RESOLUCIÓN

DAMA-UNISON RIGHTS VS SGAE

S/0641/18

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidenta
Dª. Cani Fernández Vicién

Consejeros
Dª. María Jesús Martín Martínez
D. Bernardo Lorenzo Almendros
D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario
D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 19 de junio de 2024

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**), con la composición señalada, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente S/0641/18, contra la Sociedad General de Autores y Editores (**SGAE**), por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, por conductas prohibidas en el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**) y en el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (**TFUE**).

ÍNDICE

1. Antecedentes 5
2. Las partes 18
2.1. Denunciada: Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) 18
2.2. Denunciantes: Derechos de Autor de Medios Audiovisuales, Entidad de Gestión (DAMA) y Unison Rights, S.L. (UNISON) 19
2.2.1. Derechos de Autor de Medios Audiovisuales, Entidad de Gestión (DAMA) 19
2.2.2. Unison Rights, S.L. (UNISON RIGHTS) 20
2.3. Otras interesadas 20
2.3.1. Telefónica de España, S.A.U. (TELEFÓNICA) 20
2.3.2. Vodafone España, S.A. Unipersonal y Vodafone Ono, S.A. Unipersonal (conjuntamente, VODAFONE) 21
2.3.3. Grupo Audiovisual Mediaset España, S.A. (MEDIASET) 21
2.3.4. Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A. (ATRESMEDIA) 21

3. Mercados relevantes ... 21
3.1. Marco normativo ... 22
3.1.1. La gestión de los derechos de propiedad intelectual ... 26
3.1.2. La gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual ... 28
3.1.3. Metodología para la determinación de las tarifas generales ... 32
3.2. Principios para la definición de mercado ... 35
3.2.1. Mercado de producto ... 35
3.2.2. Mercado geográfico ... 37
3.3. Aplicación al caso ... 37
3.3.1. Mercados aguas arriba de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores de obras musicales y de autores de obras audiovisuales ... 38
3.3.1.1. Mercado de producto ... 38
3.3.1.2. Mercado geográfico ... 42
3.3.2. Mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones de uso de los derechos de reproducción y comunicación pública de obras musicales y de gestión de los derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales ... 43
3.3.2.1. Mercado de producto ... 43
3.3.2.2. Mercado geográfico ... 47
3.4. Estructura de mercado ... 47
3.4.1. Mercados aguas arriba de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores de obras musicales y de autores de obras audiovisuales ... 47
3.4.1.1. Mercado aguas arriba de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales ... 48
3.4.1.1.1. Estructura del mercado según los ingresos repartidos a los autores y editores de obras musicales en España ... 49
3.4.1.1.2. Estructura del mercado según el número de autores y editores que han encomendado sus obras musicales para la gestión de sus derechos en España 51
3.4.1.1.3. Estructura del mercado según las obras musicales encomendadas por los autores y editores en España para la gestión de sus derechos ... 53
3.4.1.1.4. Conclusión sobre el mercado aguas arriba de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales ... 54
3.4.1.2. Mercados aguas arriba de gestión de los derechos de remuneración previstos en el artículo 90.4 del TRLPI correspondientes a autores de obras audiovisuales ... 54
3.4.1.2.1. Estructura de los mercados según los importes repartidos a los autores de obras audiovisuales en España ... 55
3.4.1.2.2. Estructura del mercado según el número de autores audiovisuales en España 60
3.4.1.2.3. Estructura del mercado según el número de obras encomendadas por los autores audiovisuales en España ... 67
3.4.1.2.4. Estructura del mercado según el repertorio ponderado por el uso ... 70
3.4.2. Mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones de uso de los derechos de reproducción y comunicación pública de obras musicales y de gestión de los derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales ... 73
3.4.2.1. Mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales ... 74
3.4.2.1.1. Mercado aguas abajo de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual radiofónico ... 75
3.4.2.1.2. Mercado aguas abajo de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual de televisión (lineal o a petición) ... 76

3.4.2.2. Mercado aguas abajo de gestión de derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales a que se refiere el artículo 90.4 del TRLPI para el servicio de comunicación audiovisual de televisión (lineal o a petición). ... 79
3.4.2.3. Conclusión sobre los mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones de uso de los derechos de reproducción y comunicación pública de obras musicales y de gestión de los derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales ... 84
4. Hechos acreditados ... 84
4.1. Licenciamiento a los usuarios, con carácter pretendidamente universal, del repertorio gestionado por la SGAE ... 85
4.1.1. La terminación convencional de 2003 relativa a obras audiovisuales y su posterior aplicación práctica ... 85
4.1.2. Los modelos de contrato de la SGAE incluyen cláusulas que presumen la universalidad de su repertorio musical ... 87
4.1.3. La SGAE incluye cláusulas que hacen referencia a la universalidad de su repertorio musical en contratos que firma con usuarios ... 88
4.1.3.1. Televisión en abierto y OTT ... 88
4.1.3.2. Radiodifusión sonora ... 89
4.1.4. Varios usuarios han rechazado contratar con UNISON alegando la universalidad del repertorio musical de la SGAE ... 92
4.1.5. UNISON ha recibido quejas de sus clientes ... 93
4.2. Diseño y aplicación de las tarifas de la SGAE en relación con el uso de obras musicales y audiovisuales en emisoras de radio y televisión ... 95
4.2.1. Tarifas generales para emisoras de radio ... 96
4.2.1.1. Tarifas febrero 2023 ... 96
4.2.1.2. Tarifas 2015 ... 98
4.2.2. Tarifas generales para operadores de televisión ... 99
4.2.2.1. Tarifas febrero 2023 ... 99
4.2.2.2. Tarifas 2015 ... 101
4.2.3. Tarifas generales para redes digitales ... 104
4.2.4. Tarifas aplicadas en la práctica ... 105
4.2.4.1. Asociaciones ... 106
4.2.4.1.1. AETDT ... 106
4.2.4.1.2. AERC ... 107
4.2.4.1.3. AOTEC y UTECA ... 108
4.2.4.2. Usuarios de radio ... 108
4.2.4.2.1. Sociedad Española de Radiodifusión ... 108
4.2.4.2.2. RADIO POPULAR, S.A. (COPE) ... 109
4.2.4.3. Usuarios de radio y televisión ... 109
4.2.4.3.1. RNE Y RTVE ... 109
4.2.4.3.2. RADIO TELEVISIÓN MADRID, S.A.U. ... 109
4.2.4.3.3. COPORACIÓ CATALANA DE MITJANS AUDIOVISUALS, S.A. ... 110
4.2.4.3.4. EITB (RADIO TELEVISIÓN PÚBLICA VASCA) ... 110
4.2.4.3.5. ATRESMEDIA ... 111
4.2.4.4. Usuarios de televisión en abierto, de pago y OTT ... 114
4.2.4.4.1. MEDIASET ... 114
4.2.4.4.2. TELEFÓNICA ... 115
4.2.4.4.3. ORANGE ... 116
4.2.4.4.4. VODAFONE ... 116
4.2.4.4.5. HBO NORDIC AB (HBO) ... 118
4.2.4.4.6. AMAZON ... 119
4.2.4.4.7. THE WALT DISNEY COMPANY ... 119
4.2.4.4.8. COMUNIDAD FILMIN, S.L. (FILMIN) ... 120
4.2.4.4.9. OVER THE TOP NETWORKS IBÉRICA, S.L. (AGILE) ... 121
4.2.4.4.10. NETFLIX ... 121

