1989 y de la LDC y ambas leyes (artículos 6 y 2, en cada caso) prohíben la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

Así pues, como esta Sala de Competencia ha tenido ya ocasión de señalar (recientemente, en la Resolución de 22 de septiembre de 2014, Expte. S/0428/12 Palés), reiterando el criterio del extinto Consejo de la CNC que comparte plenamente, resultaría indiferente aplicar uno u otro precepto legal debiendo optarse por una de las dos leyes si bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, deberá ser aquella que sea más beneficiosa para el infractor en el caso concreto, conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable.

Atendiendo al sistema de graduación de las infracciones, inexistente en la legislación anterior, al establecimiento de topes máximos al importe de algunas sanciones de cuantía inferior al general previsto por el artículo 10 de la Ley 16/1989, y a la reducción de los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas, el Consejo considera también en el presente expediente que el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007 es, globalmente, más favorable, siendo por tanto ésta la norma de aplicación en este caso.

Esta condición más favorable de la aplicación de la Ley 15/2007 ha sido reconocida en anteriores ocasiones por el Consejo de la CNC³ y de la CNMC (la citada Resolución de 22 de septiembre de 2014, Expte. S/0428/12 Palés) y por la Audiencia Nacional, que en su reciente Sentencia de 2 de abril de 2014 (recurso 194/2011, de L'OREAL ESPAÑA S.A. y L'OREAL S.A.), ha señalado lo siguiente:

“En el siguiente motivo afirma la actora que la CNC ha realizado una indebida aplicación retroactiva de la Ley 15/2007. Frente a ello conviene destacar que la conducta imputada se habría iniciado el 8 de febrero de 1989, se habría prolongado durante la vigencia de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y

³ Entre las más recientes, resoluciones del Consejo de la CNC de 23 de febrero de 2012, Expte. S/0244/10, NAVIERAS BALEARES y de 15 de octubre de 2012, Expte. S/0318/10, Exportación de sobres.

habría continuado bajo la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007, hasta el 28 de febrero de 2008.

Puesto que la incoación del expediente se produjo el 16 de junio de 2008, su tramitación se ha realizado conforme a las normas procesales de la Ley 15/2007, pues así resulta, sensu contrario, de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera del citado texto legal, en el que se señala que “Los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio.”

Pero en cuanto al derecho material, debe señalarse que sin perjuicio de que la conducta regulada por el artículo 1 de ambas leyes sea idéntica, lo cierto es que el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007, es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores que el contemplado por la anterior Ley 16/1989. Así resulta, entre otros elementos de juicio, del sistema de graduación de las infracciones inexistente en la legislación anterior, del establecimiento de topes máximos al importe de algunas sanciones de cuantía inferior al general previsto por el artículo 10 de la Ley 16/1989, de la reducción de los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas o de la especialmente destacable en este supuesto la posibilidad, común a todos los que hayan participado en un cártel, de solicitar la exención o reducción de la sanción.

Por tanto, como quiera que ambas leyes sancionaban exactamente las mismas conductas, el tratamiento de éstas es idéntico así como la cuantificación de la multa, pues en ambas se señala que la cuantía podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal, no se puede afirmar que la nueva Ley sea más perjudicial para la actora que la antigua”.

Por tanto, la alegación formulada por la SGAE relativa a que la CNMC debería aplicar la norma más favorable que, según la SGAE, a efectos de importes de sanciones, es la Ley 16/1989, no puede ser aceptada. Otra cuestión diferente es que, para el caso de las asociaciones sin cifra de negocios, la Autoridad de competencia ha venido señalando⁴ que la normativa de aplicación, a efectos del cálculo de una eventual sanción económica, sea la Ley 16/1989, en virtud del límite máximo de la sanción económica a las asociaciones que se establecía en el artículo 10 de dicha Ley (901.518,16 euros), en la medida en que las asociaciones son operadores económicos sin cifra de negocios.

⁴ Entre otras, Resoluciones del Consejo de la CNC de 12 de noviembre de 2009, Expte. S/0037/08 Compañías de Seguro Decenal; de 21 de enero de 2010, Expte. S/0085/08 Fabricantes de Gel; de 12 de abril de 2010, Expte. S/0059/08 ANAGRUAL; de 17 de mayo de 2010, Expte. S/0106/08 Almacenes de Hierro; de 24 de junio de 2011, Expte. S/0185/09 Bombas de Fluidos y de 28 de febrero de 2013, Expte. S/0342/11 Espuma de Poliuretano, así como Resolución del Consejo de la CNMC de 22 de septiembre de 2014 (S/0428/12 PALÉS).

Por otra parte, el artículo 3 del Reglamento CE 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de los actuales artículos 101 y 102 del TFUE, dispone que las Autoridades Nacionales de Competencia cuando juzguen una conducta que pueda afectar a los intercambios entre los Estados miembros, están obligadas a aplicar también la correspondiente norma comunitaria, en este caso el artículo 102 del TFUE.

La Sala de Competencia coincide con el análisis de la DC en que las conductas investigadas son efectivamente susceptibles de afectar de modo apreciable al comercio intracomunitario, dado que la SGAE puede representar a ciudadanos de otros Estados miembros (a través de contratos de representación recíproca establecidos con entidades de gestión extranjeras), y cualquier promotor comunitario que opere en territorio español y precise de autorización comunicación pública de obras musicales en conciertos, deberá negociar con la SGAE o, en su caso, en la práctica con carácter residual, con los propios autores individualmente. La conducta de la SGAE, por último, afecta a todo el territorio nacional y éste es una parte sustancial del territorio de la Unión Europea.

EN efecto, la autoridad de competencia española ha reiterado en distintas Resoluciones relativas a las sociedades de gestión colectiva de derechos la aplicación de la normativa comunitaria por cuanto, como se recoge en la Resolución de 9 de diciembre de 2008, (expte. 636/07, Fonogramas, confirmada por Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de marzo de 2010), relativa al derecho a una remuneración de productores y artistas por la comunicación pública de fonogramas, *"el TJCE ha establecido de forma reiterada y constante que el territorio de un Estado miembro es una parte sustancial del mercado común (entre otras, STJCE de 9 de noviembre de 1983, Michelin). En consecuencia cuando una conducta afecta, aunque sea potencialmente a la totalidad del territorio español (que constituye una parte sustancial del mercado común), el artículo 82 TCE será plenamente aplicable, y así resulta por lo demás de la propia praxis del TDC (Resolución de 27 de julio de 2000, Expte 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual)".* Ese mismo análisis se recoge de forma análoga más recientemente en Resolución de la CNC de 26 de agosto de 2013 (S/0360/AGEDI).

Las conductas de SGAE, que afectan a todo el territorio español y a ciudadanos y productores comunitarios así como a empresarios comunitarios asentados en España, tienen aptitud para afectar de manera apreciable a los intercambios comunitarios. Se cumplen en definitiva los criterios de posible afectación al comercio entre Estados miembros desarrollados en la Comunicación de la Comisión Europea de directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio intracomunitario lo que, de acuerdo con el Reglamento 1/2003, obliga a la aplicación del artículo 102 del TFUE en el presente expediente.

TERCERO.- VALORACIÓN JURÍDICA DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

Finalizada la instrucción del expediente, en base al artículo 50.4 de la LDC, la DC ha propuesto al Consejo lo siguiente:

“PRIMERO: Que se declare la existencia de una infracción única y continuada 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, derivada de la aplicación de tarifas inequitativas y excesivas en las licencias concedidas para la comunicación pública de las obras musicales protegidas por derechos de autor en conciertos celebrados en España, cuyo efecto abusivo se ha visto reforzado por su confluencia con otras prácticas restrictivas de la competencia en el marco de una estrategia abusiva común, consistentes en la imposición por SGAE de la obligación de obtener la licencia de derechos de autor con anterioridad a la venta de las entradas, la exigencia de fianzas desproporcionadas a los promotores de conciertos y la obligación de que los operadores de ticketing retengan y liquiden el importe adeudado a SGAE para poder acogerse a la exención de fianza.

SEGUNDO. Que se declare responsable de dicha infracción a SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES

TERCERO: Que la conducta anteriormente citada se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.b) de la LDC.

CUARTO: Que se imponga la sanción prevista en el artículo 63 de la LDC o, en su caso, el artículo 10.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC o, en su caso, en el artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

QUINTO: Que se adopten los demás pronunciamientos a los que se refiere el artículo 53 de la LDC en la medida que resulten pertinentes”.

La DC considera acreditado que las condiciones exigidas por la SGAE a los promotores para la obtención de licencias para ejecutar públicamente obras musicales en conciertos celebrados en España son no equitativas por excesivas y constituyen un abuso de posición de dominio en el sentido de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE. Asimismo, el órgano instructor estima que otras condiciones impuestas directamente a los promotores y en sus relaciones con los distribuidores de entradas constituyen prácticas restrictivas de la competencia que contribuyen a ese abuso.

CUARTO.- ALEGACIONES PRESENTADAS A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

Este Consejo comparte la amplia respuesta dada por la DC a las alegaciones formuladas por la SGAE al PCH, y que se detalla en los apartados 49 a 142 de la Propuesta de Resolución (folios 4974 a 4987). Las alegaciones de SGAE a la PR, de 23 de abril de 2014 (folios 5078 a 5103), reiteran la mayoría de las consideraciones contenidas en las previas alegaciones al PCH, si bien se extienden en algunos aspectos que a continuación son contestados por esta Sala del Consejo de la CNMC.

4.1. Sobre la existencia de tarifas no equitativas:

Las alegaciones de la SGAE señalan fundamentalmente el incumplimiento por parte de la DC tanto del mandato de la Audiencia Nacional en su sentencia de 6 de abril de 2009, que ordenaba investigar si las tarifas de la SGAE son inequitativas de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en los asuntos Tournier y Lucazeau⁵, como la propia jurisprudencia derivada de tales sentencias. La esencia del argumento de SGAE radica en considerar que en el presente caso las tarifas aplicadas por SGAE no son “notablemente más elevadas que en los restantes Estados miembros”, puesto que “existen tarifas similares e incluso superiores”. La SGAE reafirma su argumento señalando que para determinar cuándo una tarifa es “notablemente más alta” que en los restantes Estados miembros, hay que valorar que las sentencias citadas (particularmente Tournier) respondían a casos en los que las remuneraciones cuestionadas eran varias veces superiores a las aplicadas en los restantes Estados miembros. Asimismo, la SGAE critica la comparativa realizada por la DC por su carácter incompleto (faltan Estados miembros: Chipre, Malta, Croacia y Letonia) y erróneo (se incluye el análisis de las tarifas de Estados Unidos, que no es Estado miembro de la UE).

Por último, la SGAE reprocha la especial atención dedicada por la DC a las tarifas aplicadas por las entidades de gestión de Reino Unido (PRS) y de los Estado Unidos, considerando que se trata de una selección arbitraria de las tarifas más bajas, que incumple la jurisprudencia europea en la materia, al incluir en el análisis a un país no miembro de la Unión Europea.

Respuesta de la Sala de Competencia:

En primer lugar esta Sala debe señalar que, de los Estados miembros no incluidos en la tabla elaborada por la DC que cita la SGAE, sólo la recientemente adherida Croacia aplica tarifas iguales a la prevista por la SGAE para aforos superiores a mil espectadores (10%), siendo las de los otros tres Estados miembros mencionados claramente inferiores, por lo que la alegación emitida no desvirtúa las conclusiones alcanzadas por la DC.

Asimismo, la Sala de Competencia debe rechazar la crítica expuesta por la SGAE en sus alegaciones respecto a la corrección del método de comparación de tarifas desarrollado por la DC. La DC realiza un análisis de las tarifas aplicadas por las entidades de gestión correspondientes de veintidós estados miembros sobre bases homogéneas, al efecto de compararlas con las aplicadas por la SGAE y concluye que las entidades de catorce de esos veintidós Estados miembros (casi un 64% del total) aplican tarifas más reducidas que la SGAE, siendo las tarifas aplicadas por cuatro de dichos estados sustancialmente inferiores. Ese porcentaje de Estados miembros con tarifas claramente inferiores a las aplicadas por la SGAE se eleva a un 73% si se toma en consideración los datos de los Estados miembros no incluidos en la tabla elaborada por la DC (Luxemburgo y los ya citados Chipre, Malta, Letonia y Croacia).

La jurisprudencia más reciente del TJUE ha avalado que ese análisis comparado debe realizarse sobre bases homogéneas con el objetivo de determinar si las tarifas

⁵ Sentencias del TJUE de 13 de julio de 1989.

analizadas son notablemente superiores a las tarifas que se aplican en los restantes Estados miembros, haciendo el Tribunal de Justicia referencia al nivel de tarifas que prevalece en los demás Estados miembros⁶. De la jurisprudencia comunitaria en la materia no puede colegirse, como pretende la SGAE en una interpretación puramente geográfica y formalista, que una tarifa solo pueda ser considerada excesiva cuando sea notablemente superior a la de los veintisiete restantes Estados miembros o una amplia mayoría de los mismos y que, por el contrario, no lo sea cuando existan tarifas similares e incluso superiores en una minoría de Estados, sino que el análisis del carácter excesivo de la tarifa debe atender a la situación existente en los restantes Estados miembros y al contexto jurídico y económico en el que se desarrolla la conducta. La comparativa realizada por la DC pone de manifiesto, como se detalla a continuación en el Fundamento de Derecho Quinto, que existe una amplia mayoría de Estados miembros (un 73% de los mismos) en la que las tarifas aplicadas son inferiores a las aplicadas por la SGAE.

Respecto a la alegada arbitraria selección del caso inglés y erróneo análisis del caso norteamericano, efectivamente, la DC analiza con detalle el caso de las tarifas aplicada por la entidad de Reino Unido y el de las tarifas establecidas por las entidades norteamericanas. Este Sala, sin embargo, no comparte los razonamientos expuestos por la SGAE al respecto. Por el contrario, coincide con la valoración de la DC de que los países indicados se diferencian cualitativamente del resto y exigen una análisis específico debido al elemento objetivo diferenciador de que constituyen el destino fundamental de los ingresos repartidos por la SGAE a las sociedades con las que tiene convenios de representación recíproca para remunerar los derechos de autor derivados del uso en conciertos celebrados en España del repertorio gestionado por las entidades extranjeras. Efectivamente, conforme a la información obrante en el expediente (folios 3935 y 4443), del total de ingresos distribuidos por la SGAE a sociedades extranjeras, el 43% corresponde a las sociedades norteamericanas y el 19% a la de Reino Unido, siendo las siguientes comparativamente distantes (Francia, 6%, Italia, 6%, Alemania, 3% y Suecia, 3%). A su vez, tomando como referencia exclusivamente el importe transferido por la SGAE a las entidades de gestión *européas*, los ingresos repartidos a la sociedad británica en virtud de los convenios de reciprocidad alcanzan el 40% del total. La exigencia de una comparación sobre bases homogéneas, requerida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, obliga a no obviar estos datos en el análisis.

Esa especial cualificación del caso británico, por su relevancia, se refleja además en el propio comportamiento diferenciado de la SGAE en este mismo mercado. Así, según los datos suministrados por la SGAE (folios 4569 a 4571), los gastos de gestión que se aplican a las sociedades extranjeras con las que mantiene convenios de representación recíproca son los mismos que se deducen de los importes transferidos a los autores miembros de la SGAE (9%), a excepción de los aplicados a la sociedad de gestión colectiva de derechos de autor de Reino Unido. En virtud de los acuerdos alcanzados con PRS, en los denominados grandes conciertos (recaudación superior a 120.202 euros) el importe retenido por gastos de gestión es del 5,55%.

⁶ El TJUE se ha referido expresamente en este contexto a “situación que prevalezca en los demás Estados miembros” (sentencia del TJUE de 27 de febrero de 2014, asunto C-351/12, § 87)

4.2. Sobre la Carta de la Comisión europea de 2001

Con posterioridad a la adopción por la DC de la propuesta de resolución, con fecha de 26 de junio de 2014, la SGAE presentó escrito al que acompañaba *Carta de la Comisión Europea de 10 de octubre de 2001 en el Asunto COMP/C-2/38071 VIASAT v. STIM and PRS*. La SGAE defiende que tal documento “constata que la aplicación de tarifas del país de destino no infringe las normas de competencia”. Ello, siempre según la SGAE, contradice la consideración de la DC de que el principio de la aplicación de las tarifas del país de destino incluido en los convenios de reciprocidad de la SGAE refuerza el carácter no equitativo de las tarifas.