4.3. Evolución de las audiencias de TV y radio ... 123
4.3.1. Evolución de las audiencias de las televisiones en abierto en España ... 123
4.3.2. Evolución de las audiencias de las cadenas de radio en España (2002-2022) 123
4.3.3. Evolución de las audiencias del consumo audiovisual de los grandes grupos audiovisuales en España (2002-2022) ... 124
4.4. SGAE emplea información sobre el uso efectivo del repertorio para efectuar los repartos ... 125
4.4.1. Reparto de la SGAE de los derechos provenientes de la televisión ... 125
4.4.2. Reparto de la SGAE de los derechos provenientes de las emisoras de radio .. 126
4.5. Información de los informes de gestión de la SGAE ... 127
5. FUNDAMENTOS DE DERECHO ... 129
5.1. Competencia para resolver ... 129
5.2. Normativa aplicable ... 130
5.3. Propuesta de órgano instructor ... 130
5.4. Valoración de la Sala de Competencia ... 131
5.4.1. Concepto de empresa en el sentido del derecho de la competencia ... 132
5.4.1.1. Principios ... 132
5.4.1.2. Aplicación a este caso: la SGAE es una empresa en el sentido del derecho de la competencia ... 133
5.4.2. Posición de dominio ... 136
5.4.2.1. Principios ... 136
5.4.2.2. Aplicación al caso: posición de dominio de la SGAE ... 139
5.4.2.2.1. Cuotas de mercado ... 142
5.4.2.2.2. Poder compensador de la demanda ... 146
5.4.2.2.3. Barreras de entrada ... 149
5.4.2.2.4. Alegaciones de SGAE sobre la ausencia de posición de dominio en los mercados relevantes analizados ... 153
5.4.2.2.5. Conclusión en cuanto a la posición de dominio de SGAE ... 158
5.4.3. Abuso ... 159
5.4.3.1. Principios ... 159
5.4.3.1.1. Sobre tarifas de propiedad intelectual inequitativas ... 164
5.4.3.1.2. Sobre el deber de transparencia de las entidades de gestión ... 169
5.4.3.2. Aplicación al caso: Abuso por parte de la SGAE ... 172
5.4.3.2.1. Sobre el diseño y aplicación de tarifas por disponibilidad a usuarios de televisión y radio ... 172
5.4.3.2.2. Sobre el licenciamiento a usuarios con carácter pretendidamente universal del repertorio musical que gestiona y las cláusulas de indemnidad frente al uso del repertorio de terceros ... 212
5.4.4. Infracción única y continuada y duración ... 245
5.4.4.1. Infracción única y continuada ... 245
5.4.4.1.1. Principios ... 245
5.4.4.1.2. Aplicación a este caso ... 247
5.4.4.2. Duración ... 250
5.4.4.2.1. Infracción única y continuada en relación con el repertorio musical de la SGAE250
5.4.4.2.2. Diseño y aplicación de tarifas por disponibilidad para usuarios de televisión del repertorio audiovisual de la SGAE ... 251
5.4.5. Afectación al comercio entre Estados miembros de la Unión Europea ... 252
5.4.5.1. Principios ... 252
5.4.5.2. Aplicación a este caso ... 252
5.5. Culpabilidad y responsabilidad ... 254
5.5.1. Principios ... 254
5.5.2. Aplicación al caso ... 255
5.6. Conclusión de la valoración jurídica ... 256

5.7. Otras alegaciones no abordadas previamente 256
5.7.1. Sobre que el Consejo de la CNMC ya habría valorado las conductas objeto del presente expediente en el pasado 256
5.7.2. Sobre que una parte relevante de la documentación que figura en el expediente y que podría tener carácter exculpatorio ha sido censurada 268
5.7.3. Sobre que la imputación de la DC se habría ido modificando a raíz de las alegaciones SGAE generándole indefensión 272
5.7.4. Alegación de UNISON relativa al acceso al memorándum de entendimiento DAMA-SGAE 274
5.7.5. Alegación de UNISON en relación con los mercados de comunicación pública 276
5.7.6. Alegaciones de MEDIASET y ATRESMEDIA sobre el reconocimiento de los perjuicios que les habrían generado las prácticas infractoras 277
5.7.7. Alegaciones de SGAE y UNISON en relación determinados acuerdos alcanzados por SGAE durante la fase de resolución del expediente 278
5.7.8. Sobre la solicitud práctica de prueba 280
5.7.9. Sobre la solicitud de confidencialidad 280
5.8. Determinación de la sanción 281
5.8.1. Criterios para la determinación de la sanción 281
5.8.1.1. Principios generales 281
5.8.1.2. Aplicación a este caso 282
5.8.1.3. Multa 285
5.8.1.4. Alegaciones a la propuesta de sanción 286
5.9. Prohibición de contratar 287
6. Resuelve 289

1. ANTECEDENTES

(1) El 22 de julio de 2016 y el 22 de septiembre de 2016, se recibieron en la CNMC sendos escritos de denuncia, formulados respectivamente por DERECHOS DE AUTOR DE MEDIOS AUDIOVISUALES, ENTIDAD DE GESTIÓN[1] (**DAMA**) y por IME LICENSING SERVICES, S.L.[2], cuya denominación social ha pasado a ser UNISON RIGHTS, S.L., (**UNISON**), en los que se formulaban respectivas denuncias contra SGAE, por supuestas conductas prohibidas por la LDC y el TFUE.

(2) El 17 de julio de 2017, DAMA remitió escrito de denuncia[3] junto con una serie de documentos adjuntos[4], que fueron incorporados, del expediente S/DC/0590/16, al presente expediente mediante deducción de testimonio.

(3) El 19 de octubre de 2017, la Dirección de Competencia de la CNMC (**DC**) acordó la incoación de un expediente sancionador, bajo la referencia S/DC/0590/16, contra SGAE, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia contrarias a los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE, en los mercados aguas arriba de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de autores y editores, en los mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración de

[1] Folios 2-632.
[2] Folios 2.661-3.021.
[3] Folios 1.886-1.933.
[4] Folios 1.934-2.660.

los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales y audiovisuales a través de su amenización en espacios públicos en establecimientos integrantes del sector del hospedaje, y en los mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales y audiovisuales en establecimientos del sector de la restauración.