Contestación de la Sala de Competencia:

De acuerdo con la documentación integrada en el expediente, esta Sala de Competencia debe precisar que la “carta de posición” de la Comisión europea de 2001, aportada por la SGAE, únicamente señala que, “*a la vista de las escasas evidencias y pruebas aportadas*”, (1) no es posible concluir que las entidades de gestión afectadas, sueca y británica, hayan incurrido en conducta colusoria constitutiva de infracción del [entonces] artículo 81 TCE; (2) la aplicación a la entidad de radiodifusión que formula la consulta previa de las tarifas por derechos de propiedad intelectual del país donde residen los destinatarios de la emisión de TV por cable o satélite no supone, *per se*, una infracción de la competencia; (3) respecto de un posible abuso de posición de dominio de la entidad de gestión ubicada en el país donde se recibe la emisión y cuyas tarifas (más elevadas) se aplican, habrá que atender a las posibles diferencias objetivas y relevantes entre la gestión de derechos de propiedad intelectual en el país emisor y el país receptor de la emisión, que pueden justificar esa diferencia de tarifas (tipo de servicio que se provee, tipo de costes que se soportan por la entidad de gestión).

La documentación aportada por la SGAE, por tanto, al contrario de lo señalado por esa entidad, no supone un refrendo automático por las autoridades comunitarias de la competencia de que la aplicación de tarifas del país de destino no infrinja la normativa *antitrust* en ningún caso. Por otro lado, en el presente expediente la SGAE no ha realizado la justificación requerida por la Comisión en la Carta de posición reseñada, respecto a la diferencia de importe de las tarifas aplicadas en España por comparación bien con las tarifas de la sociedad extranjera a la que mayoritariamente se transfieren los ingresos en concepto de derechos de autor generados por las licencias que ha concedido la SGAE en base al repertorio de la entidad extranjera o bien con las de otras entidades con tarifas también inferiores.

Efectivamente, en la repetidamente mencionada Carta de la Comisión Europea se señala que “[...] *la Comisión subraya que las posiciones expresadas en la presente carta se basan estrictamente y se limitan a las anteriores alegaciones. No pretenden anticipar en este contexto la evaluación de ninguna tarifa que pudiera definirse en adelante por la PRS, ni anticipan ninguna valoración sobre si la tarifa cobrada por la PRS, aun basada en las tarifas suecas, pueda efectivamente reflejar diferencias en el tipo o la calidad del servicios proporcionado por la PRS y STIM respectivamente, ni*

sobre el coste que las dos diferentes sociedades deben soportar para poder prestar dichos servicios” [subrayado añadido].

Asimismo, la Comisión europea alude en su mismo escrito a la sentencia del TJUE de 13 de julio de 1989 (Tournier), citando expresamente el siguiente párrafo *“Distinta sería la apreciación si la sociedad de derechos de propiedad intelectual en cuestión pudiese justificar semejante diferencia basándose en la existencia de divergencias objetivas y pertinentes entre la gestión de los derechos de propiedad intelectual en el Estado miembro de que se trate y la que se lleva a cabo en los restantes Estados miembros”* [subrayado añadido].

QUINTO.- VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA DEL CONSEJO SOBRE LA ACREDITACIÓN DE LA INFRACCIÓN

La LDC, al igual que el artículo 102 del TFUE, no prohíbe la posición dominante, pero sí la utilización de dicha posición para imponer condiciones comerciales y obtener ventajas que no se alcanzarían en el caso de una competencia practicable y suficientemente efectiva [vid, sentencias del TJUE de 3 de julio de 1991, AKZO/Comisión (62/86, Rec. p.I-3359), apartado 69, y de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión (85/76, Rec. p.461), apartado 91)].

Por tanto, para que exista una infracción del artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE la conducta tiene que realizarse desde una posición de dominio de la empresa o empresas en el mercado relevante.

5.1. Posición de la SGAE en el mercado relevante

Dado que la imputación es de abuso de posición de dominio, resulta necesario analizar en primer lugar el mercado, tanto de producto como geográfico, en el que se desarrolla la conducta y la posición de la SGAE en el mismo, antes de pronunciarnos sobre el posible abuso.

Pese a que la normativa nacional y la comunitaria no definen lo que debe entenderse por posición de dominio, de acuerdo con la jurisprudencia sería aquella situación en el mercado que permite al operador dominante independencia de comportamiento con respecto a sus clientes, proveedores o competidores, (por todas, la Sentencia del TJUE de 14 de febrero de 1978, Asunto 27/76, United Brands Company y United Brands Continentaal BV v Comisión).

Como se recoge en la descripción de la SGAE en los Hechos Probados, esta sociedad gestiona en España los derechos de propiedad intelectual y de remuneración de obras literarias, musicales, teatrales, cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales, ya sean obras originales o derivadas. Del conjunto de derechos que gestiona la SGAE, en este expediente se analizan las conductas relacionadas con la gestión del derecho de comunicación pública de obras musicales en conciertos celebrados en España.

El Consejo coincide con la DC en que la SGAE goza de posición de dominio, de una situación de monopolio de hecho⁷, en el mercado de gestión de derechos de autor para poder utilizar las obras musicales protegidas en conciertos celebrados en España. Dado que las distintas entidades de gestión autorizadas en España gestionan derechos de colectivos y repertorios diferentes, y no intercambiables o sustitutivos, tienen plena independencia y por tanto, no se producen presiones competitivas entre ellas, ya que no compiten entre sí⁸.

Hay que tener en cuenta, además, la existencia de barreras adicionales a la competencia. La SGAE es, por una parte, la única entidad autorizada por el Ministerio de Cultura en el ámbito de los derechos de autor para obras musicales y, por otra, si bien la gestión de este derecho no es obligatoria sino que deben cederlo expresamente los autores, tanto la práctica de la SGAE –que incentiva la cesión total- como las dificultades que entraña la gestión directa por los autores, hacen que un porcentaje muy elevado de éstos cesión total de sus derechos a esta entidad.

Por otro lado, la SGAE representa en España los derechos de autores extranjeros a través de los convenios de representación recíproca firmados con entidades de gestión colectiva extranjeras. Las cláusulas de exclusividad, que inicialmente se incluían en estos convenios, han posibilitado que la SGAE disfrute de una posición monopolística en el mercado analizado. Actualmente estos convenios ya no recogen cláusulas que expresamente impidan a unas sociedades conceder licencias en los territorios de otras sociedades, ni limitar la afiliación de autores miembros de otras sociedades. Por tanto, las sociedades de gestión de derechos de autor extranjeras podrían, en principio, ser potenciales competidoras de la SGAE. La supresión de las cláusulas que confinaban a cada sociedad de gestión a operar solamente en su territorio nacional, sin embargo, no ha dado lugar a ningún cambio significativo en el comportamiento de estas entidades. Ello se debe a que existen otras cláusulas en los convenios de representación recíproca que desincentivan la competencia entre las sociedades de gestión. A los efectos de este expediente, dado que la SGAE aplica a los autores extranjeros que representa las mismas tarifas que aplica a sus propios miembros y que transfiere a la sociedad extranjera los ingresos en concepto de derechos de autor generados por las licencias que ha concedido (descontados los gastos de gestión y asistenciales), ninguna sociedad extranjera que tenga tarifas establecidas por debajo de las fijadas por SGAE tendrá incentivos para conceder directamente licencias de su propio repertorio en España.

Al análisis realizado por la DC en su PCH (recogidos en los párrafos 115 a 130 de la PR) se une la constatación de que la práctica totalidad de las licencias para los conciertos celebrados en España han sido emitidas por la SGAE (folio 1556). Esa posición de dominio se concreta en que la SGAE cuenta con una independencia

⁷ El TJUE utiliza la expresión de monopolio de hecho para situaciones equivalentes. Vid. STJUE de 11 de diciembre de 2008, (asunto C-52/07).

⁸ Vid. Resolución TDC, Expte. R. 686/06, Artistas Intérpretes o Ejecutantes.

manifiesta a la hora de fijar y aplicar efectivamente las tarifas de este derecho de comunicación pública en España.

Una vez constatada la existencia de posición de dominio por parte de la SGAE, es necesario evaluar si ha existido un abuso de la misma para tipificar la conducta en el marco del artículo 2 de la LDC y artículo 102 del TFUE.

En particular, es preciso determinar si la SGAE ha fijado tarifas no equitativas, por su carácter excesivo, a los promotores de conciertos para el otorgamiento de licencias para la comunicación pública de obras musicales en dichos eventos.

5.2. El sistema de tarifas de SGAE en el mercado de gestión de los derechos de autor para la ejecución pública de obras musicales en conciertos.

El TRLPI confiere a las entidades de gestión un amplio margen de actuación en cuanto a la fijación de sus tarifas que, en todo caso, debe compatibilizarse con lo establecido en el artículo 2 de la LDC.

A esos efectos, la Autoridad de Competencia española en sus resoluciones ha sentado criterios, rotundamente avalados por la jurisprudencia, sobre la fijación de la tarifas generales y la aplicación de las mismas teniendo siempre en cuenta la especial responsabilidad que, como detentadoras de un monopolio, compete a las entidades de gestión, en este caso a la SGAE, de no aplicar tarifas que, por no equitativas o discriminatorias, constituyan un abuso sancionable por la LDC.

El carácter abusivo de una tarifa vendrá dado por la relación de equidad o falta de equidad que exista entre dicha tarifa y el valor que el bien o servicio al que remunera dicha tarifa otorga al producto final (Resolución de la CNC de 19 de diciembre de 2011, Expte. S/0208/09 AISGE CINES). De tal modo, sería abusivo exigir un precio excesivo, en el sentido de que éste careciera de “relación razonable con el valor económico de la prestación realizada” [SSTJUE de 11 de diciembre de 2008, (asunto C-52/07) y de 27 de febrero de 2014 (asunto C-351/12)].

Corresponde, por tanto, analizar si las tarifas aplicadas por la SGAE, como contrapartida debida y legítima por la utilización de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual con la finalidad de su ejecución en conciertos celebrados en España, presentan en cuanto a su importe una relación razonable con el valor económico de la prestación realizada.

En los hechos acreditados se recoge que la tarifa general aplicada por la SGAE para remunerar los derechos de autor en la celebración de conciertos musicales es el 10% del producto de taquilla (previa deducción del IVA) y el 9% para el caso de aforos inferiores a mil espectadores. Según indicó la SGAE en octubre de 2005, esta tarifa se lleva aplicando más de quince años (folio 395), por lo que actualmente la tarifa no habría variado desde hace más de 23 años. Según la APM la misma tarifa se viene aplicando desde antes de que iniciaran sus actividades como promotores los asociados de APM (folios 434 a 435).

Como condiciones adicionales a esa tarifa general resulta relevante mencionar que las *invitaciones* que reúnan los requisitos señalados en la licencia (autorizadas por la SGAE con unos máximos en función del aforo), no computarán para el cálculo de los derechos de autor⁹. La SGAE aplicará una reducción del 10% de la tarifa (lo que implica una tarifa del 9% de la recaudación por venta de entradas) a los conciertos cuyo aforo no supere las mil localidades, según los modelos de licencia remitidos a partir de octubre de 2006¹⁰. Asimismo, tanto en la tarifa general de la SGAE como en los actuales modelos de licencia se establece que, si el organizador del concierto utiliza entradas sin contraseñado o sin control específico de asistentes, la tarifa correspondiente se aplicará sobre el resultado de multiplicar el precio más elevado de entrada al acto por el aforo donde se lleva a cabo el mismo.

Es un criterio ampliamente asentado el que, al efecto de valorar el carácter excesivo o no de una tarifa, puede acudirse a la comparación (i) con las tarifas de entidades de gestión homólogas en otros Estados, (ii) con las de otras entidades nacionales con las que se presenten elementos comunes (Resolución TDC de 27 de julio de 2000, Expte. 465/99 Propiedad Intelectual Audiovisual) y, en su caso, (iii) con el precio pactado en acuerdos celebrados por la entidad en cuestión con usuarios equivalentes (Resolución CNC de 4 de febrero de 2008, Expte. R 714/07, Tele5/AIE). En el caso objeto de este expediente, por las particularidades del mercado afectado (condiciones estructurales del mercado objeto de este expediente y carácter inelástico de la demanda a las variaciones de precios), coincide este Consejo con la DC en que un método de comparación apropiado consiste en contrastar, sobre una base homogénea, con las tarifas (porcentaje de los ingresos brutos de taquilla), aplicadas por otras entidades de gestión extranjeras homólogas para remunerar los derechos de autor en el marco de la ejecución de obras musicales en conciertos.

Como se refleja en la tabla elaborada por la DC (folio 5254), catorce Estados miembros¹¹ aplican tarifas más reducidas que la SGAE. En particular, Reino Unido tiene tarifas del 3% de los ingresos brutos de taquilla¹²; Dinamarca, tramos entre 2,42% y 5,25% de los ingresos de taquilla; Lituania, tramos desde el 3,5% al 6% del producto de taquilla; Suecia, entre el 3,1% y el 5,5% en función del número de asistentes; Alemania, entre el 5 y el 7,65% según el número de asistentes; Holanda, entre el 3% y el 7% en función del peso del repertorio protegido sobre el total del repertorio; Irlanda, entre el 3% y el 6% de los ingresos netos. En los casos señalados, excepto en Irlanda, la tarifa se aplica sobre los ingresos brutos de taquilla.

En otros países el cálculo de la tarifa es más complejo, utilizándose una fórmula que consiste en multiplicar un factor en función de la capacidad del local por el precio medio de entrada (Eslovaquia), o estableciendo tarifas fijas mínimas y un porcentaje sobre los ingresos obtenidos (Finlandia). Sin embargo, según la tabla elaborada por la DC, que

⁹ Habitualmente cláusula tercera o cuarta de los modelos de licencia (folios 3465 a 3512)

¹⁰ Cláusula cuarta de los modelos de licencia (folios 3479 a 3472 y 3499 a 3512)

¹¹ Alemania, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Eslovaquia, Estonia, Finlandia, Holanda, Hungría, Irlanda (sobre ingresos netos), Lituania, Reino Unido, Rumanía, y Suecia.

¹² Según su página web, incorporada al expediente (folios 4523 a 4526) estos ingresos brutos comprenden la recaudación de taquilla menos el IVA

señala ejemplos prácticos en cada uno de estos casos, el resultado a pagar por el promotor es muy inferior al que debe abonarse a la SGAE en España.

La DC concluye en su análisis que sólo en tres países la tarifa es superior al 10%: Polonia donde puede llegar al 12% en determinados casos, Francia donde el importe cobrado es el 8,8% de los ingresos de taquilla, pero se cobra un 4,4% adicional por ingresos anexos (consumiciones, merchandising, etc.); e Italia donde se cobra el 10% del producto de taquilla y de los ingresos publicitarios. En Austria la tarifa para el caso específico de espectáculos con baile también resulta superior a la de la SGAE.

No obstante, esta Sala de Competencia considera necesario destacar que, incluso en estos casos señalados por la DC, las tarifas no son claramente superiores a las aplicadas por la SGAE, así en Polonia las mismas alcanzan el 8% en el caso de los promotores habituales y asimismo se aplica un amplio escalado del 2 al 12% en función de las obras protegidas. A su vez, en el caso francés, el 4,4% adicional cobrado por ingresos anexos podrá dar resultados diferentes en el importe final de la tarifa que, en los supuestos donde no se produzcan tales ingresos anexos, resultará inferior al 9%-10% aplicado por la SGAE.

Finalmente, dentro del ámbito europeo, en tres países (Portugal, Eslovenia y Hungría) las tarifas son similares a las cobradas por SGAE (9%-10%).

Por el contrario, las tarifas aplicadas por las dos entidades norteamericanas correspondientes, que alcanzan el 43 % del total de los ingresos distribuidos por la SGAE a sociedades extranjeras en este ámbito, son muy inferiores a las aplicadas por la SGAE¹³.

El que las tarifas de la SGAE (9%-10%) tripliquen a la tarifa aplicada por la entidad británica (3%), superando en seis puntos porcentuales para el caso de aforos inferiores a mil espectadores y siete puntos en el caso de aforos superiores, resulta particularmente significativo desde la perspectiva del análisis de la equidad de esas tarifas sobre bases homogéneas, a la luz del dato de que precisamente esa entidad británica es la destinataria del mayor porcentaje, tras las entidades norteamericanas, de los ingresos repartidos por la SGAE en virtud de los convenios de reciprocidad.

El caso de PRS (Reino Unido) debe ser objeto de especial atención ya que, como se detalla en el punto siguiente al analizar la repercusión en la valoración de la conducta de la SGAE de ciertas cláusulas incluidas en los contratos de reciprocidad, consta en el expediente la negativa expresa de dicha entidad de gestión a contratar con la APM, sin mayor justificación a dicha negativa que la diferencia entre las tarifas de la entidad y las del país de destino donde se celebra el concierto.