(4) El 15 de octubre de 2018, se procedió a deducir testimonio del expediente S/DC/0590/16, incorporado al expediente con número S/0641/18, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008 (**RDC**), los documentos relacionados con las conductas denunciadas por DAMA y UNISON RIGHTS que no guardaban relación directa con el expediente S/DC/0590/16.

(5) El 21 de diciembre de 2018[5] y el 11 de marzo de 2019[6], UNISON remitió un escrito de alegaciones, así como documentación anexa.

(6) El 31 de julio de 2019, la Audiencia Nacional (**AN**) inadmitió el recurso interpuesto por la SGAE, por el procedimiento de protección de derechos fundamentales, contra el acuerdo de 15 de octubre de 2018 de deducción de testimonio del expediente S/DC/0590/16 para incorporar determinada documentación al S/0641/18, por entender la Audiencia que se trataba de un acto de mero trámite no susceptible de impugnación[7].

(7) El 16 de septiembre de 2019, tuvo entrada en la CNMC escrito de alegaciones complementarias de UNISON y documentación anexa[8].

(8) El 11 de diciembre de 2019, la AN inadmitió el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la SGAE, por procedimiento ordinario, contra el acuerdo de 15 de octubre de 2018 de deducción de testimonio del expediente S/DC/0590/16 para incorporar determinada documentación al S/0641/18, por entender que se trataba de un acto de mero trámite no susceptible de impugnación[9].

---

[5] Folios 3.160-3.629. Las versiones no confidenciales de los folios confidenciales 3.179-3.242 fueron aportadas el 09/05/2022 (folios 5.640-5.643).

[6] Folios 3.633-3.646. Las versiones no confidenciales de los folios confidenciales 3.642-3.645 fueron aportadas el 09/05/2022 (folios 5.644-5.645).

[7] La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2022 consideró que no había lugar al recurso interpuesto por la SGAE contra el auto de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 31 de julio de 2019 y 2 de marzo de 2020 (que inadmitió a trámite el recurso) en el procedimiento especial para la protección de los Derechos Fundamentales nº 3/2019 (ECLI:ES:TS:2022:2424).

[8] Folios 3.654-3.693.

[9] Con fecha 28 de octubre de 2022 el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por la SGAE contra el Auto de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de diciembre de 2019 que inadmitió el recurso contencioso interpuesto por la SGAE contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercado y la Competencia de 15 de octubre de 2018 (ECLI:ES:TS:2022:3913).

(9) El 5 de febrero de 2020, UNISON remitió a la DC escrito de alegaciones adicionales y documentación anexa[10].

(10) El 26 de febrero de 2021, la DC remitió a la SGAE requerimiento de información[11].

(11) El 15 de marzo de 2021, la SGAE interpuso recurso administrativo del artículo 47 de la LDC contra el requerimiento de información de 26 de febrero de 2021 (recurso R/AJ/065/21), solicitando la suspensión de la obligación de dar respuesta al mismo, hasta que el Consejo no se hubiera pronunciado sobre el fondo.

(12) El 6 de abril de 2021, el Consejo inadmitió el recurso R/AJ/065/21 interpuesto por la SGAE, por entender que no se había acreditado el perjuicio inmediato que podría derivarse de la ejecución del acuerdo recurrido, que no existe derecho de defensa susceptible de ser lesionado por el acuerdo recurrido, y que no existe violación alguna del principio non bis in ídem.

(13) El 27 de abril de 2021, una vez inadmitido por el Consejo el recurso frente a la misma, la DC reiteró a la SGAE[12] la solicitud de información de fecha 26 de febrero de 2021.

(14) El 29 de abril de 2021, la SGAE remitió escrito a la CNMC solicitando la suspensión de la información reservada[13], así como de la obligación de dar respuesta al requerimiento de información de 26 de febrero de 2021, adjuntando escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo para la protección de los derechos fundamentales contra la Resolución del Consejo de 6 de abril de 2021 desestimando el recurso R/AJ/065/21.

(15) El 7 de junio de 2021, UNISON formuló nueva denuncia, acompañándola con documentación anexa[14]. El 23 de julio de 2021, UNISON formuló ampliación de su denuncia de 7 de junio[15].

(16) El 18 de enero de 2022, la DC acordó la **incoación** de expediente sancionador S/0641/18 contra la SGAE por posibles prácticas prohibidas por los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE consistentes en[16]:

i. un abuso de posición de dominio al licenciar a los usuarios, con carácter pretendidamente universal, el repertorio que gestiona.

---

[10] Folios 3.702-3.712.

[11] Folios 3.713-3.721.

[12] Folios 3.965-3.968.

[13] Folios 3.974-3.999.

[14] Folios 4.004-5.322. Las versiones no confidenciales de los folios confidenciales 4.036, 4.940-4.944, 4.947-4.968 fueron aportadas el 25/01/2022 (folios 5.434-5.460). La confidencialidad de los folios 4.934-4.939 y 4.969-5.048 fue declarada el 09/06/2023.

[15] Folios 5.336-5.378. Las versiones no confidenciales de los folios confidenciales 5.376-5.378 fueron aportadas el 25/01/2022 (folios 5461-5462). La confidencialidad de los folios 5.339-5.364 fue declarada el 09/06/2023.

[16] Folios 5.379-5.382.

ii. un abuso de posición de dominio consistente en el diseño y aplicación de las tarifas por disponibilidad en los mercados de televisión y radio.

(17) Asimismo, junto con el acuerdo de incoación, la DC acordó conceder la condición de interesado a DAMA y a UNISON y se requirió a las interesadas para que, en su caso, motivaran la confidencialidad de los documentos incorporados en el expediente S/0641/18, declarados cautelarmente confidenciales.

(18) El 25 de enero de 2022, UNISON solicitó la confidencialidad de cierta documentación aportada el 7 de junio de 2021 y el 23 de julio de 2021[17], aportando versión censurada[18]. El 1 de marzo de 2022, la DC aceptó la confidencialidad solicitada[19]. Asimismo, la DC acordó de oficio la confidencialidad del escrito en el que UNISON solicitaba y argumentaba el tratamiento confidencial de tal información.

(19) El 31 de enero de 2022 y 1 de febrero de 2022 Telefónica de España, S.A.U. (**TELEFÓNICA**), VODAFONE ONO S.A.U. y VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. (conjuntamente, **VODAFONE**) solicitaron respectivamente la condición de interesado en el expediente de referencia[20].

(20) El 1 de febrero de 2022, la SGAE interpuso recurso del artículo 47 de la LDC contra el acuerdo de incoación de 18 de enero de 2022 (recurso R/AJ/003/22 SGAE). El 2 de febrero, el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la DC informe sobre el recurso interpuesto por la SGAE, emitiendo la DC su informe el 7 de febrero[21].

(21) El 31 de marzo de 2022, la DC acordó suspender el plazo máximo de resolución del expediente S/0641/18 hasta el día siguiente a la Resolución del expediente de recurso R/AJ/003/22 SGAE[22].