¹³ Así, en el caso de BMI para locales de más de 10.000 personas de aforo es del 0,15% de los ingresos brutos, es decir, el producto de la venta de entradas deducidos las tasas e impuestos locales o estatales, los gastos de instalación, los gastos de distribución de las entradas y los gastos de aparcamiento. Para aforos de menos de 10.000 personas las tarifas varían entre 0,8% y 0,3%. Las tarifas que se cobran por la entidad norteamericana ASCAP se sitúan entre el 1,20% de los ingresos brutos para salas con aforo de hasta 2.500 personas y el 0,15% para aforos de más de 10.000 personas. Los ingresos de taquilla sobre los que se calcula el porcentaje a pagar en concepto de derechos de autor no incluyen las tasas, los gastos de distribución del operador de ticketing, ni los gastos de aparcamiento si están incluidos en el precio.

Asimismo, el examen de la información comparada en materia de tarifas obrante en el expediente pone de manifiesto que las entidades de gestión extranjeras poseen una mayor abundancia de matices y horquillas o escalados de tarifas para atender a diversos elementos¹⁴ en contraste con la previsión de la SGAE, que únicamente establece diferencia entre aforos inferiores o superiores a 1000 espectadores, vinculando a tal diferencia una única rebaja de un punto porcentual (del 10% al 9%).

Evidentemente, si bien las tarifas aplicadas por las diferentes entidades de gestión serán diversas en función de elementos característicos de cada mercado, lo que se trata de proscribir son las diferencias, apreciadas a través de comparativas como la descrita, que cumplen con el objetivo de la jurisprudencia del TJUE y no un análisis meramente formalista, como el pretendido por la SGAE en sus alegaciones, y que revelan excesivas desproporciones que a su vez no aparecen justificadas por razones de gestión o económicas (esfuerzo innovador, riesgo empresarial, elevados costes fijos, desventaja comparativa etc.).

Tal como ha venido señalando y ha confirmado recientemente el Tribunal de Justicia, “[...] si llegara a comprobarse que esa sociedad de gestión impone por los servicios que presta tarifas que son notablemente más elevadas que las que se aplican en los restantes estados miembros, y siempre que la comparación se hubiera llevado a cabo sobre una base homogénea, dicha diferencia debería ser considerada como el indicio de un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 102 TFUE. En tal caso, correspondería a la sociedad de gestión interesada justificar la diferencia, basándose en la existencia de divergencias objetivas entre la situación del Estado miembro de que se trate y la situación que prevalezca en los demás Estados miembros” (sentencia del TJUE de 27 de febrero de 2014, asunto C-351/12, § 87, subrayado añadido).

En tal sentido, esta Sala de Competencia coincide con la DC en considerar acreditado que las tarifas de las licencias para la ejecución de obras musicales protegidas por derechos de autor en conciertos celebrados en España exigidas por la SGAE son desproporcionadamente altas en comparación con las solicitadas por las sociedades de gestión de la mayoría de Estados miembros, lo que constituye un abuso de la posición de dominio de la que disfruta, en el sentido del art. 2 de la LDC y el art. 102 TFUE. En el caso objeto de este expediente no se produce el debido equilibrio adecuado entre el legítimo interés de los autores de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual en obtener una retribución razonable por la comunicación pública de las mismas en conciertos, y el de las empresas promotoras de conciertos en poder organizar, en condiciones equitativas, conciertos en los que se ejecuten obras musicales protegidas.

La Sala de Competencia coincide igualmente con la DC en que el elevado nivel de tarifas que aplica la SGAE en las licencias relativas a los derechos de comunicación pública de autor de obras musicales en conciertos en España, tiene efectos explotativos sobre los promotores de conciertos, al servirse la SGAE de su posición de dominio para cobrar a los mismos tarifas muy superiores a las cobradas en otros países europeos, de forma que los promotores se ven obligados a abonar tarifas más

¹⁴ Recaudación, número de conciertos al año del promotor, conciertos otorgados por grupos amateurs (alegaciones de APM, folio 4772 del expediente).

elevadas de las que corresponderían si ésta se fijaran a un nivel competitivo. Esta conducta, además, podría perjudicar al consumidor en la medida en que esos mayores costes pueden razonablemente traducirse en un encarecimiento del precio de las entradas.

5.3. Actuaciones adicionales que contribuyen cumulativamente al mantenimiento de tales tarifas no equitativas.

La conducta principal que se reprocha en este expediente a la SGAE como abuso de posición de dominio consiste en la imposición de tarifas inequitativas por excesivas en las licencias concedidas para la comunicación pública de obras musicales protegidas por derechos de autor a través de su ejecución en conciertos celebrados en España. La DC sostiene adicionalmente que confluyen además una serie de prácticas que, sin calificarse por sí mismas y de forma aislada de restrictivas de la competencia, refuerzan ese abuso. Estas prácticas consisten en la imposición por la SGAE de una serie de condiciones desproporcionadas injustificadas añadidas a los promotores musicales e indirectamente a los distribuidores de entradas.

Las prácticas consistirían en: (i) la exigencia de obtener la correspondiente licencia de la SGAE antes de iniciar la venta de las entradas, (ii) la obligación de depósito de una fianza/aval que cubra el total de la recaudación correspondiente a los derechos de autor, o bien (iii) la obligación alternativa del promotor, para poder acogerse a la exención de fianza, de distribuir las entradas a través de un operador de *ticketing* que tenga convenio de colaboración con la SGAE y que, hasta el año 2012, debe retener y liquidar el importe adeudado.

La exigencia de obtener la correspondiente licencia antes, no ya de la celebración del concierto, sino incluso antes de comenzar a vender las entradas supone una práctica abusiva en tanto que el objetivo perseguido declarado de detectar y evitar los incumplimientos puede obtenerse por medios alternativos a disposición de la SGAE que resultan menos gravosos para el promotor, que se ve dificultado además para buscar fuentes alternativas para obtener la licencia.

La obligación de aportar una fianza por el total que se prevé adeudar es igualmente una condición excesiva que traslada todo el coste de cobertura del riesgo al promotor del concierto y resulta difícilmente justificable esa cobertura total del riesgo en favor de la SGAE, particularmente en los casos en los que no existan previos conflictos de impago con el promotor del que se trate. Frente a las alegaciones de la SGAE de que la exigencia de fianza es la excepción y no la regla, la DC aclara que sólo a partir de 2012 es posible, para los promotores con más de tres años de antigüedad y sin conflictos de pago o de reconocida solvencia, evitar la fianza sin estar obligados a permitir la retención del importe de la recaudación que corresponde abonar a la SGAE (folios 4431-4432)¹⁵.

Asimismo, los convenios suscritos por la SGAE con los operadores de *ticketing* contienen cláusulas (prohibición de distribuir entradas si el promotor no dispone de

¹⁵ Vid., respuesta de SGAE al requerimiento de información formulado por la DC el 24 de octubre de 2013.

licencia otorgada por la SGAE, obligación de retener el importe adeudado a la SGAE) que suponen una interferencia en la relación promotor-distribuidor de entradas y nuevamente dificultan recurrir a proveedores alternativos para obtener la debida licencia.

A lo anterior se añade el hecho de que las tarifas subsidiarias obligan al promotor que no llegue a un acuerdo con la SGAE a depositar el 10% del valor de las entradas para el total del aforo, lo cual es desproporcionado en cuanto que no guarda relación con el porcentaje medio de cobertura del aforo que efectivamente se produce en los conciertos en España, y fuerza al promotor a aceptar las condiciones de la SGAE, para garantizarse al menos la recuperación del importe de taquilla no vendido y de las invitaciones.

Finalmente, respecto de los convenios de representación recíproca, esta Sala no discute que pueden responder a un interés lícito consistente en que las distintas sociedades se apoyen en la organización creada por la sociedad de gestión que ejerce sus actividades en otros Estados, sin necesidad de añadir a dicha organización sus propias redes de contratos con los usuarios y sus propios controles sobre el terreno¹⁶. Sin embargo, como se ha anticipado anteriormente en los hechos acreditados, dado que, por virtud de las previsiones establecidas en los convenios de representación recíproca, la SGAE aplica a los autores extranjeros que representa las mismas tarifas que aplica a sus propios miembros y que transfiere a la sociedad extranjera los ingresos en concepto de derechos de autor generados por las licencias que ha concedido (descontados los gastos de gestión y asistenciales), ninguna sociedad extranjera que tenga tarifas establecidas por debajo de las fijadas por la SGAE tendrá incentivos a conceder directamente licencias de su propio repertorio en España, lo cual refuerza la repartición del mercado y la posición de dominio que la SGAE disfruta en el mismo.

Si bien la SGAE señala en sus alegaciones a la PR, en relación a la repercusión sobre el abuso de los convenios de representación recíproca que “los promotores no han hecho solicitudes a entidades extranjeras que se hayan denegado”, constan en el expediente (folios 985 a 1000 y 4820) correos electrónicos entre APM y la sociedad británica PRS en el año 2006 y en el año 2012, en los que ésta última deniega la concesión de licencias para la celebración de conciertos en España alegando razones de eficiencia y añade que, en caso de que decidiese hacerlo, las tarifas serían las mismas que se cobran en el país de destino.

Efectivamente, en las alegaciones de APM a la propuesta de resolución (folio 4761) consta la traducción de un correo remitido por la sociedad británica PRS a la APM en abril de 2006 cuyo contenido, en lo relevante a este expediente, se transcribe a continuación: *“Reiteramos que hemos designado a SGAE como nuestro agente en España para conceder licencias en representación de nuestros miembros, y en este caso necesitas conseguir la licencia de ellos. Para esta área de negocio de PRS, no es eficiente que PRS conceda la licencia directamente. En cualquier caso, si PRS decidiera licenciar directamente en otro territorio, aplicaría la tarifa del país de destino,*

¹⁶ Vid. SSTJ Tournier, § 19 y Lucazeau y otros, § 13 y sentencia del TJUE de 27 de febrero de 2014, asunto C-351/12 § 75

es decir, la tarifa española para los actos restringidos que tuvieran lugar en España". Asimismo, en carta de abril de 2012 remitida por PRS a APM se confirman estos extremos y se añade la consideración de que "[...] en el caso de decidir que fuera más eficiente licenciar directamente que vía un agente, aplicaríamos la tarifa que impere en el país de la explotación. Esta política sigue vigente y no es exclusiva para los promotores de conciertos, el principio de tarifa del territorio de destino pretendemos aplicarlo en relación a la actividad de licencia transfronteriza y no vemos que sea en interés de nuestros socios separarnos de tal política en este caso (folio 4820, traducción propia)."

La postura exhibida por la PRS en las citadas cartas obliga a la SGAE, como entidad con especial responsabilidad dada su posición de dominio en el mercado afectado, a justificar adecuadamente la diferencia entre las tarifas aplicadas por esta entidad y las de la británica, en el sentido expuesto en el Fundamento de Derecho Cuarto, con base en la existencia de "divergencias objetivas y pertinentes en el tipo o la calidad del servicios proporcionados por las entidades o en los costes que las dos diferentes sociedades deben soportar para poder prestar dichos servicios".

La Sala comparte el criterio de la DC en el sentido de que la SGAE habría incurrido en una infracción única y continuada de la normativa de competencia consistente en un abuso de posición de dominio derivado de la fijación y aplicación efectiva de tarifas no equitativas y excesivas por derechos de comunicación pública de autores de obras musicales en conciertos en España. Asimismo, ese abuso se ha visto coadyuvado por otros elementos que efectivamente inciden para favorecer a la SGAE en la fijación y aplicación efectiva de esas tarifas, y refuerzan desproporcionadamente la posición de ésta en su negociación con los organizadores de conciertos.

Tal como señala el TJUE, *"si bien es cierto que la existencia de una posición dominante no puede privar a una empresa que se encuentra en dicha posición del derecho a proteger sus propios intereses comerciales cuando estos son atacados, y que se le debe reconocer, en una medida razonable, la facultad de realizar los actos que juzgue adecuados para proteger dichos intereses, no son admisibles tales conductas cuando su finalidad es, precisamente, reforzar esa posición dominante y abusar de ella"* (STJUE de 11 de diciembre de 2008, (asunto C-52/07), (§ 26 y antecedentes allí citados).

Las conductas señaladas consolidan la posición de dominio de la SGAE en el mercado relevante y las mismas tienen especial relevancia para valorar el comportamiento de la SGAE, puesto que la infracción que se le reprocha es la aplicación de precios excesivos, que en este caso difícilmente se autocorregirán, ya que la presencia en el mercado de rentas monopolísticas no permite incentivar, por la confluencia de circunstancias señaladas, la entrada de nuevas entidades licenciadoras de derechos de propiedad intelectual para la comunicación pública de obras musicales en conciertos que arrastren a la baja los niveles de tarifas de la SGAE.

En conclusión la Sala de Competencia considera que el comportamiento de la SGAE analizado en este expediente constituye una infracción única y continuada del artículo 2 de la LDC, y del artículo 102 del TFUE, derivada de la aplicación de tarifas inequitativas

y excesivas en las licencias concedidas para la comunicación pública de las obras musicales protegidas por derechos de autor en conciertos celebrados en España, sin que se haya aportado y por lo tanto careciendo de otra justificación objetiva alternativa.

SEXTO.- Responsabilidad de la SGAE en el abuso.

Por las razones señaladas en los fundamentos de derecho anteriores el Consejo considera a la SGAE responsable de una infracción del artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE, consistente en un abuso de su posición de dominio, que ha llevado a cabo mediante las conductas anteriormente descritas, y sin que se haya acreditado justificación objetiva alguna para las mismas.

En lo que se refiere a las alegaciones de la SGAE sobre la ausencia de dolo o culpa en su conducta, este Consejo no puede compartir tal argumentación. Si bien es cierto que el SDC sobreseyó el expediente que en su día analizó las mismas prácticas que se suscitan en este expediente sancionador, no cabe apelar como hace la SGAE a un principio de confianza legítima, puesto que la Administración no validó los compromisos presentados por la SGAE, puesto que el sobreseimiento tiene un cauce administrativo y una significación sustancialmente distinta de la terminación convencional.

Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que una vez que la Audiencia Nacional emitió su sentencia el 6 de abril de 2009, exigiendo profundizar en la investigación de las conductas analizadas en el presente expediente, extremo ratificado por el Tribunal Supremo en diciembre de 2012, difícilmente se puede considerar que la SGAE tenía una confianza legítima en que sus actuaciones en materia de licencias para ejecución de música protegida por derechos de autor en conciertos eran compatibles con la normativa de competencia. A pesar de lo cual, la SGAE mantuvo las prácticas investigadas.

El artículo 61.1 de la LDC dispone que *“serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley”*. Por su parte, el artículo 63.1 de la LDC establece que, *“Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley...”*.

Respecto de la alegación de la SGAE de inexistencia de dolo o culpa en su actuación (folios 5100 y 5101), esta Sala debe recordar que, según constante jurisprudencia, tanto nacional como comunitaria, el concepto de abuso es de naturaleza objetiva, no requiriéndose, por tanto, una eventual intención anticompetitiva. Una vez corroborado el carácter abusivo de la conducta y considerando además tanto la DC como esta Sala que el comportamiento de la SGAE es ciertamente revelador de dicha intencionalidad subjetiva de la entidad de gestión, se concluye que ésta es responsable de una infracción muy grave, conforme a lo previsto en el artículo 62.4.b) de la LDC.

Dicho apartado señala como infracción muy grave: *“b) El abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 de la Ley cuando el mismo sea cometido por una empresa que*

opere en un mercado recientemente liberalizado, tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos". En este caso, el abuso lo protagoniza una empresa que efectivamente cuenta con una posición de dominio en el mercado afectado, y que procedió en relación con la infracción acreditada, cuando menos, sin la diligencia que cabe exigir a un operador que ostenta dicha posición en el mercado y, por ello, con infracción de la especial responsabilidad que como tal le incumbía. Muchas son las sentencias que se refieren a este régimen de especial responsabilidad del operador dominante. Así, la Sentencia en el asunto Telia Sonera (STJUE de 17 de febrero de 2011, C-52/09) señala en sus párrafos 24 y 44:

24. De este modo, el artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se refiere únicamente a las prácticas que pueden causar un perjuicio inmediato a los consumidores (...), sino también a las que les perjudican atacando una estructura de competencia efectiva. Si, en efecto, el artículo 102 TFUE no prohíbe a una empresa alcanzar, por sus propios medios, la posición dominante en un mercado y aunque, con mayor motivo, la acreditación de la existencia de una posición dominante en un mercado no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate (...), no es menos cierto que, según reiterada jurisprudencia, incumbe a la empresa que ocupa una posición dominante una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de abril de 2009, France Télécom/Comisión, C-202/07 P, Rec. p. I-2369, apartado 105 y la jurisprudencia citada).

44. Además, dicho enfoque [el test del operador igualmente eficiente] se justifica aún más cuanto que también se ajusta al principio general de seguridad jurídica, dado que la toma en consideración de los costes y los precios de la empresa dominante le permite a ésta apreciar la legalidad de su propio comportamiento de conformidad con la responsabilidad particular que, como se ha recordado en el apartado 24 de la presente sentencia, le incumbe con arreglo al artículo 102 TFUE. En efecto, si bien una empresa dominante conoce sus propios costes y tarifas, no conoce en principio los de sus competidores (sentencia Deutsche Telekom/Comisión, antes citada, apartado 202).

Del mismo modo, en la Sentencia del asunto Telefónica (STJUE de 29 de marzo de 2012, T-398/07, Reino España vs Comisión), puede leerse:

92. De este modo, dado que el artículo 82 CE no se refiere únicamente a las prácticas que pueden causar un perjuicio inmediato a los consumidores, sino también a las que los perjudican impidiendo el juego de la competencia, recae sobre la empresa que ocupa una posición dominante una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común (véase la sentencia de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión, citada en el apartado 50 supra, apartado 176, y la jurisprudencia citada).

Asimismo la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 10 de abril de 2013 (con remisión al pronunciamiento que ya realizó en su Sentencia de 21 de abril de 2008, confirmada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de febrero de 2011) señala que:

“Como recuerda el TDC en la Resolución impugnada, un operador dominante tiene una especial responsabilidad en el mantenimiento de las condiciones de competencia, y por tal razón la posición de ENDESA DISTRIBUCION en el mercado del suministro de electricidad le obliga a ser especialmente cuidadosa en su actuación para no distorsionar la competencia en ese mercado de la distribución o en otros conexos, pero ENDESA DISTRIBUCION ha omitido ese deber de especial cuidado, al aprovechar su obligación legal de informar a los clientes de las condiciones técnicas económicas para presentar, en ese momento, una oferta de prestación de servicios en el mercado conexo de las instalaciones de acometida y extensión, lo que ha producido el efecto de distorsionar la competencia en este último mercado, como seguidamente comentaremos”.

Y continua más adelante:

“Hemos indicado en apartados anteriores que la Resolución del TDC recuerda los deberes de especial atención y cuidado que tiene cualquier empresa que en un mercado disfrute de una posición dominante. En este sentido, y como resulta de la jurisprudencia del TJCE, recogida entre otras en las sentencias de 9 de noviembre de 1983 (asunto 322/81) y 16 de marzo de 2000 (asunto C 396/96, TJCE 2000\42), del hecho de que una empresa o entidad ostente una posición dominante en un determinado mercado resultan dos consideraciones: a) ostentar una posición dominante no es un hecho reprochable por si mismo, y b) sin embargo, incumbe a la empresa con posición dominante una especial responsabilidad en no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en dicho mercado.

Pues bien, el TDC aprecia (Fundamento Jurídico Tercero), como lo hace también esta Sala, que en la conducta que se ha acreditado en el expediente, ENDESA DISTRIBUCION no ha observado esos deberes de atención y cuidado en el mantenimiento de las condiciones de competencia, sino que ha aprovechado la oportunidad que le ofrece su posición privilegiada en el mercado del suministro eléctrico y la regulación reglamentaria del sector, para remitir unas ofertas de prestación de servicios en el mercado conexo de la instalación de acometida y extensión, lo que supone cuanto menos una omisión de la diligencia exigible derivada de su privilegiada posición de dominio”.

Estos argumentos relativos a la especial diligencia y responsabilidad que le atañen a la empresa que ostenta la posición dominante en el mercado, resultan plenamente aplicables para el presente caso y es patente que la SGAE no sólo no cumplió con los deberes de especial atención y cuidado que le correspondían, sino que fue precisamente dicha posición privilegiada que ocupaba en el mercado afectado la que le permitió aplicar tarifas no equitativas y excesivas.

En lo que se refiere a la duración de la conducta infractora, la aplicación de tarifas excesivas se ha producido desde al menos el año 2002 y se prolonga hasta la actualidad.

Como ya ha reiterado la autoridad de competencia en anteriores Resoluciones, y como se ha expuesto anteriormente en esta misma Resolución, en casos como el presente, en los que la conducta se extiende en el tiempo durante el plazo de vigencia de las dos normas (la Ley 16/1989 y la Ley 15/2007), de acuerdo con el art. 128 de la Ley 30/1992, resulta necesario aplicar una de ellas, debiendo optar por aquella que resulte más beneficiosa para las empresas imputadas conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable para el infractor en el caso en concreto. Ambas normas prohíben en sus artículos 6 y 2 el abuso de posición de dominio y también ambas prevén el mismo periodo de prescripción (4 años) para infracciones como la imputada. No obstante, sin perjuicio de que la conducta regulada por ambas leyes sea idéntica, ya se ha anticipado en el Fundamento de Derecho Segundo que esta Sala en distintas Resoluciones, y previamente el extinto Consejo de la CNC, han puesto de manifiesto que, desde un punto de vista global, la vigente Ley 15/2007 es más beneficiosa ya que su régimen sancionador, por su sistema de graduación y el establecimiento de topes máximos al importe de algunas sanciones de cuantía inferior al general previsto en la Ley 16/1989, resulta más favorable para el sancionado, y también en el presente caso. Todo ello, sin perjuicio de que para las asociaciones sin cifra de negocios pueda resultar más favorable la Ley 16/1989 en la determinación del importe de la multa, lo cual no es aplicable a la SGAE, en su condición de sociedad civil particular de la que sí es posible predicar volumen de negocios en el sentido de la LDC.

SÉPTIMO.- Determinación de la sanción.

La LDC en su artículo 62.4 b) tipifica el ilícito analizado en el presente expediente como infracción muy grave, como abuso de posición de dominio de una entidad con una cuota de mercado muy próxima al monopolio, que además es la única que dispone de la autorización administrativa para gestionar en España los derechos cuyas tarifas se han acreditado como inequitativas y excesivas. El artículo 63.1.c) de la LDC señala que las infracciones muy graves podrán ser castigadas con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

El artículo 64 de la LDC señala que el importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables.

La Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y

de los artículos 101 y 102 del Tratado de la Comunidad Europea (BOE 11-02-2009) pretende establecer unas directrices que, con carácter general, guíen la actuación de la Autoridad de Competencia a la hora de aplicar los criterios contemplados en el artículo 64 de la LDC. Con ello se pretende contribuir a mejorar la transparencia y la objetividad en la determinación de la sanción, potenciar su efecto disuasorio y favorecer la seguridad jurídica de los operadores económicos.

Estas orientaciones para concretar la aplicación de los criterios del artículo 64 de la LDC han sido las empleadas por el Consejo para la determinación de la sanción en esta Resolución, con pleno respeto a los criterios dictados por el Tribunal Supremo, quien en numerosas sentencias ha mantenido (entre otras, de 24 de noviembre de 1987, 23 de octubre de 1989, 14 de mayo de 1990 y 15 de julio de 2002) que la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho.

En la respuesta de la SGAE a la solicitud de información incluida en el Pliego de Concreción de Hechos (28 de enero de 2014), esta entidad argumenta (folios 4732-4734) que a los efectos de determinar cuál es el volumen de negocios de la SGAE, sólo deben tenerse en cuenta las cantidades que ingresa en concepto de descuento de administración en lugar del dato de los importes de recaudación.

Análoga cuestión ya fue resuelta por la autoridad de competencia en Resolución de 3 de julio de 2012 (Expte. S/0220/10 SGAE), donde se clarificaba este extremo: “[...] la SGAE pretende sustituir las cifras remitidas previamente de volumen de negocios obtenido, es decir los ingresos recibidos [...], por el importe que supone el descuento de administración que SGAE aplica por la recaudación de derechos en España (HI). El Consejo no puede aceptar dicha modificación de los datos, puesto que tal propuesta no se corresponde con ninguno de los conceptos que la LDC establece en los criterios a seguir para el cálculo de las sanciones. Por un lado, de acuerdo con el artículo 63 de la LDC, el límite de la sanción se fija sobre el volumen de negocios total del infractor, en este caso los ingresos recaudados por la SGAE, en el año anterior al de la imposición, y por otro, según el artículo 64.1.a) un criterio para el cálculo de la sanción es la dimensión y características del mercado afectado”.

Bajo tal análisis, la base sobre la que debe calcularse el límite del 10% al que hace referencia el artículo 63.1.c) de la LDC es del volumen de negocios total de la entidad en el ejercicio 2013, esto es, 259.771.723 € (folio 4733), siendo su 10% el de 25.977.172 €.

Esta misma aproximación, pero ahora centrada en el concreto ámbito en el que se produce la conducta infractora, es el que debe guiar la determinación de la sanción.

Según el párrafo 8 de la Comunicación, la cuantificación de la sanción se realiza en varias fases. La primera fase consiste en determinar el importe básico de la sanción, para lo que, según párrafo 9, serán de aplicación los criterios señalados en las letras a) a e) del artículo 64.1 de la LDC “teniendo en cuenta, por tanto, la dimensión y

características del mercado afectado, la cuota de mercado del infractor, el alcance de la infracción, su duración y sus efectos.” En relación con el mercado afectado por la infracción (art. 64.1.a LDC), el párrafo 10 de la Comunicación de sanciones concreta lo siguiente: “El volumen de ventas afectado por la infracción será la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor en los mercados de producto o servicio y geográficos donde la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos, durante el tiempo que la infracción haya tenido lugar y antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados. Las ventas de cada periodo se ponderarán de acuerdo con lo previsto en el punto 15”.

En este caso, según lo ya señalado, el mercado afectado por la conducta se circunscribe al volumen de ingresos procedentes de la concesión de licencias para la comunicación pública de obras musicales en conciertos celebrados en España. Los volúmenes de ingresos en tal ámbito durante los años 2002 a 2013 (ambos incluidos) han sido aportados por SGAE (folio 4733), debiendo atener, según lo ya señalado, al volumen total de lo recaudado y no al descuento por administración liquidado en el mismo.

Sobre tales volúmenes, y dado que la infracción tiene una duración superior al año, se aplica el coeficiente reductor en función de duración previsto en el párrafo 15 de la Comunicación. En tal caso, a los últimos doce meses en que se tiene constancia de que se ha producido la infracción se aplica un factor de ponderación equivalente a 1. Los volúmenes correspondientes a los sucesivos periodos de 12 meses anteriores al primero recibirán una ponderación decreciente (0.75 para el 2º periodo, 0.50 para el 3º y 0.25 para el 4º, etc.), lo que implica que para la sanción se tiene en cuenta sólo una proporción decreciente del volumen de negocios del mercado afectado a medida que la infracción es más antigua.

Siendo ello así, la suma ponderada (de forma decreciente por duración) de los volúmenes de negocios en el mercado afectado por la conducta durante los años 2002 a 2013 asciende a 62.063.928 €. Sobre dicha base, teniendo en cuenta antecedentes previos y recientes de la CNMC, así como atendiendo al hecho de que la autoridad de competencia sobreseyó las actuaciones hasta la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2009, la Sala de Competencia ha estimado proporcional a la intensidad y gravedad de la conducta la aplicación en este caso de un porcentaje del 5% para la determinación del importe básico de la multa, y en este caso también de la sanción dado que no existen atenuantes y agravantes, resultado de ello una multa de **3.103.196 €**. Así, de acuerdo con la información proporcionada en el presente expediente, puede considerarse esta multa como una aproximación al beneficio ilícito obtenido por la infractora con la realización de la conducta.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, el Consejo en Sala de Competencia

HA RESUELTO

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

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

TERCERO.- Intimar a la SGAE para que cese en la conducta en el plazo de tres meses contados desde la notificación de esta Resolución y, en lo sucesivo, se abstenga de cometer prácticas como las sancionadas u otras análogas, que puedan obstaculizar la competencia.

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

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la SGAE y a la APM, haciéndole saber que contra la misma 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 su notificación.

VOTOS PARTICULARES

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz, a la Resolución aprobada en el día de hoy, 6 de Noviembre del 2014, **por mayoría simple**, por esta Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el marco del Expediente Sancionador S/0460/13 SGAE-CONCIERTOS.

DISCREPANCIA que desarrollo, en primer lugar, en el establecimiento de ANTECEDENTES y HECHOS PROBADOS, para concluir seguidamente en la concreción de los **MOTIVOS de discrepancia**.

ANTECEDENTES.-

1º En su día, por turno de reparto le correspondió la Ponencia de este Expediente Sancionador S/0460/13 SGAE-CONCIERTOS a los Consejeros Don Fernando Torremocha y García-Sáenz y Don Benigno Valdés Díaz.

Los citados Consejeros llevaron una Propuesta de Resolución para ser conocida por el Pleno de esta Sala de Competencia el día 23 de Octubre, manifestando **in voce** que del examen del Expediente *“entendían ser procedente el archivo de las actuaciones, por cuanto no existían conductas infractoras del Artículo 2 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia”*.

2º Sin perjuicio de lo anterior, el siguiente día 30 de Octubre, nuevamente llevaron por escrito una Propuesta de Resolución, que fue vencida por mayoría simple (Presidente y Consejeras), por lo que se acordó turnar la Ponencia.

HECHOS PROBADOS.

Es un hecho probado que este Expediente Sancionador S/0460/13 SGAE-CONCIERTOS trae causa antecedente en una denuncia que el día 27 de Mayo del 2005 hiciera la ASOCIACION DE PROMOTORES MUSICALES (APM) ante el Servicio de Defensa de la Competencia (hoy extinto) *“por supuestas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en imponer condiciones abusivas en los contratos de licencia por los que se concedía a los promotores los derechos de autor de las canciones para poder ser interpretadas en los conciertos”*.

Es un hecho probado que el citado Servicio, ***tras doce meses de instrucción***, el día 13 de Octubre del 2006, en Resolución motivada ***“acordó el sobreseimiento de las actuaciones”***, por entender que las conductas denunciadas y examinadas no eran constitutivas de la infracción del Artículo 2 de la entonces vigente Ley de Defensa de la Competencia.

Es un hecho probado, que el día 3 de Noviembre del 2006, la denunciante ASOCIACION DE PROMOTORES MUSICALES (APM) ante el hoy extinto Tribunal de Defensa de la Competencia interpuso recurso contra el citado Acuerdo, en el que solicitaba la reapertura del proceso de instrucción (R/701/2006). Recurso que fuera desestimado en Resolución dictada el día 8 de Marzo del 2007.

Es un hecho probado que la denunciante ASOCIACION DE PROMOTORES MUSICALES (APM) interpuso recurso contencioso-administrativo que fue estimado por la Ilma Sección Sexta de la Audiencia Nacional en Sentencia 9 de Abril del 2009 *“por entender que los hechos denunciados **no fueron suficientemente investigados**”* y, en consecuencia, ordenaba a la Comisión Nacional de la Competencia (hoy extinta) que continuase las actividades instructoras y recabase mayor información a fin de resolver sobre las siguientes cuestiones :

- Si las tarifas de la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) y los criterios de fijación de las mismas estaban justificados, en comparación con los países europeos y con respecto a la doctrina emanada del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- Si la exigencia de garantías se había producido en un número relevante de casos y si tal exigencia estaba ajustada a los usos comerciales o, por el contrario, era una conducta injustificable desde el punto de vista de la competencia.
- Y si había existido práctica colusoria entre la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (APM) y las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual extranjeras.

Es un hecho probado que la Excma Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo, en Sentencia 4 de Diciembre del 2012 ratificó la dictada por la Ilma Audiencia Nacional.

Es un hecho probado que la Dirección de Investigación, de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy ambas extintas), **en cumplimiento de lo ordenado por las Sentencias citadas**, el día 15 de Abril del 2013 incoó Expediente Sancionador S/0460/13 SGAE-CONCIERTOS **“por existir indicios racionales de la comisión, por parte de SGAE, de una infracción del Artículo 2 de la LDC y del Artículo 102 del TFUE, consistente en un abuso de su posición de dominio en el mercado de gestión de derechos de comunicación pública de la propiedad intelectual de los autores de obras musicales que se explotan en los conciertos musicales celebrados en España”**.