(22) El 18 de abril de 2022, la DC remitió un requerimiento de información a DAMA[23] en el que se solicitaba, por un lado, una actualización de los datos relativos a las cuotas y concretamente de la cuota actual de DAMA en términos de repertorio; y por otro, la aclaración por parte de la entidad sobre si la conducta denunciada por la misma en el marco de la denuncia formulada en julio de 2016 (conducta definida por DAMA como "*Recaudación de los derechos de comunicación pública por televisión, sobre la asunción de repertorio universal de la SGAE, sin desglose en la facturación y descuento de las cantidades correspondientes al repertorio de DAMA, con aplicación de las tarifas y normas de reparto de la*

[17] Folios 5.431-5.433.

[18] Folios 5.434-5.462, siendo los folios 5434-5460 las versiones no confidenciales de los folios confidenciales 4.036, 4.940-4.944, 4.947-4.968 (aportados el 7 de junio de 2021) y los folios 5.461-5.462 las versiones no confidenciales de los folios confidenciales 5.376-5.378 (aportados el 23 de julio de 2021).

[19] Folios 5.594-5.595.

[20] Folios 5.466 y 5.471-5.472.

[21] Folios 5.578-5.593.

[22] Folio 5.599.

[23] Folios 5.614-5.616.

SGAE y no de DAMA") continúa produciéndose a día de hoy, solicitándose una descripción más detallada en lo que respecta al proceso de recaudación.

(23) El 27 de abril de 2022, el Consejo de la CNMC acordó desestimar el recurso R/AJ/003/22 interpuesto por la SGAE frente a la incoación del expediente S/0641/18, resolución cuya notificación fue puesta a disposición de la SGAE en esa misma fecha.

(24) El 3 de mayo de 2022, una vez acusado recibo en esa misma fecha por la SGAE de la resolución del recurso R/AJ/003/22, la DC acordó el levantamiento de la suspensión del plazo máximo de resolución del expediente S/0641/18, con efectos de 28 de abril de 2022[24].

(25) El 9 de mayo de 2022, UNISON solicitó la confidencialidad de cierta documentación, aportando versiones no confidenciales[25]. El 11 de mayo de 2022, la DC aceptó parcialmente la confidencialidad solicitada[26].

(26) El 17 de mayo de 2022, la SGAE remitió escrito de solicitud de suspensión del procedimiento, comunicando haber interpuesto ante la AN recurso contencioso-administrativo para la protección de los derechos fundamentales contra la Resolución del Consejo de la CNMC, de 27 de abril de 2022 desestimatoria del recurso R/AJ/003/22. En dicho recurso ante la AN, la SGAE solicitaba la suspensión cautelar de la Resolución del Consejo impugnada, del Acuerdo de incoación de la DC, así como de cualquier trámite dentro del citado expediente S/0641/18[27].

(27) El 18 de mayo de 2022, la DC acordó suspender el plazo máximo de resolución del expediente S/0641/18 hasta el día siguiente de la adopción por la AN de la decisión que correspondiese sobre la medida cautelar solicitada por la SGAE.

(28) El 19 de mayo de 2022, tuvo entrada en la DC escrito de UNISON solicitando la adopción de medidas cautelares[28]. Junto al escrito, UNISON presentó seis documentos anexos en apoyo de su pretensión[29]. El 8 de junio de 2022[30], la DC

---

[24] Folios 5.624.

[25] Folios 5.640-5.645, siendo los folios 5.640-5.643 las versiones no confidenciales de los folios confidenciales 3179-3242 aportados el 21/12/2018 y los folios 5.644-5.645 las versiones no confidenciales de los folios confidenciales 3.642-3.645 aportados el 11/03/2019.

[26] Folio 5.646.

[27] Folios 5.655-5.683.

[28] Folios 5.699-5.703.

[29] UNISON acompaña a su solicitud de medidas cautelares los autos de la Audiencia Nacional de inadmisión de los recursos interpuestos por la SGAE frente al acuerdo de 15 de octubre de 2018 de la Dirección de Competencia de deducción de testimonio del expediente S/DC/0590/16 al S/0641/18 (anexos 1 y 2); el comunicado de la SGAE de 1 de febrero de 2022 dando noticia de su acuerdo con Atresmedia (anexo 3); informe de transparencia de la SGAE de 2020, en relación a los importes supuestamente adeudados por Atresmedia a la SGAE (anexo 4); y dos entradas a un blog del sector, al objeto de acreditar los importes descontados por la SGAE a Atresmedia (anexos 5 y 6).

[30] Folios 6.066-6.073.

acordó no proponer al Consejo la adopción de las medidas cautelares solicitadas por UNISON en su escrito de 19 de mayo de 2022, por no concurrir los requisitos legales y reglamentarios previstos al efecto.

(29) El 26 de junio de 2022, UNISON remitió escrito a la DC solicitando el levantamiento de la suspensión del procedimiento S/DC/0641/18[31], alegando la existencia de nuevos hechos, concretamente lo declarado en la Sentencia de 15 de junio de 2022 la Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Cuarta del TS[32].

(30) El 28 de junio de 2022, la DC resolvió no levantar la suspensión del procedimiento por considerar que se mantenían las circunstancias que estaban en el origen de la suspensión del plazo máximo de resolución[33].

(31) El 12 de diciembre de 2022, UNISON remitió nuevo escrito a la DC solicitando el levantamiento de la suspensión del procedimiento S/DC/0641/18 así como la reiteración inmediata de los requerimientos efectuados a la SGAE el 26 de febrero de 2021 por la misma, alegando la existencia de nuevos hechos[34].

(32) El 19 de diciembre de 2022, la DC resolvió de nuevo no levantar la suspensión del procedimiento por considerar que se mantenían las circunstancias que estaban en el origen de la suspensión del plazo máximo de resolución[35].

---

[31] Folios 6.089-6.092. UNISON acompaña a su solicitud de levantamiento de suspensión del procedimiento la Sentencia de 15 de junio de 2022 la Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Cuarta del Tribunal Supremo (Anexo 1); el recurso contencioso-administrativo presentado por la SGAE el 29 de octubre de 2018 (Anexo 2); el recurso contencioso-administrativo presentado por la SGAE el 17 de mayo de 2022 (Anexo 3); y la notificación del requerimiento de información remitido por esta DC a la SGAE con fecha 26 de febrero de 2021.

[32] En dicha Sentencia, el Tribunal Supremo resolvió desestimar el recurso de casación interpuesto por la SGAE frente al auto del 31 de julio de 2019, de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que inadmitió a trámite el recurso el contencioso administrativo interpuesto por la SGAE contra el acuerdo de 15 de octubre de 2018 de deducción de testimonio del expediente S/DC/0590/16 al S/DC/0641/18.

[33] Folios 6.161-6.162.