Es un hecho probado que la Dirección de Competencia, de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, finalizada la fase de instrucción y con amparo en lo prevenido en el Artículo 50.4 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, elevó a esta Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la siguiente **Propuesta de Resolución**

*“PRIMERO.- Que se declare la existencia de una infracción única y continuada 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, de la aplicación de tarifas inequitativas y excesivas en las licencias concedidas para la comunicación pública de las obras musicales protegidas por los derechos de autor en conciertos celebrados en España, cuyo efecto abusivo se ha visto reforzado por su confluencia con otras prácticas restrictivas de la competencia en el marco de una estrategia abusiva común, consistentes en la imposición por la SGAE de la obligación de obtener la **licencia** de derechos de autor con anterioridad a la venta de las entradas, la exigencia de **fianzas** desproporcionadas a los promotores de conciertos y la obligación de que los operadores de ticketing **retengan y liquiden** el importe adeudado a SGAE para poder acogerse a la **exención de fianza**.*

*TERCERO.- Que la conducta anteriormente citada se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del **Artículo 62.4,b) de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia**.*

*CUARTO.- Que se imponga la sanción prevista en el **Artículo 63** de la Ley 15/2007 o, en su caso, el **Artículo 10.1**, de la Ley 16/1989 de 7 de*

Julio, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el **Artículo 64 de la Ley 15/2007** o, en su caso, en el **Artículo 10.2 de la Ley 16/1989** de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia.

MOTIVOS DE DISCREPANCIA

PRIMERO.- VULNERACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES UNO.-

La Resolución aprobada, manifiesta literalmente en el **Apartado 12 (página 3) que**

*“El 28 de Enero de 2014 el **Pliego de Concreción de Hechos (PCH)** fue notificado a la SGA y a la APM. El 21 de febrero de 2014 se recibieron las alegaciones de SAGE y el 20 de febrero del 2014 las de APM (...).*

*El Pliego de Concreción de Hechos, **si bien la Resolución ni lo concreta, ni siquiera lo cita,** es idéntico a la **Propuesta de Resolución** anteriormente relatada en su plena literalidad.*

-----0-----

La Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, en su **Artículo 50 Instrucción del Expediente Sancionador** dispone que **“1. La Dirección de Investigación, una vez incoado el expediente, practicará los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades ; 3. Los hechos que pueden ser constitutivos de infracción de recogerán en un **Pliego de Concreción de Hechos** que se notificará a los interesados para que, en un plazo de quince días, puedan contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes (...)**

El Pliego de Concreción de Hechos es, pues, **el acto administrativo** que fija los hechos probados que configuran la acusación y las personas (físicas y/o jurídicas) imputadas, de manera que todo el procedimiento posterior **no puede desviarse** de los allí fijados, como ha establecido desde siempre el Tribunal de Defensa de la Competencia (por todas, la **Resolución 4 de Septiembre 2000 Expediente Sancionador AENOR**).

En ella, el hoy extinto Tribunal recuerda que el **Tribunal de Justicia de las Comunidades** ha declarado con reiteración que “el respeto de los derechos de defensa **EXIGE** que, desde la fase del procedimiento administrativo, se ofrezca a la empresa interesada la posibilidad de manifestar adecuadamente su punto de vista sobre la realidad y pertinencia de los hechos, imputaciones y circunstancias alegadas por la Comisión, de manera que el **Pliego de Cargos debe facilitar** a la empresa **todos** los elementos necesarios para que pueda defenderse de forma eficaz. En el Pliego de Cargos deben mencionarse con claridad todos los elementos esenciales (....)”.

A los anteriores efectos y sin ánimo de agotar la cita jurisprudencial, por todas las **Sentencias Hoffman-La Roche de 11 Febrero 1979** ; **Cimentieres CBR y otros/Comisión de 18 Diciembre 1992** ; **CB y Europe/Comisión de 23 Noviembre 1994**).

-----0-----

En la normativa de la Comunidad Europea “**REGLAMENTO 99**” el Pliego de Cargos (en nuestra terminología legal, el **Pliego de Concreción de Hechos**) es el documento que la Comisión, después de haber reunido los elementos que le permiten establecer pruebas suficientes de la existencia de una infracción, **recoge los hechos probados que no acreditados y formula la acusación**, que comunica a las partes imputadas para que puedan formular alegaciones (**Artículo 2.1**).

El Artículo 2.2 dispone que “la Comisión **sólo podrá** tomar en consideración, en sus decisiones, los cargos respecto de los cuales las empresas hayan podido exponer sus puntos de vista”. De este modo, “el Pliego de Cargos tiene por efecto cristalizar la postura de la Comisión, **impidiendo a ésta mantener en su decisión otros cargos distintos a los comunicados**” (por todas, las **Sentencias IBM de 11 Noviembre 1981** y **Auto Reynolds de 18 Junio 1986**).

Por tanto, el **efecto cristizador** conlleva **(a)** que la Comisión no podrá fundamentar su decisión sobre otros datos de hecho que los previamente comunicados ; **(b)** que para poder fundamentar su decisión sobre un elemento de hecho, la Comisión deberá indicar con claridad en el Pliego de Cargos **qué piensa utilizar** y presentar tal documento contra la empresa ; **(c)** que la Comisión no podrá acusar a una empresa de una infracción distinta de la que figura en el Pliego de Cargos y, en particular, dando a los hechos una calificación diferente a la concretada en el Pliego de Cargos ; **(d)** que la Comisión no podrá acusar a las empresas de una infracción cuya duración sea

superior a la tomada en consideración en el Pliego de Cargos, ni podrá ampliar el alcance o modificar la naturaleza de los cargos ; **(e)** que la Comisión **no podrá fundamentar su decisión sobre una concepción jurídica diferente a aquélla sobre la que se asienta el Pliego de Cargos** ; y **(f)** que la Comisión no podrá imponer multas sin anunciar su intención de hacerlo (por todas, las **Sentencias Pasta de madera II de 3 Marzo 1986 ; Pioneer de 7 Junio 1983 y de instancia Europay de 23 Febrero 1994**).

-----0-----

CONCLUYENDO : En mérito de todo lo anterior, este Consejero Discrepante entiende que la Resolución aprobada en el día de hoy, vulnera frontalmente lo prevenido

- En el Artículo 9 de la Constitución Española que consagra los principios fundamentales de legalidad jurídica y legalidad, a la par que prohíbe la interdicción de los Poderes Públicos, lo que conlleva indefensión a la parte ex Artículo 24.1 del mismo Texto Constitucional y ello, por aplicar como régimen sancionador una Comunicación (de rango inferior a la Ley) y hacer abstracción negligente de lo prevenido en la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia y, en su caso, de lo prevenido en la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia.
- En el Artículo 50.4 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, lo que vulnera los principios de legalidad y seguridad jurídica, produciendo indefensión a la parte, al vulnerar los principios de tipicidad y sancionador aplicables a la conducta que se le imputa, según dispone la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Tal vulneración normativa, al adentrarse en el campo de la interdicción de los Poderes Públicos, concluye en arbitrariedad y, en consecuencia, está sujeta a la responsabilidad ex Artículo 9.

- En el Artículo 103 de la Constitución Española en cuanto obliga a las Administraciones Públicas a servir con objetividad los intereses generales y a actuar con pleno sometimiento a la ley y al Derecho.

SEGUNDO.- VULNERACION DE PRINCIPIOS FUDAMENTALES DOS.

La **PARTE DISPOSITIVA** de la Resolución aprobada en el día de hoy, 6 de Noviembre del 2014, en el marco del Expediente Sancionador S/0460/13 SGAR-CONCIERTOS dice literalmente (páginas 34 y 35) :

**“.....el CONSEJO en Sala de Competencia
HA RESUELTO**

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

-----0-----

EI FUNDAMENTO DE DERECHO QUINTO se inicia en la página 20 y concluye en la página 29. Aparte de encontrarnos con una redacción prolija, inconexa e inmotivada (por cuanto, en un **totum revolutum** mezcla hechos acreditados que no probados y fundamentos jurídicos) ahora y a los efectos prevenidos en orden a la tipicidad de la conducta, **SOLAMENTE en el último párrafo in fine** (página 28 in fine y página 20 initio) se dice y establece literalmente :

“En conclusión, la Sala de Competencia considera que el comportamiento de la SGAE analizado en este expediente constituye una infracción única y continuada del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE, derivada de la aplicación de tarifas inequitativas y excesivas en las licencias concedidas para la comunicación pública de las obras musicales protegidas por derechos de autor en conciertos celebrados en España, sin que se haya aportado y por lo tanto careciendo de otra justificación objetiva alternativa”.

-----0-----

Prima facie, en orden a la nulidad de actuaciones, dejar acreditados los siguientes particulares :

1º el Consejo en Sala de Competencia, no sólo es un indeterminismo semántico, sino que al venir siendo reiterado y advertido por este Consejero Discrepante en todas las deliberaciones y en sus Votos Particulares Discrepantes, se adentra en el campo no ya de la falta de diligencia y concreción exigida a toda resolución administrativa y/o judicial, sino en el del empecinamiento torpe.

El Consejo (**páginas 21, 23, 34**) no tiene facultades objetivas y funcionales para examinar expedientes sancionadores o valorar conductas incardinables en las leyes de competencia y mucho menos para dictar resoluciones que competen exclusivamente, por razón de la materia, a esta Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y no del Consejo, **que carece de facultades resolutorias o de supervisión.**

De ahí que, reincidir en lo que inicialmente y en el mejor de los casos podríamos calificar como error, dada la naturaleza de las resoluciones que esta Sala de Competencia dicta administrativamente, en fase previa, **llevan a la nulidad de actuaciones** al dictarse por órgano manifiestamente incompetente para ello (objetiva y funcionalmente).

2º la Resolución aprobada, por mayoría simple, carece de fundamentación jurídica por cuanto en ningún momento, examina y valora el texto de los preceptos que considera infringidos y por ello de las conductas a incardinarse en los mismos, sino que en un ejercicio de un **totum revolutum hace simple cita de los mismos**, causando indefensión a la parte que no viene obligada a conocer el principio **iura novit curia**.

3º finalmente en su ánimo sancionador, **se olvida de calificar la conducta** a lo que viene obligada, por imperativo del **Artículo 62.4.b) de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.**

TERCERO.- VULNERACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES TRES.-

Este hecho, **el de NO CALIFICAR LA CONDUCTA** olvidando el mandato del Artículo 62.4.b) de la Ley 15/2007, **como paso previo y necesario** para aplicar los siguientes en aras a una **cuantificación de la sanción/multa**, tiene una especial relevancia, **por cuanto al inexistir la calificación de la conducta** (muy grave, grave o leve) **deviene imposible la cuantificación de la sanción.**

Esto es, ***“siendo 0 el índice de gravedad de la conducta, cualquier porcentual-grado a aplicar sobre el grado de conducta muy grave o grado de conducta grave o grado de conducta leve) siempre daría 0”***.

Es tan simple como las siguientes operaciones aritméticas, que no matemática cuántica : el segmento del 0,001% al 1% de las conductas leves multiplicado por 0, siempre da 0 ; el segmento del 1,001% al 5% de las conductas graves multiplicado por 0 siempre da 0 ; el segmento del 5,001% al 10% de las conductas muy graves multiplicado por 0 siempre da 0.

Esta ligereza negligente convierte este Expediente Sancionador en papel mojado, por cuanto no se puede concluir sancionando algo (la conducta y su gravedad) que no ha sido previamente tipificada y concretada. ***Lo que conduce a declarar la exoneración de la ASOCIACION GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) ante la imposibilidad manifiesta de sancionarla, por inexistencia de CALIFICACION.***

Lo contrario, es decir, sancionar sin existencia de calificación de la conducta examinada ***llevaría al fraude procesal y legal, por arbitrariedad, generando AD NAUSSEAM una nueva indefensión a la parte., dado que se estaría vulnerando los principios fundamentales de legalidad y seguridad jurídica.***

Y ello es más rechazable por cuanto en este caso, la mayoría de esta Sala de Competencia ha ejercido como tal para llegar a la aprobación de esta Resolución que, como no podría ser menos, lo hace

una vez examinados, valorados y constatados minuciosamente todos y cada uno de los párrafos que la conforman, desde la página 1 a la página 35.

-----0-----

Item más y sin perjuicio de lo manifestado en el apartado anterior y a mayor abundamiento de lo en él establecido, decir que la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, en su **Artículo 62.4.b)** aborda la calificación y tipicidad de la conducta examinada y que considera infractora, en orden a lo prevenido en los siguientes artículos y en concreto a lo dispuesto en el **Artículo 63 Sanciones** en el que se dispone ***“1c. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la***

empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa”.

A la luz de todo lo anterior, así como de lo prevenido en el **Artículo 3 del Código Civil** y poniendo en armonía y relación lo dispuesto en los apartados primero y tercero del citado Artículo 63 de la Ley 15/2007 **se debe concluir** diciendo (y prima facie haciendo abstracción a priori de la existencia o inexistencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad) que :

- a) El segmento de cuantificación de las infracciones leves se mueve entre el 0,001% y llega hasta el 1%.
- b) El segmento de cuantificación de las infracciones graves se mueve entre el 1,001 % y llega hasta el 5%.
- c) El segmento de cuantificación de las infracciones muy graves se mueve entre el 5,001% y llega hasta el 10%.

Lo contrario sería una interpretación **contra legem** que llevaría al absurdo, por cuanto una vez calificada y tipificada la conducta como muy grave se terminaría imponiendo una sanción/multa cuantificada en el segmento de una conducta grave ; o la grave cuantificarla en el segmento de la leve. Y así hasta el absurdo infinito.

-----0-----

La doctrina jurisprudencial desarrolla estos preceptos normativos en orden a que *“la discrecionalidad que la Ley concede, debe ser ejecutada **PONDERANDO** las circunstancias concurrentes en cada caso, al objeto de alcanzar la necesaria y debida **PROPORCIONALIDAD** entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, los efectos en el mercado, la existencia de circunstancias modificativas de la conducta, etc., dado que toda sanción debe determinarse **en congruencia con los principios de proporcionalidad e individualización de la sanción a imponer, para adaptarla a la gravedad de la conducta”.***

A efectos meramente indicativos, citamos las Sentencias del Tribunal Supremo y por todas las **SSTS de 1 Diciembre 2010 Recurso 2685/2008 ; 29 Enero 2013 Recurso 2495/2012 y 28 Junio 2013 Recurso 1947/2010.**

Y de la Audiencia Nacional, por todas las **SSAN 10 Noviembre 2010 Recurso 637/2009 ; 22 Noviembre 2010 Recurso 365/2009 ; 18 Enero**

2011 Recurso 266/2009 ; 10 Febrero 2011 Recurso 318/2010 ; 13 Octubre 2011 Recurso 795/2009 ; 10 Noviembre 2011 Recurso 846/2009.

-----0-----

Item más, la Audiencia Nacional en la muy reciente **Sentencia 30 Enero 2014 Recurso 422/2012** recuerda que “constituye un principio esencial del derecho punitivo sancionador español **la división en grados** (mínimo, medio y máximo) **dependiendo la fijación de la cuantía de la multa la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad**”.

De ahí que, a juicio de la doctrina jurisprudencial, deban valorarse **(a)** la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia ; **(b)** la dimensión y las características del mercado afectado ; **(c)** los efectos de la infracción sobre los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos ; **(d)** la duración de la conducta restrictiva de la competencia ; y **(e)** la reiteración y demás circunstancias modificativas de la responsabilidad : agravantes y/o atenuantes.

CONCLUYENDO.- En mérito a todo lo anterior, este Consejero discrepante, ante la inexistencia de una calificación de la conducta imputada e infringida ; ante la inexistencia de hechos probados, concretos e indubitados, de momentos y actos puntuales, no puede calificarse en Derecho una conducta abusiva por parte de la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) incardinable en el Artículo 2 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia y, en consecuencia, se han vulnerado en dicha Resolución los derechos fundamentales desarrollados en los Artículos 9, 24.1 y 103 de la Constitución Española ; así como del Artículo 1 del Código Civil que consagra como fuente del Ordenamiento Jurídico a la doctrina jurisprudencial. Y mucho menos como una conducta única y continuada.

Se ha vulnerado el principio de tipicidad, lo que lleva a la exoneración de la conducta examinada, por cuanto inexistente la calificación de la conducta, deviene imposible la condena.

Además esta Resolución deviene inmotivada, lo que vulnera lo prevenido en los **Artículos 54 y 129** de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

CUARTO.- VULNERACION DE PRINCIPIOS FUNDAMENTALES CUATRO.-

El Artículo 1 del Código Civil sanciona el **Principio de Jerarquía Normativa**. Es decir, deviene inimaginable que una *Comunicación*, en tanto que norma de rango inferior a una Ley, pueda ser aplicable en perjuicio de unos principios legales normativos con rango de Ley : bien lo sea ex Artículo 10 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia ; bien ex Artículos 63, anteriores y posteriores concordantes de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Al efecto, el Tribunal Supremo en **Sentencia 100/2003 de 2 de Junio** en orden a la **RESERVA DE LEY** en la determinación de las sanciones administrativas establece lo siguiente :

*“Se abre así la posibilidad de que las leyes se remitan a normas reglamentarias en este ámbito, con el límite infranqueable, en todo caso, de que dicha remisión **<no facilite una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley>** (por todas las SSTC 42/1987 de 7 de Abril ; 101/1988 de 8 de Junio ; 61/1990 de 29 de Marzo ; 341/1993 de 18 de Noviembre ; 25/2002 de 11 de Febrero).*

*“En definitiva, según se destaca en la STC 113/2002 de 9 de Mayo, reiterando lo ya dicho en el Fundamento Jurídico Tercero de la STC 305/1993 de 25 de Octubre **<el Artículo 25 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que les sean de aplicación, SIN QUE SEA POSIBLE que, a partir de la Constitución se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las ya existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley>**”.*

El mismo Tribunal Constitucional, previamente, recuerda lo dicho en la doctrina expresada en su **STC 42/1987 de 7 de Abril**

*“El derecho fundamental así enunciado (...) comprende una doble garantía. **La primera**, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de*

seguridad jurídica en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa necesidad de **predeterminación normativa** de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. **La segunda**, de carácter formal se refiere **al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones**, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término **"legislación vigente"** contenido en el Artículo 15.1 de la Constitución Española es expresivo de una **reserva de Ley en materia sancionadora**".

Por todas, las SSTC 133/1999 de 15 de Julio ; 276/2000 de 16 de Noviembre ; 25/2002 de 11 de Febrero ; 75/2002 de 8 de Abril y 113/2002 de 9 de Mayo".

-----0-----

Es de una obviedad incontrovertible que este Expediente Sancionador ha sido instruido en **unidad de acto normativo** en orden al examen e incardinación de las conductas a sancionar, bajo el manto y amparo de una Ley, que en este concreto caso es : la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

De ahí que **(1)** las conductas examinadas lo hayan sido a la luz de lo prevenido en su Artículo 1 (conducta tipificada) en armonía, coordinación y obligación tipificadoras ex Artículo 63, anteriores y siguientes (calificación de la conducta, **inexistente en este caso** y régimen sancionador) ; y **(2)** todo ello con amparo en lo prevenido en el Artículo 50.4 de la tantas veces citada Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

-----0-----

En consecuencia, a la luz de los principios fundamentales de legalidad y seguridad jurídica, así como de la doctrina jurisprudencial y constitucional que los desarrolla, cabe preguntarse **¿por qué esta Resolución aprobada se aparta del principio de unidad de actuación legal normativa bajo la que se ha instruido este Expediente Sancionador y en vez de seguir plena y totalmente el mandato de la Ley 15/2007 se inclina por acudir a una Comunicación, vulnerando el Ordenamiento Jurídico, lo que implica el cambio normativo unitario?**

Y no sólo ello *¿Por qué a todo lo largo y ancho del Fundamento de Derecho Séptimo* (obstante a las páginas 32, 33 y 34) **no existe un solo argumento, no ya legal, sino ni siquiera aritmético, por el que el Administrado/sancionado** (en este concreto caso, la Sociedad General de Autores y Editores) **sea capaz de aprehender la sanción, para en el ejercicio de su derecho constitucional poder recurrirla en el contencioso-administrativo?**

¿Por qué esta carencia de motivación? ¿Por qué esta inseguridad jurídica?. ¿Por qué vulnerar lo prevenido en el Artículo 103 de la Constitución Española?

-----0-----

En todo caso y a mayor abundamiento, este Consejero discrepante sigue reiterando, también y ahora, su criterio anteriormente expuesto en anteriores Votos Particulares Discrepantes, en el sentido :

1º que la fórmula madre en la que se ampara y fundamenta la *Comunicación* es una creación ad hoc, carente de rigor científico.

2º y lo que es más rechazable afecta al régimen sancionador a aplicar, al posibilitar en su **Parágrafo (14)** actuaciones **contra legem** al decir literalmente :

*“el importe básico se obtendrá aplicándole al volumen de ventas afectado por la infracción un porcentaje que **PARTIENDO DEL 10% PODRA INCREMENTARSE en consideración a los siguientes criterios de FORMA CUMULATIVA.***

*(a) si la infracción es calificada como muy grave, el **PORCENTAJE SE PODRA AUMENTAR HASTA EN DIEZ PUNTOS PORCENTUALES.***

*(b) si el mercado o los mercados relacionados con la infracción corresponden a un in putt susceptible de provocar efectos en cascada en distintos mercados, el **PORCENTAJE SE PODRÁ AUMENTAR HASTA EN DIEZ PUNTOS PORCENTUALES.***

“POR LO TANTO, el importe básico se situará entre un 10% y un 30% del volumen de ventas afectado por la infracción”.

CONCLUYENDO : En mérito a todo lo anterior, este Consejero discrepante entiende que :

1º esta Resolución aprobada en el día de hoy por mayoría simple vulnera frontalmente lo prevenido en el Artículo 9 de la Constitución Española (principios fundamentales de legalidad y seguridad jurídica) lo que conlleva una indefensión a la parte, todo lo cual vicia de nulidad lo resuelto.

2º ítem más, si la Resolución aprobada en el día de hoy por mayoría simple no califica la conducta examinada y la tipifica en el orden legalmente prevenido (como conducta muy grave, grave o leve), tal acontecer conlleva, necesaria e incontrovertiblemente, a la imposibilidad de cuantificar una sanción por inexistencia de tipicidad.

3º esta Resolución aprobada en el día de hoy por mayoría simple vulnera los principios fundamentales de legalidad y seguridad jurídica, por cuanto deviene inmotivada al desconocer lo prevenido en los Artículos 54 y 129 de la Ley 30/1992 y su coetáneo Artículo 128 de la Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, lo que genera indefensión a la parte sancionada, por cuanto al desconocer el hilo conductor argumentativo que la conforma, no puede atacarlo para desvirtuarlo, en estrictos términos de defensa.

En consecuencia, procede **(1)** en todo caso, declarar la exoneración de la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) por inexistencia de tipicidad de la conducta, lo que conlleva la imposibilidad de ser sancionada ; **(2)** alternativamente y ad cautelam, la declaración de nulidad de actuaciones por vulneración de los principios fundamentales de legalidad y seguridad jurídica consagrados en el Artículo 9 de la Constitución Española, a la luz de lo prevenido en los Artículos 24.1 , 25.1 y 103 del mismo Texto Constitucional, al generarle indefensión ; **(3)** por inaplicación de la doctrina jurisprudencial y constitucional, anteriormente citada, en orden al principio de jerarquía normativa haciendo prevalecer la Ley sobre normas reglamentarias de rango inferior a la Ley y que en todo caso no han sido previamente determinadas o delimitadas por otra con rango de Ley ; y **(4)** en todo caso, por falta de motivación en orden a la cuantificación de la sanción, lo que

imposibilita al sancionado, a tener conocimiento del por qué y el cómo argumentativo de la sanción, para poder atacarla/desvirtuarla, en su caso.

QUINTO.- VULNERACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES CINCO.-

La **PROPUESTA DE RESOLUCION** que la Dirección de Promoción eleva a esta Sala de Competencia, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y que ha sido miméticamente asumida por la mayoría simple de esta Sala y, consiguientemente vertida a esta Resolución aprobada en el día de hoy, dice

***“PRIMERO.-** Que se declare la existencia de una infracción única y continuada 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, (1) de la aplicación de tarifas inequitativas y excesivas en las licencias concedidas para la comunicación pública de las obras musicales protegidas por los derechos de autor en conciertos celebrados en España, cuyo efecto abusivo se ha visto reforzado por su confluencia con otras prácticas restrictivas en el marco de una estrategia abusiva común, consistentes (2) en la imposición por la SGAE de la obligación de obtener la **licencia** de derechos de autor con anterioridad a la venta de las entradas, (3) la exigencias de **fianzas** desproporcionadas a los promotores de conciertos y (4) la obligación de que los operadores de ticketing **retengan y liquiden** el importe adeudado a SGAE para poder acogerse a la **exención de fianza**.*

-----0-----

Este Consejero discrepante, en su Propuesta de Resolución, que fuera vencida por la mayoría simple de esta Sala de Competencia (Presidente y dos Consejeras) concluía en su Parte Dispositiva proponiendo

***“UNICO.-** Declarar la no procedencia de incoación de procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones seguidas contra la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) por inexistencia de conductas prohibidas en el 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 (abuso de posición dominante) descritas e instruidas en el marco de este Expediente Sancionador S/0460/13 SGAE-CONCIERTOS".

-----0-----

El abundar sobre mi argumentario en orden a tal conclusión, es lo mismo que adentrarme ahora en desvirtuar el que ha resultado vencedor, por mayoría simple. Y para ello, procederé según el orden establecido en el párrafo anterior, diciendo al efecto :

1º SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) de carácter privado y de ámbito nacional, cuya principal función (fines) es la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. Si bien, atendiendo a sus Estatutos, también tiene encomendados otros fines, tales como la promoción cultural de las obras de sus socios para la revalorización y difusión del repertorio social, la promoción de actividades o servicios de carácter asistencial en beneficio de los socios o la defensa de los derechos morales y corporativos de sus socios.

La SGAE, en su forma actual, fue constituida como **asociación sin ánimo de lucro** el 18 de Mayo de 1988 y autorizada como **entidad de gestión colectiva** por Orden del Ministerio de Cultura el 1 de Junio, de acuerdo con lo prevenido en el Artículo 147 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Tal y como se recoge en los Estatutos (Artículo 16) los socios deben pertenecer, **al menos**, a uno de los diez grupos profesionales siguientes : **escritores** (obras literarias), **compositores** (obras musicales, dramático-musicales, coreográficas y audiovisuales), **letristas** (de composiciones musicales), **autores dramáticos, coreógrafos, mimos ; directores-realizadores** (de obras audiovisuales), **argumentistas y guionistas** (de obras audiovisuales), **autores de obras no musicales** (creadas especialmente para producciones multimedia) **y editores musicales**.

La SGAE, en cumplimiento de sus labores de gestión **(1)** emite licencias a los usuarios de su repertorio ; **(2)** recauda los derechos generados por su explotación comercial ; **(3)** y los reparte entre los autores y los editores musicales ; **(4)** descontando los costes derivados de esta gestión ; y **(5)** dedicando parte de las cantidades recaudadas a la promoción cultural.

La SGAE tiene firmados 270 convenios de representación recíproca con 149 asociaciones de gestión extranjeras.

La relación (*negocio jurídico*) que vincula a la SGAE con sus socios es la contractual propia de **de un contrato de mandato, apoderamiento y representación** sujeto al Ordenamiento Jurídico (el Código Civil en armonía y concordancia con el Código de Comercio).

-----0-----

En ESPAÑA la única sociedad habilitada por el Ministerio de Cultura para gestionar los derechos de autor de obras musicales es la SGAE (Sociedad General de Autores y Editores).

-----0-----

El marco jurídico afectado por las conductas investigadas en este Expediente Sancionador *“es el de protección de los derechos de autor y, en concreto, la gestión del derecho de comunicación pública de obras musicales en conciertos celebrados en España”*.

*“El derecho de autor abarca el conjunto de normas y principios que regulan los derechos morales y patrimoniales que **la Ley concede** a los autores por el solo hecho de la creación de una obra literaria, artística o científica”*.

Derechos que están **regulados y amparados** en el marco del Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de Abril por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual *“regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia”*

2º Promotores musicales.- El mercado relevante de **producto** afecta a las autorizaciones y remuneración correspondiente, derivada del derecho de comunicación pública de obras musicales en conciertos celebrados en España. En este mercado, los demandantes son los **promotores musicales** que organizan el concierto y que necesitan de una **LICENCIA** que les permita interpretar públicamente la música (canciones) **cuyos derechos de autor están protegidos**.

Por el lado de la demanda **no existe sustitubilidad** por cuanto las licencias se conceden únicamente para una modalidad de explotación y una

modalidad específica de comunicación públicas (conciertos, bailes, radiodifusión, etc), no pudiendo ser utilizadas para otros fines.

Por el lado de la oferta la sustitubilidad es muy limitada porque las **Entidades de Gestión** deben obtener **“previamente una autorización del Ministerio de Cultura para iniciar esta actividad y deben recabar de un número significativo de autores la cesión de sus derechos”**.

Por tanto, las **Sociedades de Gestion Colectiva** actúan en un mercado de dos caras. **Por un lado**, ofrecen prestar servicios de gestión a los autores que les confían sus derechos de explotación y remuneración ; **y por otro**, actúan como oferentes en la concesión de las licencias a usuarios para explotar las obras de su repertorio. El grado de concentración de cada una de estas actividades determina el grado de concentración en la otra.

3º Tarifas.- La diferencia de tarifas aplicadas apoyan la consideración de distintos mercados de producto, entre las distintas modalidades de explotación de las obras musicales y entre las diferentes formas de comunicación pública de las mismas.

Y así, esta Resolución aprobada en el día, por mayoría simple, no puede sino reconocer **(páginas 23 y siguientes)** que *“catorce Estados miembros aplican tarifas más reducidas (...) y que cuatro/cinco son más altas (...) que los porcentuales que aplican esos catorce miembros no son uniformes, ni armónicos, sino que oscilan en una horquilla con abundancia de matices* (según su propia redacción).

Pero también dice esta Resolución **(página 22)** en el Parágrafo 5.2 El sistema de tarifas de SGAE en el mercado de gestión de los derechos de autor para la ejecución pública de obras musicales en conciertos **“El TRLPI confiere a las entidades de gestión un amplio margen de actuación en cuanto a la fijación de sus tarifas”**.

En consecuencia, partiendo de estas dos evidencias (posición de dominio y amparo legal) no puede concluirse sancionando, so pena de vulnerar los principios de legalidad y seguridad jurídica.

Y este el momento en que la Resolución aprobada en el día de hoy, por mayoría simple **plantea un sofisma : demuéstreme SGAE que es buena.** Olvidando el principio doctrinal, que desarrolla la normativa legal ***“incumbe la prueba al que afirma, no al que niega”***.

-----0-----

Por ello, cuando menos sorprende que en el Fundamento de Derecho Quinto, que se inicia en la página 20 y concluye en la página 29 la Resolución aprobada, por mayoría simple, pueda decir sin rubor que

“.....la aplicación de tarifas inequitativas y excesivas (no dice abusivas) en las licencias concedidas para la comunicación pública de las obras musicales PROTEGIDAS POR DERECHO DE AUTOR en conciertos celebrados en España, sin que se haya aportado y por lo tanto careciendo de otra justificación objetiva alternativa”.

-----0-----

Una vez más decir que no existe prueba por parte de la instrucción de este Expediente Sancionador (de ahí su inicial Propuesta de Archivo) para concluir en el sentido en que ahora lo hace este Resolución de la que discrepo y ello, por las siguientes consideraciones :

1ª la denuncia no concreta el número temporal en los que, según ella, la SGAE ha aplicado tarifas que denomina inequitativas y excesivas **(que no ABUSIVAS)** lo que rompería la calificación de conducta única y continuada y el abuso de la posición de dominio legal que tiene concedida por Ley.

2ª partiendo del hecho inequívoco que la denuncia lo hace por verse perjudicada, en ningún momento del Expediente instruido aparece la prueba documental en la que se acredite ese presunto perjuicio patrimonial.

3ª la Resolución, por tanto, se adentra en el mundo del posibilismo, frente al de los hechos reales y probados.

-----0-----

Finalmente, este Consejero discrepante viene obligado, **también a señalar** una manifestación de la Resolución obrante a la página 23, primer párrafo **que se hace bajo un óptica condenatoria** y que literalmente dice :

“Asimismo, tanto en la tarifa general de la SGAE como en los actuales modelos de licencia se establece que, si el organizador del concierto UTILIZA entradas sin contraseñado o sin control específico de asistentes, la TARIFA correspondiente se aplicará sobre el resultado de multiplicar el precio más elevado de entrada al acto por el aforo donde se lleva a cabo el mismo”.

Si esta es la prueba de cargo de las conductas imputadas a la SGAE por aplicar lo que llama tarifas inequitativas, sería tanto como **(1)** abanderar el enriquecimiento sin causa de los promotores ; **(2)** el fraude legal ; **(3)** el incumplimiento contractual ; **(4)** el fraude fiscal, etc, etc.

Cercanos en el conocimiento general están los desgraciados acontecimientos acaecidos meses atrás, que se encuentran ***sub iudice*** y que paralizaron a la opinión pública.