[34] Folios 6.176-6.186. Concretamente UNISON alegaba como nuevos hechos la existencia de dos pronunciamientos judiciales por parte del Tribunal Supremo. Acompaña a su solicitud de levantamiento el Recurso SGAE-Audiencia Nacional de 20 de octubre de 2018 (Anexo 1); el auto de inadmisión Audiencia Nacional de 31 de julio de 2019 (Anexo 2); la Sentencia Tribunal Supremo de 15 de junio de 2022 (Anexo 3); el auto de la Audiencia Nacional de 11 de diciembre de 2019 (Anexo 4); la Sentencia Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2022 (Anexo 5); el recurso SGAE-CNMC de 15 de marzo de 2021 (Anexo 6); el escrito de la SGAE a la CNMC solicitando la suspensión de 15 de marzo de 2021 (Anexo 7); la Resolución de la CNMC de 6 de abril de 2021 de inadmisión del recurso de la SGAE (Anexo 8); el escrito de la SGAE a la CNMC de 29 de abril de 2021 solicitando la suspensión del procedimiento (Anexo 9); el recurso de la SGAE ante Audiencia Nacional de 29 de abril de 2021 (Anexo 10); la Resolución de la CNMC de 27 de abril de 2022 inadmitiendo el recurso de la SGAE (Anexo 11); y el recurso de la SGAE ante la Audiencia Nacional de 17 de mayo de 2022 (Anexo 12).

[35] Folios 6.346-6.347.

(33) El 3 de marzo de 2023, UNISON remitió escrito de solicitud de levantamiento de suspensión de plazo, por haber resuelto la AN el 29 de diciembre de 2022 la denegación de la medida cautelar de suspensión solicitada por la SGAE en el recurso ante la AN para la protección de los derechos fundamentales contra la Resolución del Consejo de la CNMC de 27 de abril de 2022[36],desestimatoria del recurso R/AJ/003/22 interpuesto por la SGAE frente a la incoación del expediente S/0641/18.

(34) El 7 de marzo de 2023, la DC acordó el levantamiento de la suspensión del plazo máximo de resolución del expediente S/0641/18, con efectos de 30 de diciembre de 2022[37].

(35) El 10 de marzo de 2023[38], la SGAE remitió escrito de solicitud de suspensión del procedimiento y la abstención de cualquier medida destinada a continuar la tramitación del procedimiento sancionador por considerar la continuación de su tramitación una vulneración de los derechos fundamentales de la incoada ante la pendencia de dos recursos. El 17 de marzo de 2023 la DC acordó denegar la antedicha solicitud de la SGAE (de 10 de marzo) de suspensión del procedimiento para no paralizar al órgano instructor en el desarrollo de actuaciones en el procedimiento, manteniendo la ordenación e impulso de este de acuerdo con lo establecido legalmente[39].

(36) El 13 de marzo de 2023, la DC remitió a DAMA escrito de reiteración de la solicitud de información enviada a esta con fecha 18 de abril de 2022[40], recibiéndose la respuesta el 3 de abril de 2023[41].

(37) El 20 de marzo de 2023, UNISON remitió a la DC escrito acompañado de auto con fecha 14 de marzo, acordando la adopción de medidas cautelares solicitadas por la entidad ante el Juzgado Mercantil nº 10 de Barcelona[42].

(38) El 22 de marzo de 2023, la DC reiteró a la SGAE la solicitud de información remitida a esta entidad el 26 de febrero de 2021[43], respondiendo la SGAE el 18 de abril[44].

---

36 Folios 6.374-6.376.

37 Folio 6.381.

38 Folios 6.392-6.394.

39 Folios 6.408-6.409.

40 Folios 6.400-6.406.

41 Folios 6.967-6.985, de los que los folios confidenciales 6.967-6.973 tienen su versión no confidencial en los folios 11.445-11.451 (declaración de 13/06/2023).

42 Folios 6.419-6.432.

43 Folios 6.433-6.450

44 Folios 8.062-8.075 versión confidencial del escrito principal, folios 8.076-8.089 versión censurada.

(39) El 22 de marzo de 2023, la DC remitió un requerimiento de información a distintos usuarios en los mercados de TV y radio[45], recibiéndose las respuestas en marzo y abril.

(40) El 27 de marzo de 2023, UNISON formuló nuevo escrito de alegaciones solicitando que fueran tenidas en cuenta por la DC en la instrucción del procedimiento[46]. La entidad acompañó este escrito de dos documentos anexos.

(41) El 29 de marzo de 2023, se llevó a cabo la incorporación de cierta documentación aportada por DAMA en el marco del expediente S/0590/16 el 8 de mayo de 2019[47].

(42) El 30 de marzo de 2023, la DC requirió información a los Operadores de Gestión Independiente (**OGI**s): JAMENDO SA (**JAMENDO**), SOUNDREEF OGI SL. (**SOUNDREEF**), SUGARPOD OGI S.L. (**SUGARPOOD**) y UNISON[48], recibiéndose las respuestas de SUGARPOD y UNISON en abril. El 19 de junio, UNISON remitió escrito[49] y una serie de documentos anexos, complementando su respuesta de 24 de abril de 2023[50], tras ser reiterada por la DC el 7 de junio de 2023[51].

(43) El 13 de abril de 2023, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN dictó Sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo nº 1/2021, interpuesto con arreglo al procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales contra la resolución dictada el 6 de abril de 2021 por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC por la que se inadmitió el recurso interpuesto contra el Acuerdo de la DC de 26 de febrero de 2021 adoptado en el marco de la información reservada S/0641/18 (requerimiento de información).

(44) El 18 de abril de 2023, la DC remitió nuevo requerimiento de información a DAMA[52], reiterándose el 24 de mayo, recibiéndose la respuesta de esta entidad el 13 de junio de 2023[53]. Se realizó una nueva reiteración el 15 de junio de 2023[54]

---

45 Folios 6.451-6.456.

46 Folios 6.493-6.677.

47 Folios 6.688-6.782, teniendo los folios confidenciales 6.688-6.713 y 6.779 sus versiones no confidenciales en los folios 7.949-7.975 (declaradas el 18/04/2023).

48 Folios 6.816-6.823.

49 Folios 11.646-11.658, teniendo el folio confidencial 11.654 su versión no confidencial en el folio 11.701 (declarada el 28/06/2023).

50 Folios 9.665-9.795, teniendo los folios confidenciales 9.665-9.690 su versión no confidencial en folios 14.290-14.315 y su versión confidencial excepto para la SGAE en folios 14.316-14.341.

51 Folio 11.409-11.417.

52 Folios 8.050-8.057.

53 Folios 11.476-11.618, teniendo los folios confidenciales 11.476-11.504 del escrito principal su versión no confidencial declarada el 28/06 (folios 11.773-11.801 no confidenciales y folios 11.802-11.830 confidenciales excepto para la SGAE).

54 Folios 11.633-11.641.

para completar la información, recibiéndose la respuesta el 29 de junio[55], complementada el 4 de julio[56].