4º Fianzas en orden a la retención y liquidación de los derechos de autor.- Dada la picaresca del sector no parece desafortunado, ni descabellado y, en todo caso, no es contrario a la Ley el que por parte de la Entidad que con amparo en los derechos que la Ley le concede como único operador en España para gestionar los derechos de autor, en nombre de éstos y para éstos, contractualmente solicite y convenga con los promotores y a los promotores una serie de garantías contractuales, que vienen desarrolladas, minuciosa y pormenorizadamente en el Código Civil, en orden a hacer efectivo lo convenido y no quedar sujeto a un ulterior planteamiento judicial ante los diversos órdenes jurisdiccionales para obtener el cumplimiento de lo pactado.

Ello se plantea como cuestión marginal al abordar, también marginalmente, lo que la Propuesta de Resolución que asume miméticamente esta Resolución aprobada por mayoría simple (Presidente y dos Consejeras) denomina ***sin probanza alguna “estrategia abusiva común”***, en referencia expresa a las operadoras de ticketing ***en tanto que recaudadoras del dinero pagado por los asistentes a los conciertos*** (en concepto de intermediarios) ***y bajo el manto legal de los contratos de intermediación.***

Y ello, a mayor abundamiento, cuando en la propia Resolución de la que discrepo, en su página 27 literalmente se establece :

“Sin embargo (...) dado que, por virtud de las previsiones establecidas en los convenios de representación recíproca, la SGAE aplica a los autores extranjeros que representa las mismas tarifas que aplica a sus

*propios miembros y que **transfiere a la sociedad extranjera los ingresos** en concepto de derechos de autor generados por las licencias que ha concedido (descontados los gastos de gestión y asistenciales)*

Es decir, la SGAE actúa en el mundo de este sector económico como **intermediario-mandante** de terceros, a los que viene obligado a **rendir cuentas y pagar** lo percibido, so pena de ser acusado de administración desleal o vendedor de pleitos, a reserva de verse resarcido, en su día, del ingreso de tales cantidades, no propias, sino para ser transferidas a sus legítimos propietarios : los autores extranjeros a los que representa, vía terceros.

Tal acontecer puede ser calificado, una vez más, **“como un acto de sin razón, persecutoria en el orden sancionador”**.

5º Finalmente, recordar que esta SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el día 27 de Junio de este año 2014, dictó una **PROVIDENCIA** en la que acordaba tener por presentado un escrito por la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), requiriéndole para que en el plazo de diez días *“acompañara traducción testimoniada del mismo, según previenen las leyes procesales”*.

El documento que, obra en el Expediente Sancionador, en lo que interesa establece :

- **“Anexo a la carta conforme al Artículo 6 del Reglamento nº 2842/98 de la Comisión, de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea. Asunto nº 38071 VIASAT contra STIM y PRS.**

II.- LA DENUNCIA.

A.- Supuestas prácticas anticompetitivas.- En opinión de VIASAT, PRS y STIM actúan de forma concertada para someter a TV3 a **las tarifas** en vigor en Suecia, infringiendo así los Artículos 81 y 82. La premisa de este razonamiento es que, incluso para los espectadores situados en territorio sueco, VIASAT debe estar facultada para exigir la aplicación de la tarifa aplicable en el Reino Unido que es el país de inyección de la señal. Conforme a VIASAT, **aplicación de las tarifas** aplicables en Suecia constituye una distorsión de la competencia en perjuicio suyo. La divergencia entre las partes claramente se centra en la huella del satélite de TV3 en Suecia.

Todos los elementos fácticos descritos en la denuncia (con la excepción de aquellos relacionados con el pasado y pendientes del proceso judicial en Suecia) se presentan por la denunciante como prueba de la práctica concertada entre las dos Sociedades de Gestión.

III.- VALORACION

1. El objeto de la denuncia es el **licenciamiento de derechos de autor a usuarios** (dicha actividad debe diferenciarse de la prestación de servicios de administración de derechos de autor a los titulares de derechos) y, más en particular, la determinación de

la tarifa dentro del marco del licenciamiento de **derechos de comunicación pública** de obras musicales a una entidad de radiodifusión.

2. Aunque la denuncia sostiene que la imposición a VIASAT de las tarifas aplicables en Suecia es el resultado de una práctica concertada entre PRS y STIM infringiendo el Artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, no se han aportado pruebas objetivas suficientes sobre un acuerdo subyacente o una práctica concertada, entre ambas entidades de gestión, que tenga, por objeto o efecto, una restricción de la competencia.

Además. La denuncia no contiene ninguna indicación concreta ni precisa sobre **cuál sería la tarifa efectivamente aplicada por PRS, sin haberse determinado su valor económico ni la base para su cálculo**. Esto es probablemente debido al estado actual de las relaciones entre la denunciante y PRS, en la medida en la que PRS no propondrá ninguna solución final hasta haber concluido el procedimiento judicial pendiente ante el Tribunal sueco.

El único hecho tangible que puede en todo caso identificarse es que la tarifa en cuestión **sería lo que es de aplicación en el territorio en el que se sitúan los espectadores**, concretamente en Suecia. Esta situación por sí sola, no es inusual ni arbitraria, teniendo en cuenta que también ha sido confirmada por un organismo independiente en el Reino Unido (el Tribunal de Copyright).

De lo anterior se deduce que, teniendo en cuenta **la ausencia de pruebas objetivas suficientes** sobre la existencia de un acuerdo anti-competitivo o de una práctica concertada entre PRS y STIM o cualquiera otra entidad y teniendo en cuenta la absoluta incertidumbre sobre si el importe y la estructura de las tarifas aplicables, **la Comisión no está en posición de dar curso a una evaluación sería en base al Artículo 81**.

3. En cuanto al artículo 82 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, debe subrayarse que el Tribunal de Justicia determinó que las tarifas "**considerablemente más altas**" aplicadas por las entidades de gestión, que se encuentran en posición dominante, podrían en determinados supuestos constituir condiciones comerciales injustas, restringiendo la competencia (Sentencia del Tribunal de 13 de Julio de 1989 *Ministere Public v. Jean-Loius Tournier*).

Incluso desde este punto de vista no se han aportado los elementos de hecho ni de derecho básicos como condición indispensable y preliminar para una evaluación en base al Artículo 81 y al Artículo 82.

El único hecho acreditado es la intención de aplicar a TV3 una tarifa basada en una tarifa aplicada en el territorio en el que sitúan los espectadores, Suecia, frente a las tarifas aplicables en el país de inyección de la señal, Reino Unido. Las propias partes reconocen que esta tarifa aún está sin determinar.

Una intención de este tipo no parece, por sí sola, una restricción de la competencia, **sino una elección entre distintos criterios objetivos**, que puede ser utilizada para la determinación de las tarifas aplicables. Teniendo en cuenta **la ausencia de indicaciones legislativas** en este punto, ni la jurisprudencia relevante del Tribunal de Justicia, ni la del Tribunal de Primera Instancia, ni ninguna otra consideración sólida parecen indicar una respuesta diferente.

En la actualidad y sobre la base de las pruebas fácticas aportadas por los denunciantes, el estado de incertidumbre sobre el importe de las tarifas que serían aplicables a la emisión de TV3 ni siquiera permite que **la Comisión pueda valorar si las condiciones sobre el precio aplicadas por PRS son considerablemente más altas o más onerosas que cualquier otra condición aplicable por el resto de agentes del mercado basándose en diferentes criterios**.

IV.- CONCLUSION.- Teniendo en cuenta lo anterior, la opinión de la Comisión es que no se deduce actualmente ninguna infracción de la competencia sobre la base de las pruebas aportadas por la denunciante.

SEXTO.- CONCLUSION.-

En mérito a todo lo anterior, este Consejero discrepante concluye este Voto Particular Discrepante estableciendo :

1º en cuanto a la inicial Ponencia y a su Propuesta de Resolución **debió mantenerse** lo prevenido en su Parte Dispositiva ***“UNICO.- Declarar la no procedencia de incoación de procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones seguidas contra la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) por inexistencia de conductas prohibidas en el 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 (abuso de posición dominante) descritas e instruidas en el marco de este Expediente Sancionador S/0460/13 SGAE-CONCIERTOS.***

2º y en cuanto a esta Resolución aprobada en el día de hoy, por mayoría simple, procede ***“dada la inexistencia de concreción de la GRAVEDAD de la conducta, en cualesquiera de sus grados (conducta muy grave o conducta grave o conducta leve) ex mandato del Artículo 62.4.b) de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, bajo cuyo amparo se ha instruido y ha sido resuelta esta Resolución”*** la exoneración de sanción/multa.

Y ello por el simple argumento aritmético que ***“siendo 0 el orden de gravedad (al no haberse concretado la misma) todo porcentual a aplicar sobre 0*** (según los segmentos, desde el 0,001% al 1% ; desde el 1,001% al 5% ; o desde el 5.001% al 10%) ***devienen 0”***.

Y ello, sin perjuicio y ***alternativamente y ad cautelam*** de la estimación de la totalidad del resto de argumentos que conforman este Voto Particular Discrepante.

Así, por este **MI VOTO PARTICULAR DISCREPANTE** lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, en la fecha ut supra.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero D. Benigno Valdés Díaz a la presente Resolución, aprobada en la Sesión Plenaria de la SALA DE COMPETENCIA de la CNMC del día 6 de noviembre 2014, en el marco del Expediente S/0460/13 SGAE-CONCIERTOS.

Mi discrepancia se explicita de este modo:

PROEMIO.

Para la determinación de la sanción la *Resolución* aplica la *Comunicación sobre Sanciones* aprobada por el Consejo de la extinta CNC con fecha 6 de Febrero de 2009. Por las razones que se exponen en este *PROEMIO*, considero que ese método de determinación de sanciones es inapropiado por no adecuarse a lo establecido en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

SOBRE EL REGIMEN SANCIONADOR PREVISTO EN LA VIGENTE LEGISLACIÓN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

(I) “Volumen de ventas” vs. “volumen de negocios total” de la empresa infractora

El Artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, dice:

« [...] multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 % del **volumen de ventas** correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal».

Y el Artículo 63. 1 (a), (b) y (c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, dice:

«Los órganos competentes podrán imponer [...] las siguientes sanciones: Las infracciones leves [...] con multa de hasta el 1% [...], las graves con multa de hasta el 5% [...], [y] las muy graves con multa de hasta el 10% del **volumen de negocios total** de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa».

¿Qué diferencia existe entre “**volumen de ventas**” y “**volumen de negocios total**” de una empresa? A mi juicio, desde el punto de vista lingüístico ninguna: el volumen de ventas de una empresa es su volumen de negocios y el término “total” no añade nada a ese concepto, sólo hace de su

nombre un pleonismo (“Lo he visto”. “Lo he visto **con mis propios ojos**”). Ahora bien, el asunto está teniendo una enorme importancia en la aplicación del régimen sancionador previsto en la Ley 15/2007: *¿Qué debemos entender por **volumen de negocios total** de la empresa infractora, la facturación de la empresa en todos los mercados en los que opera o únicamente en el mercado en el que comete la infracción?*

Hay quienes consideran que la incorporación del término “total” en la Ley 15/2007 la hace mucho más precisa que su antecesora, la Ley 16/1989, que no incorpora ese término. El argumento es que la palabra “total” implica que el concepto “volumen de ventas” o “volumen de negocios” se refiere a *la totalidad de los ingresos obtenidos por la empresa, con independencia del número de bienes que produce y de mercados afectados por la infracción*. Que en realidad la misma pregunta se hubiera planteado en relación con la Ley 16/1989 (*Vid. STS, Sala de lo Contencioso, de 11 de Noviembre de 2009, en el recurso de casación número 1246/2006*), que no incorpora ese término, demuestra que el verdadero problema (*¿se debe sancionar a una empresa infractora sobre la base del ingreso obtenido en el mercado en el que ha cometido la infracción, o del ingreso obtenido en todos los mercados en los que opera, incluidos aquellos en los que no ha realizado infracción alguna?*), no tiene una solución semántica. Hemos de abordar la cuestión con instrumentos distintos al meramente lingüístico; y, como veremos, esos instrumentos *existen*.

Mi punto de partida es, primero, el Art. 3 del Código Civil, que establece: **“1. Las normas se interpretarán [...] atendiendo fundamentalmente a [su] espíritu y finalidad”**; y segundo, el *Preámbulo* de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que resume “el espíritu y finalidad” de la propia Ley: proporcionar un sistema bien articulado que, **“sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, [nos] permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento del mercado”**.

Con ánimo de aplicar esos principios al presente caso, clasifiquemos las empresas en dos grupos: las que producen un bien y operan en un sólo mercado, y las que producen varios bienes y operan en otros tantos mercados diferentes. (Otras clasificaciones son posibles; por ejemplo, empresas que producen un solo bien y únicamente operan en el mercado regional X vs. empresas que producen ese bien pero operan en todo el territorio nacional, etcétera. Como el análisis es análogo en todos los casos, nos ceñimos al propuesto).

Pues bien, consideremos una empresa que *produce tres bienes: B1, B2 y B3* y opera en los correspondientes mercados: *MB1, MB2 y MB3*. Imaginemos que comete una infracción que rompe el buen funcionamiento del mercado *MB1*, pero sin que ello tenga influencia alguna en los mercados *MB2* y

MB3, en los que la empresa tiene un comportamiento ejemplar. Para determinar la sanción, ¿debemos utilizar el “volumen de negocios” en el mercado MB1 (cuyo “buen funcionamiento” la empresa *ha distorsionado*), o el “volumen de negocios” en *todos* los mercados en los que opera, incluidos MB2 y MB3, cuyo “buen funcionamiento” **no** ha distorsionado en absoluto?

Si la respuesta es “todo” el volumen de negocios, entonces la Ley se vuelve absurda. En efecto: como hemos señalado, su propósito es proporcionar un sistema bien articulado que, ***“sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, [nos] permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento del mercado”***. Sobre esa base, ¿qué lógica tiene sancionar a la empresa por **no** distorsionar el buen funcionamiento de los mercados MB2 y MB3? Por otro lado, si así se hace la Ley es ***discriminatoria para las empresas multi-producto en relación con las empresas uniproducto***; y de poco sirve argumentar que la empresa multi-producto puede evitar esa discriminación *organizándose en tantas empresas uniproducto como bienes y servicios produce*, porque en tal caso la Ley está empujando a la empresa a organizarse de manera sub-óptima (de otro modo no habría elegido la forma multi-producto en primer lugar). En otras palabras, la Ley “se derrota a sí misma” porque, aun sin pretenderlo, está interviniendo ***“de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales”***.

En suma, si, como afirma el Artículo 3 Código Civil, las normas deben interpretarse *“atendiendo fundamentalmente a [su] espíritu y finalidad”*, entonces por *“volumen de negocio total de la empresa infractora”* debe entenderse, ***exclusivamente***, *“el ingreso obtenido por la empresa en el mercado afectado por la infracción”*.

(II) Proceso de determinación de las sanciones

La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, establece los intervalos matemáticos en los que deben situarse las sanciones *en términos del % del volumen de negocios de la empresa infractora en el mercado [afectado por la infracción] en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa*, y atendiendo a los elementos considerados en su Artículo 64.

En efecto, dicha Ley, y su interpretación por la Audiencia Nacional (por todas, SAN 4598/2012, Recurso 188/2012, de 23 de Diciembre de 2013), establecen que, sobre la base de los Artículos 62, 63 y 64, el órgano sancionador determine ***un porcentaje concreto*** dentro del intervalo (0%,1%) cuando la infracción es leve, (0%,5%) cuando es grave y (0%,10%) cuando es muy grave, porcentaje que al ser aplicado al “volumen de negocios de la empresa infractora [en el mercado afectado] en el ejercicio inmediatamente

anterior al de la imposición de la multa”, da **como resultado el monto** de ésta. En otras palabras, la Ley opera en sentido “**% del volumen de negocios en el ejercicio...→monto de la multa**”.

No está previsto en ella que el órgano sancionador se dote a sí mismo de un método para la determinación de la multa que opere en sentido contrario, es decir, determinar *primero el monto* de la multa y luego, como residuo, el porcentaje que representa sobre el “volumen de negocios de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción”: “**monto de la multa→ % del volumen de negocios en el ejercicio...**”

Dejando aparte si esa forma de proceder es acorde a Derecho o no, lo cierto es que, cuando opera de ese modo, el órgano sancionador se expone a enfrentarse a ciertas “anomalías”; por ejemplo, que el porcentaje así obtenido sea superior al 1%, 5% o 10% que la Ley establece como techo para, respectivamente, las infracciones leves, graves y muy graves.

Un ejemplo de lo anterior lo constituye el método para determinar las multas presente en la *Comunicación sobre Sanciones* aprobada por el Consejo de la extinta CNC con fecha 6 de Febrero de 2009, y a cuyo análisis procedo a continuación.

(III) «Comunicación» de la extinta CNC sobre cuantificación de sanciones.