(45) El 24 de abril de 2023, la DC remitió nuevo requerimiento de información a la SGAE[57], recibiéndose el escrito de respuesta por parte de esta entidad con fecha 25 de mayo de 2023[58]. Dicha solicitud se reiteró para ser completada el 7 de junio[59], completando la SGAE su respuesta posteriormente el 9[60], el 21-22 de junio[61], el 7 de julio[62] y el 17 de julio[63].

(46) El 28 de abril de 2023, la DC remitió escrito de solicitud de información[64] a la ASOCIACION ESPAÑOLA DE TELEVISIONES PRIVADAS DIGITALES TERRESTRES (**AETDT**), ASOCIACION ESPAÑOLA RADIODIFUSION COMERCIAL (**AERC**), ASSOCIACIO CATALANA DE RADIO y UNION DE TELEVISIONES COMERCIALES (**UTECA**). Asimismo, el 5 de mayo de 2023 remitió solicitud de información[65] a la ASOCIACION NACIONAL DE OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES Y SERVICIOS DE INTERNET (**AOTEC**) y a la FEDERACION ORGANISMOS RADIO TELEVISION AUTONOMICOS (**FORTA**). Se recibieron las respuestas de las asociaciones de usuarios en mayo.

(47) El 19 de mayo de 2023, MEDIASET remitió escrito solicitando la condición de interesado en el expediente de referencia.

(48) El 26 de mayo de 2023, UNISON formuló nuevas alegaciones[66].

(49) El 29 de junio de 2023, la DC resolvió aceptar la condición de interesados a TELEFÓNICA, VODAFONE y MEDIASET[67].

(50) El 29 de junio de 2023, ATRESMEDIA CORPORACION DE MEDIOS DE COMUNICACION, S.A. (**ATRESMEDIA**) y MUSICA APARTE, S.A.U. (MUSICA APARTE) solicitaron la condición de interesados en el expediente de referencia.

---

55 Folios 11.921-11.924.

56 Folios 12.588-12.593, donde el folio confidencial 12.591 del anexo 1 cuenta con una versión no confidencial elaborada el 06/07/2023 en el folio 12.599.

57 Folios 9.647-9.660.

58 Folios 11.064-11.085 confidenciales, 11.238-11.259 versión no confidencial.

59 Folios 11.393-11.407.

60 Folios 11.431-11.437 confidenciales, versión no confidencial 11.706-11.712.

61 Folios 11.662-11.667 confidenciales, con versión no confidencial en folios 11.671-11.677.

62 Folios 12.608-12.612.

63 Folios 12.923-12.929, donde el folio confidencial 12.927 del anexo 1 cuenta con una versión no confidencial en el folio 14.358-14.359.

64 Folios 10.026-10.028.

65 Folios 10.721-10.723.

66 Folios 11.263-11.271.

67 Folios 11.851, 11.832 y 12.566, respectivamente.

(51) El 4 de julio de 2023, la DC resolvió aceptar la condición de interesado a ATRESMEDIA[68] y denegarla a MUSICA APARTE[69].

(52) Los días 13, 17 y 18 de julio de 2023, la DC incorporó documentación del expediente S/0590/16 por considerarla necesaria y relevante para el presente expediente[70].

(53) El 18 de julio de 2023, UNISON remitió documentación adicional[71], aportando versiones censuradas[72].

(54) El 25 de julio de 2023, la SGAE remitió a la DC escrito de alegaciones con información complementaria[73], junto con una serie de documentos anexos[74].

(55) Los días 1, 2 y 4 de agosto de 2023, se incorporó documentación al expediente por ser esta necesaria a juicio de la DC para la instrucción del caso.

(56) El 7 de agosto de 2023, la SGAE remitió una serie de alegaciones[75] a la incorporación de cierta documentación obrante en el marco del expediente S/0590/16 por parte de la DC, considerando que dicha incorporación suponía una infracción del principio *non bis in idem* al enjuiciarse doblemente a la SGAE por lo que la entidad considera los mismos hechos. Junto al escrito de alegaciones, la SGAE aportó versiones censuradas de dicha documentación[76]

(57) El 28 de agosto de 2023, la SGAE remitió escrito de alegaciones[77] solicitando el levantamiento de la confidencialidad de cierta documentación que, a juicio de la entidad, podría ser relevante para su defensa. El 7 de septiembre, la DC emitió acuerdos de denegación y subsanación de confidencialidad relativa a las respuestas de NETFLIX y AERC a los requerimientos de información de la DC. El 25 de septiembre, la DC procedió a levantar la confidencialidad de cierta información de NETFLIX[78].

(58) El 9 de octubre de 2023, la SGAE remitió escrito[79] informando sobre la firma de un Memorándum de Entendimiento (**MDE**) con DAMA mediante el cual ambos organismos pretenden plasmar una serie de entendimientos alcanzados en el

[68] Folio 12.566.

[69] Folios 12.581-12.582.

[70] Folios 12.624-12.647, 12.660-12.919 y 12.933-12.935.

[71] Folios 12.941-12.945.

[72] Folio 12.946.

[73] Folios 13.025-13.027.

[74] Folios 13.028-13.090 no confidenciales.

[75] Folios 14.211-14.220.

[76] Folios 14.231-14.240.

[77] Folios 14.268-14.270.

[78] Folios 14.631-14.636.

[79] Folios 14.648-14.650.

seno de la "Comisión Paritaria de regularizaciones y resolución de conflictos" constituida entre ambas[80].

(59) El 13 de octubre de 2023, se notificó el **Pliego de Concreción de Hechos** (**PCH**) a las partes, ampliándose de oficio al máximo el plazo concedido para contestar.

(60) El 18 de octubre de 2023 se procedió a deducir testimonio del expediente de referencia, incorporando al expediente con número S/0012/23, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del RDC, ciertos documentos relacionados con conductas denunciadas por DAMA que no guardan relación directa con el presente expediente[81].

(61) El 25 de octubre de 2023, la SGAE remitió a la DC alegaciones al acuerdo de deducción de testimonio del 15 de octubre de 2023[82].

(62) El 7 de noviembre de 2023 la SGAE remitió escrito de contestación a la solicitud por parte de la DC de aportación de datos sobre volúmenes de negocios de la entidad[83], de cara al cálculo de la sanción, aportando asimismo dos documentos adjuntos[84] y versión no confidencial del escrito de contestación[85].

(63) El 8 de noviembre de 2023, la DC procedió a deducir testimonio del expediente de referencia, incorporando documentación adicional al expediente S/0012/23, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del RDC.

(64) El13 de noviembre de 2023, UNISON remitió escrito de alegaciones[86] al PCH, aportando un documento adjunto[87].

(65) El 15 de noviembre de 2023, ATRESMEDIA remitió escrito de alegaciones[88] al PCH y una serie de documentos adjuntos[89], aportando versiones no confidenciales[90].

(66) El 16 de noviembre de 2023, UNISON remitió escrito de alegaciones sobre nuevos hechos[91], acompañándolo de dos documentos adjuntos[92].

---

80 Folios 14.651-14.655.

81 Folios 16.314 - 16.321.

82 Folios 16.327 - 16.338.

83 Folios 16.358 - 16.371.

84 Folios 16.386 - 16.797.

85 Folios 16.372 - 16.385.

86 Folios 16.807 - 16.813.

87 Folios 16.814 - 16.826.

88 Folios 16.830 - 16.848.

89 Folios 16.849 - 17.311.

90 Folios 17.754 - 17.819.

91 Folios 17.318 - 17.323.

92 Folios 17.324 - 17.519.

(67) El 17 de noviembre, MEDIASET remitió escrito de alegaciones al PCH[93], aportando versión no confidencial del mismo[94] y un documento adjunto[95].

(68) El 17 de noviembre de 2023, la SGAE remitió escrito de alegaciones al PCH[96], aportando versión no confidencial del mismo[97], y una serie de documentos adjuntos[98]. En sus alegaciones anuncia la aportación de prueba documental a posteriori.

(69) El 21 de noviembre de 2023, TELEFÓNICA remitió escrito de alegaciones al PCH[99], aportando versión no confidencial[100].

(70) El 30 de noviembre de 2023 (vencido el plazo para formular alegaciones al PCH), MEDIASET remitió escrito de alegaciones complementarias al PCH[101], aportando versión no confidencial del mismo[102] y una serie de documentos anexos[103].

(71) El 19 de diciembre de 2023 (vencido el plazo para formular alegaciones al PCH), SGAE remitió un informe económico, un informe técnico elaborado por el departamento de operaciones de la SGAE (respecto del que se solicita su confidencialidad sin aportar versión censurada) y una nota jurídica, i.e. los tres documentos anunciados en sus alegaciones de 17 de noviembre de 2023 como prueba documental[104].

(72) El 21 de diciembre de 2023, se acodó la incorporación de documentación de otros expedientes, solicitada como prueba documental por la SGAE en sus alegaciones de 17 de noviembre de 2023, notificándose el acuerdo a la SGAE[105].

(73) El 29 de diciembre de 2023, la SGAE formuló alegaciones en relación con los informes económico y técnico y nota jurídica aportados por la propia entidad el 19 de diciembre[106].

(74) El 23 de enero de 2024, la SGAE formuló solicitud de terminación convencional del expediente que fue denegada por la DC el 26 de enero de 2024.

---

93 Folios 17.523 - 17.531.

94 Folios 17.532 - 17.540.

95 Folio 17.541.

96 Folios 17.545-17.617.

97 Folios 17.618-17.690.

98 Folios 17.691-17.742.

99 Folios 17.746-17.748.

100 Folios 17.749-17.750.

101 Folios 17.830-17.832

102 Folios 17.833-17.835

103 Folios 17.836- 17.850

104 Folios 17.854-17.924

105 Folios 17.927-17.926.

106 Folios 17.986-17.994.

(75) El 26 de enero de 2024, la DC acordó el **cierre de la fase de instrucción** del expediente (folio 18.033), notificándose ese mismo día a las partes la **Propuesta de Resolución** (folios 20.375 a 20.382).

(76) El 12 de febrero de 2024, la SGAE interpuso recurso administrativo del artículo 47 de la LDC contra el Acuerdo de la DC de 26 de enero de 2024 denegando la terminación convencional del expediente (recurso R/AJ/031/24).

(77) El 13 de febrero de 2024, la Sala de Competencia de la CNMC solicitó informe a la DC sobre el recurso R/AJ/031/24 SGAE. Dicho informe fue remitido por la DC el 16 de febrero de 2022 (folio 20.446). Asimismo, el 13 de febrero de 2024, la DC acordó suspender el plazo para resolver el procedimiento, hasta el día siguiente de la resolución por la Sala de Competencia de la CNMC del citado recurso R/AJ/031/24 (folios 20.423 y 20.424).

(78) El 25 de febrero de 2024, UNISON presentó alegaciones a la Propuesta de Resolución (folios 20.477 a 20.483).

(79) El 26 de febrero de 2024, SGAE presentó alegaciones a la Propuesta de Resolución (folios 20.484 a 20.490) y remitió una versión confidencial de las mismas el 28 de febrero (folios 20.540 a 20.630).

(80) El 28 de febrero de 2024, ATRESMEDIA presentó alegaciones a la Propuesta de Resolución (folios 20.724 a 20.750).

(81) El 7 de marzo de 2024, la DC elevó a la Sala de Competencia de la CNMC su Informe y Propuesta de Resolución (folios 20.752 a 20.753).

(82) El 3 de abril de 2024, se acordó la remisión de información a la Comisión Europea prevista por el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003. Asimismo, se acordó suspender el plazo para resolver hasta que se diera respuesta por la Comisión Europea o transcurriera el término de 30 días (folios 20.777 a 20.778). El plazo de suspensión fue levantado mediante Acuerdo de 3 de mayo de 2024 (folios 20.824 a 20.825).

(83) El 17 de abril de 2024, la Sala de Competencia de la CNMC inadmitió el recurso R/AJ/031/24 interpuesto por la SGAE contra el Acuerdo de la DC de 26 de enero de 2024 por el que se denegaba la terminación convencional del expediente. Se acordó, en consecuencia, el levantamiento parcial de la suspensión de plazo para resolver el procedimiento (folios 20.790 a 20.792). Dicho plazo se mantuvo, no obstante, suspendido hasta el 2 de mayo de 2024, según lo indicado en el antecedente anterior.

(84) El 8 de mayo de 2024, se acordó requerir a la SGAE que aportase su volumen de negocios total para el ejercicio 2023, otorgándosele un plazo de 10 días hábiles para contestar al requerimiento (folios 20.850 a 20.857) y poniéndose el acuerdo a disposición de la empresa imputada el mismo 8 de mayo de 2024. Tratándose la información solicitada de un elemento de juicio necesario para resolver, se acordó asimismo suspender el plazo máximo para resolver hasta la aportación de la información requerida o, en su caso, el transcurso del pazo concedido para su aportación, de conformidad con el artículo 37.1 a) de la LDC.

Dicho requerimiento de información fue contestado el 31 de mayo de 2024, levantándose la suspensión de plazo con efectos en esta última fecha por Acuerdo del Secretario del Consejo de 3 de junio de 2024 (folios 21.089 a 21.091).

(85) El 26 de abril de 2024, tuvo entrada en la CNMC un escrito mediante el cual la SGAE informaba de la adopción de un acuerdo con [redacted] (folios 20.807 a 20.814).

(86) El 30 de abril de 2024, UNISON informó a su vez, por escrito, sobre el acuerdo de SGAE [redacted] al que se ha hecho referencia en el antecedente anterior, realizando una valoración sobre el mismo (folios 20.818 a 20.820).