(1) El método utilizado por la extinta CNC consiste en obtener lo que la *Comunicación* denomina «importe básico» de la sanción, de la siguiente manera:

$$IB = p \sum_{i=1}^T \alpha_i VMA_i, \quad [1]$$

donde $p \in (10\%, 30\%)$, dependiendo de la gravedad de la infracción y de si el bien o servicio en cuestión es un insumo susceptible de producir efectos en cascada en la producción de otros bienes o servicios; $i=1$, el último año en el que sabemos que se ha cometido la infracción, de modo que $i=2$ es el penúltimo, $i=3$ el antepenúltimo,..., $i=T$ el primero; VMA_i es el valor de las ventas de la empresa infractora *en el mercado afectado* en el año i ; y α_i es un factor de ponderación que toma el valor 1 cuando $i=1$, 0.75 cuando $i=2$, 0.50 cuando $i=3$, 0.25 cuando $i=4$, etc.; es decir: $\alpha_1 VMA_1$ representa el valor ponderado de las ventas de la empresa infractora en el *mercado afectado* el último año en el que cometió la infracción, $\alpha_2 VMA_2$ el 75% del valor ponderado de las ventas en el penúltimo año de la infracción, etcétera.

Una vez obtenido IB , la sanción efectiva, S , se obtiene multiplicando IB por un factor de corrección, C_a , que toma valores $C_a > 1$ cuando la suma de los agravantes es mayor que la de los atenuantes, $C_a < 1$ cuando sucede lo contrario, y $C_a = 1$ cuando ambos suman igual o simplemente no existen. Es decir,

$$S = C_a IB \quad [2]$$

Si S está dentro de los intervalos sancionadores establecidos por la ley, S se convierte en sanción efectiva; *pero si es mayor que el máximo contemplado en la Ley, entonces se aplicará ese máximo.*

(2) Dado que por “*volumen de negocios total de la empresa infractora*” hemos resuelto que se debe entender exclusivamente el ingreso obtenido en el mercado afectado por la infracción, partimos de ese principio. Podemos distinguir dos casos: (a) el último año en el que la empresa cometió la infracción es el año anterior a aquél en el que se le impone la sanción; y (b) es hace varios años antes. En el primer caso:

$$IB_t = p[VMA_{t-1} + 0.75 VMA_{t-2} + 0.50 VMA_{t-3} + \dots]$$

De modo la *sanción efectiva* es:

$$S_t = C_a IB_t = C_a p[VMA_{t-1} + 0.75 VMA_{t-2} + 0.50 VMA_{t-3} + \dots]$$

En consecuencia:

(a.1) Si no hay agravantes ni atenuantes, o si ambos pesan igual, entonces $C_a = 1$ y S_t es *mucho mayor* que la sanción *máxima* contemplada en la Ley 15/2007 para las infracciones muy graves, 10% de VMA_{t-1} , porque $p \in (10\%, 30\%)$: $S_t > 0.1 VMA_{t-1}$. Con más razón, pues, supera el techo de las faltas graves y leves, 5% de VMA_{t-1} y 1% de VMA_{t-1} , respectivamente.

(a.2) Si los agravantes suman más que los atenuantes, $C_a > 1$ y estamos en la misma situación, aunque más exagerada: $S_t \gg 0.1 VMA_{t-1}$.

(a.3) Si los agravantes suman menos que los atenuantes, $C_a < 1$ y $S_t \geq 0.1 VMA_{t-1}$, aunque no es imaginable un $C_a < 1$ suficientemente pequeño para hacer $S_t < 0.1 VMA_{t-1}$ (y no digamos para hacerlo menor que $0.05 VMA_{t-1}$ o $0.01 VMA_{t-1}$).

Es decir, cuando el último año en el que la empresa cometió la infracción es el anterior a aquél en el que se le impone la sanción, el sistema [1]-[2] genera, **por construcción**, multas que *siempre* son el máximo contemplado en la ley. En otras palabras: *Para las infracciones leves, siempre el 1%; para las graves, siempre el 5%; y para las muy graves, siempre el 10%.* De modo que **los intervalos contemplados por el legislador** (las infracciones leves, hasta

el 1%; las graves, hasta el 5%; y las muy graves, hasta el 10%) **devienen irrelevantes** (cualquiera que haya sido la intención con la que fueron previstos por el legislador).

Consideremos ahora la situación (b), es decir, cuando el último año en el que sabemos que se ha producido la infracción *no* es el anterior al año t en el que se impone la sanción, sino uno anterior a él. En primer lugar, ese “último año en el que se produjo la infracción” debe ser *muy anterior* al año t en el que se impone la sanción, de otro modo nos encontraremos en igual situación que en (a). Eso se debe a que las ventas de una empresa raramente experimentan grandes cambios entre dos años consecutivos; en la práctica, VMA_{t-1} es, casi siempre, cercano a VMA_{t-2} y éste, a su vez, a VMA_{t-3} , etcétera. Por tanto, a menos que el último año en el que tuvo lugar la infracción esté muy alejado del año t en el que se impone la multa, la situación con respecto a IB , y por ello a S , será la misma que en (a).

Pero si el último año en el que tuvo lugar la infracción está muy alejado del año t en el que se impone la multa, podemos encontrarnos con que el *Código de Comercio*, Artículo 30.1, proporcione a la empresa infractora una vía de escape: «[...] el volumen de negocios correspondiente a los ejercicios [...], [...] y [...] no puede ser facilitado por la empresa, toda vez que, de conformidad con cuanto le permite el artículo 30.1 del Código de Comercio, no se conserva la documentación y justificantes concernientes a su negocio y relativos a esos ejercicios», lo que obliga al órgano sancionador a “inventar” el volumen de negocios para cada uno de esos años.

La *Comunicación* propone hacerlo del siguiente modo: «Cuando para alguno o algunos de los años del período de duración de la infracción no sea posible calcular el volumen de ventas afectado por la infracción, se imputará a tales años el volumen de ventas afectado por la infracción del último año en el que se tenga constancia de que la infracción se ha producido [...]. En aquellos casos en que ni siquiera sea posible calcular el volumen de ventas afectado por la infracción durante el último año de la misma, se tomará en su lugar el volumen de ventas de las cuentas anuales aprobadas en el último ejercicio fiscal». Con esto, la probabilidad de generar la misma situación que en (a) aumenta.

(IV) Consecuencias de aplicar la «COMUNICACIÓN»

La consecuencia inmediata de aplicar el método de determinación de multas contemplado en la *Comunicación* es que aquéllas tienden a ser **muy superiores** a las que, estrictamente aplicada, la Ley 15/2007 produce. Eso ocurre porque, como ya se ha indicado, este “método” presenta, **por construcción**, un sesgo matemático a hacer desaparecer del Artículo 63.1 la

cualificación “hasta”, siendo sustituida por “siempre”: *Para las infracciones leves, **siempre el 1%**; para las graves, **siempre el 5%**; y para las muy graves, **siempre el 10%**.*

Sólo hay una forma de evitar ese sesgo, y *aun así sólo en el caso de las empresas multi-producto y/o multi-mercado*, y tampoco siempre. Consiste en interpretar el concepto “*volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa*” como el ingreso *consolidado* de la empresa. En ese caso puede que en ocasiones (la probabilidad es mayor cuanto mayor es el volumen de ingreso *consolidado*) resulte $S_t < 0.1VMA_{t-1}$ (pero más difícil que resulte $S_t < 0.05VMA_{t-1}$ o $S_t < 0.01VMA_{t-1}$). Ahora bien, como hemos puesto de manifiesto (Vid. Apartado [I] más arriba) esa interpretación del concepto “*volumen de negocios total [...]*” es inasumible.

La segunda consecuencia, probablemente derivada de lo anterior, es que la AN no está a favor de tal “método” y, como resultado, sistemáticamente anula en ese punto (la determinación del monto de las multas) cuantas *Resoluciones* del Consejo de la extinta CNC pasan por su jurisdicción como consecuencia de los recursos contencioso-administrativos interpuestos por las empresas sancionadas.

Ocurre también que, como $S_t > 0.1VMA_{t-1}$, el órgano sancionador se ve forzado a considerar que el verdadero **cuadro de sanciones** no es el Artículo 63.1, sino el que resulta del algoritmo $S_t = C_a IB_t$; de modo que los intervalos (0%,1%), (0%,5%) y (0%,10%) del Artículo 63.1 (con sus respectivos grados alto, medio y mínimo, como obliga el Derecho español) **no** son verdaderos *intervalos sancionadores*, sino simples indicadores de la multa *máxima* que se puede imponer cuando S_t los supera. En otras palabras, el 1%, 5% y 10% del Artículo 63.1 no son el límite superior de sendos **intervalos sancionadores** sino meros “*umbrales de nivelación*” [sic] de las sanciones obtenidas con el algoritmo $S_t = C_a IB_t$; **y así, el cuadro sancionador de la Ley 15/2007 es secuestrado por el método de cálculo de sanciones de la Comunicación y sustituido por el resultante de ella, que es completamente distinto –algo que la CNMC no está facultada para hacer–**. La Audiencia Nacional ha rechazado repetidamente ese secuestro del *cuadro sancionador* de la Ley 15/2007.

Sobre la base de todo lo anterior, fundamentaré algunas de mis discrepancias con la «Resolución»

PRIMERO.-La Resolución afirma (páginas 32-33): “La Comunicación sobre la cuantificación de sanciones [...] pretende establecer unas directrices que, con carácter general, guíen la actuación de la Autoridad de Competencia [...] [que] han sido las empleadas por el Consejo [sic] para determinar la sanción en esta Resolución”. A la luz de lo expuesto con anterioridad queda claro que este Consejero estima que eso es inapropiado. Pero con independencia de ello, hago notar que, si se opta por aplicar la Comunicación, al menos debe hacerse estrictamente; y en mi opinión, la presente Resolución no lo hace. En efecto, la Resolución dice (pág. 34):

« [...] la suma ponderada de los volúmenes de negocios en el mercado afectado por la conducta durante los años 2002 a 2013 [se refiere al $\sum_{i=1}^T \alpha_i VMA_i$, de la expresión 1 del Proemio] asciende a 62.063.928 €. Sobre dicha base, [...] la Sala de Competencia ha estimado proporcional a la intensidad y gravedad de la conducta la aplicación en este caso de un porcentaje del 5% para la determinación del importe básico de la multa [...]»

Pues bien, no existe resquicio alguno en la Comunicación que permita hacer tal cosa. Ninguno. El parámetro p de la expresión [1] en el Apartado III del PROEMIO, posee un **límite inferior** del 10%, sin posibilidad de disminución alguna dentro del marco de la propia Comunicación. El Punto (14) de la Comunicación así lo establece, sin posible duda interpretativa: el parámetro p , **«partiendo del 10 %, podrá incrementarse [hasta el 30%] en consideración a los siguientes criterios [...]»**. Y para rematar: **«Por lo tanto, [p] se situará entre un 10 y un 30%»**.

El Apartado I-(4) de la Comunicación da pie a no aplicarla cuando el órgano sancionador entienda que no encuentra forma de hacerlo, en cuyo caso permite que sea sustituida, con carácter excepcional, por algún otro mecanismo de determinación de la sanción. Ahora bien, si lo que se pretende es utilizar ese Apartado para **aplicarla pero cambiando sus parámetros al arbitrio del órgano sancionador**, ¿entonces qué queda del Apartado I-(3) de la propia Comunicación?

Para decirlo de manera más explícita: Si el órgano sancionador puede cambiar el parámetro p a la baja hasta el nivel que le plazca, entonces también puede cambiar los parámetros α_i –de hecho, **desde el punto de vista matemático da exactamente lo mismo reducir p que los α_i** –, etcétera. Pero en tal caso es el propio órgano sancionador quien se interna, aún más de lo que ya lo hace la Comunicación, en el terreno vedado de las **«formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición»** que la sanción **«dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador»** (STC 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5).

SEGUNDO.- Como se ha señalado más arriba, la *Comunicación* conduce a la sustitución del *cuadro sancionador* de la Ley 15/2007 por el que ella misma proporciona a través del algoritmo descrito en el *PROEMIO*. Eso ocurre porque, como también se ha señalado, dicho algoritmo posee **–por construcción–** un sesgo estructural a generar sanciones muy superiores al 10% de las ventas realizadas por la empresa infractora en el mercado afectado en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa; y al contrario de lo que afirma la *Resolución*, el caso que nos ocupa es un ejemplo de ello.

En efecto, la *Resolución* concluye imponiendo una multa de 3.103.196 euros, que la mayoría en esta SALA de COMPETENCIA entiende apropiada porque, en su interpretación del Art. 63-1-c de la Ley 15/2007, se podría multar a la imputada hasta un techo de 25.977.172 euros. Pero esa conclusión se debe a que **(1)** la *Comunicación* no ha sido correctamente aplicada (véase Apartado *PRIMERO*) y **(2)** el volumen de ingresos que se ha utilizado no es el apropiado. En relación con **(1)**, la *Comunicación* no produce una sanción de 3.103.196 euros, sino de 6.206.392,82 euros. Con respecto a **(2)**, he argumentado en el Apartado I del *PROEMIO* que el “*volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior a la imposición de la multa*” al que se refiere la Ley 15/2007, no es el ingreso consolidado de la empresa, sino **exclusivamente** el obtenido en el *mercado afectado por la infracción*. Cuando esos dos elementos se toman en cuenta, la sanción generada por el algoritmo de la *Comunicación* representa el 35% del volumen de negocios total de la empresa en el mercado afectado por la infracción, muy por encima del techo del 10%. Incluso la multa efectivamente impuesta rebasa ese límite pues alcanza el 17%.

TERCERO.- Si el anterior desarrollo argumental cuestiona la *Comunicación* –y por ello el procedimiento seguido en la *Resolución*– en tanto que construcción matemática apropiada para determinar el monto de las multas previstas en los Artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y en sus equivalentes en la Ley 16/1989, el **quid sustantivo** radica en la vulneración del principio de legalidad y, en consecuencia, del de seguridad jurídica, lo que conduce a la vulneración de la tutela judicial efectiva, ex Artículos 9 y 24 de la Constitución Española.

La *Comunicación* choca con el principio de legalidad al pretender dar mayor peso aplicativo a una disposición con rango normativo inferior a una Ley que a preceptos legales concretos que sí tienen ese rango: el Artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, y los Artículos 62 y siguientes y concordantes de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, preceptos que han tenido un desarrollo doctrinal constitucional y jurisprudencial. Como simple mención cabe citar, por todas, la **STC 100/2003**,

de 2 de Junio, que en cuanto a la reserva de Ley en la determinación de las sanciones administrativas establece lo siguiente:

«Se abre así la posibilidad de que las leyes se remitan a normas reglamentarias en este ámbito, con el límite infranqueable, en todo caso, de que dicha remisión no facilite "una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley" (SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10; y 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4). En definitiva, según se destaca en la STC 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3, reiterando lo ya dicho en el fundamento jurídico 3 de la STC 305/1993, de 25 de octubre, "el art. 25 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que les sean de aplicación, sin que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan [...] introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley". »

Previamente recuerda lo dicho en la doctrina expresada por la STC 42/1987, de 7 de Abril:

«El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla "nullum crimen nulla poena sine [prae]via lege", extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término 'legislación vigente' contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora" (loc. cit., FJ 2). [...] hemos hecho hincapié en esta doble garantía en las SSTC 133/1999, de 15 de julio, FJ 2; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 6; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4; y 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3 [...]

[...] En lo que ahora estrictamente interesa debemos señalar que, supuesta la vinculación de la garantía material con el principio de seguridad jurídica, este Tribunal ha precisado que incorpora el mandato de taxatividad o de lex certa, "que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones" (entre otras, SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, y 123/2001, de 4 de junio, FJ 11)».

La certeza implica, como también tiene señalado la AN (por todas, SAN de 23 de diciembre de 2013, Recurso Nº 188/2012) «una determinación clara en cuanto a la sanción aplicable, estableciendo al menos un mínimo y un máximo, que permita graduar la sanción administrativa [...]».

En conclusión: Mi discrepancia con la presente Resolución se fundamenta en que la Comunicación –y por ello el método utilizado para establecer la cuantía de la sanción– pugna con el Derecho español: *Primero*,

por cuanto una norma de rango inferior no puede atacar lo dispuesto por una norma con rango de Ley. *Segundo*, por cuanto se trata de una creación *ad hoc* cuya aplicación conduce a un resultado aritmético superior al techo sancionador, que después se corrige a capricho para reducirlo a dicho techo, lo que representa un procedimiento de determinación del monto de las multas que opera en sentido contrario al contemplado en nuestras Leyes de Defensa de la Competencia, con las consecuencias aquí expuestas.

Así por este mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a 7 de noviembre de 2014.