(87) La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 19 de junio de 2024.

2. LAS PARTES

2.1. Denunciada: Sociedad General de Autores y Editores (SGAE)

(88) La SGAE es una entidad privada dedicada a la defensa y gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual de un número muy elevado de socios (incluyendo autores, editores y herederos), y que administra millones de obras musicales, dramáticas, coreográficas y audiovisuales en su repertorio, habiendo iniciado su actividad en 1899.

(89) La SGAE fue autorizada para actuar como entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual en virtud de Orden del Ministerio de Cultura de 1 de junio de 1988 (B.O.E. nº 134, de 4 de junio de 1988).

(90) Dentro del colectivo de los creadores socios de la SGAE, la entidad de gestión refleja en su página web[107] que de ellos 99.369 son músicos de todos los géneros y estilos, 11.143 son autores de obras audiovisuales (argumentistas, guionistas y directores) y 9.635 son dramaturgos y coreógrafos.

(91) Asimismo, la SGAE administra los derechos de los socios de las sociedades extranjeras con las que tiene suscritos acuerdos de representación, siendo miembro de los principales organismos internacionales de derechos de autor.

(92) Para el desarrollo de su actividad la SGAE contaba en 2022 con 421 empleados, 18 sedes en España y 4 en el extranjero.

(93) Entre las funciones que la normativa vigente asigna a la SGAE como entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual se encuentran:

[107] http://www.sgae.es/es-ES/SitePages/corp-modelo.aspx. Los datos corresponden a 2022.

- Administrar los derechos de propiedad intelectual conferidos, con sujeción a la legislación vigente y a sus estatutos. Estas entidades ejercitan derechos de propiedad intelectual, bien de forma delegada por sus legítimos titulares, o bien por mandato legal (derechos de gestión colectiva obligatoria); persiguen las violaciones a estos derechos mediante un control de las utilizaciones; fijan una remuneración adecuada al tipo de explotación que se realice y perciben esa remuneración con arreglo a lo estipulado.

- En el ámbito de las utilizaciones masivas, celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio y fijar tarifas generales por su utilización.

- Permitir hacer efectivos los derechos de naturaleza compensatoria (por ejemplo, remuneración por copia privada).

- Realizar el reparto de la recaudación neta correspondiente a los titulares de derechos.

- Prestar servicios asistenciales y de promoción de los autores y artistas intérpretes o ejecutantes.

- Proteger y defender los derechos de propiedad intelectual contra las infracciones que se cometan, acudiendo en su caso a la vía judicial.

2.2. Denunciantes: Derechos de Autor de Medios Audiovisuales, Entidad de Gestión (DAMA) y Unison Rights, S.L. (UNISON)

2.2.1. Derechos de Autor de Medios Audiovisuales, Entidad de Gestión (DAMA)

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

(95) Así, DAMA gestiona y protege los derechos de autor de gestión colectiva obligatoria de sus autores socios (directores y autores de la parte literaria de obras cinematográficas y audiovisuales).

(96) En 2022, según su web[108], DAMA estaba formada por más de 900 socios y gestionaba un repertorio de más de 500.000 obras audiovisuales de ficción de autores de España, Reino Unido, Australia, Japón, México, Colombia, Argentina, Canadá, Francia, etc. Además, desde 2006 DAMA forma parte de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores (**CISAC**).

[108] https://www.damautor.es/que-es-dama/

2.2.2. Unison Rights, S.L. (UNISON RIGHTS)

(97) UNISON RIGHTS es una entidad privada con ánimo de lucro (cuya denominación social anterior era IME Licensing Services, S.L.) creada en septiembre de 2016 y cuyo objeto social incluye, entre otros, la gestión, administración, cesión y licenciamiento de derechos de autor o los derechos afines a los derechos de autor, en nombre de varios titulares de derechos.

(98) Desde el 1 de enero de 2020, UNISON está plenamente operativa, prestando servicios de gestión de derechos a titulares de obras musicales en los mercados de radiodifusión, digital, directo y comunicación pública general (música de fondo y amenización). Gestiona, conforme a la información proporcionada por UNISON, derechos de autor en aproximadamente 2.792.270[109] obras, en virtud de contratos de gestión con autores, editores y contratos de representación celebrados con entidades de gestión de distintos lugares del mundo. UNISON ha cerrado 27[110] acuerdos de licencias multiterritoriales con plataformas de emisión en continuo ("streaming") y medios sociales ("social media") líderes del sector, asegurando así el cobro de derechos por el uso digital de obras de forma directa para Europa y otros territorios.

(99) UNISON se configura como Operador de Gestión Independiente (**OGI**) al amparo de la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior (**Directiva 2014/26/UE**) y del artículo 153 TRLPI.

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

2.3. Otras interesadas

2.3.1. Telefónica de España, S.A.U. (TELEFÓNICA)

(101) TELEFÓNICA es una filial al 100% de Telefónica, S.A., matriz del grupo-Telefónica, multinacional presente en 24 países y cuya actividad principal es la prestación de servicios mayoristas y minoristas de comunicaciones electrónicas, así como servicios de televisión de pago.

---

[109] Información actualizada a tenor de las alegaciones de UNISON al PCH en su escrito de 13 de noviembre de 2023. Folio 16.808.

[110] Información actualizada a tenor de las alegaciones de UNISON al PCH en su escrito de 13 de noviembre de 2023. Folio 16.808.

(102) El 29 de junio de 2023, la DC reconoció a TELEFÓNICA su condición de interesada en el expediente[111].

2.3.2. Vodafone España, S.A. Unipersonal y Vodafone Ono, S.A. Unipersonal (conjuntamente, VODAFONE)

(103) VODAFONE es un operador que presta servicios de comunicaciones electrónicas fijas y móviles, así como servicios de televisión de pago.

(104) Con fecha 29 de junio de 2023, la DC reconoció a VODAFONE su condición de interesado en el expediente[112].

2.3.3. Grupo Audiovisual Mediaset España, S.A. (MEDIASET)

(105) MEDIASET es un grupo de comunicación español, filial de MFE-MediaForEurope, de Fininvest, que opera especialmente en los mercados de televisión en abierto y radio comercial, publicidad televisiva, publicidad radiofónica, así como en otros diversos.

(106) El 29 de junio de 2023, la DC reconoció a MEDIASET su condición de interesado en el expediente[113].

2.3.4. Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A. (ATRESMEDIA)

(107) ATRESMEDIA es un grupo de medios de comunicación español que opera especialmente en los mercados de televisión en abierto y radio comercial, publicidad televisiva, publicidad radiofónica, así como en otros diversos como desarrollo digital y multimedia, cine, internet y organización de eventos.

(108) El 4 de julio de 2023, la DC reconoció a ATRESMEDIA su condición de interesado en el expediente[114].

3. MERCADOS RELEVANTES

(109) Las conductas investigadas en el presente expediente están relacionadas con los (a) mercados aguas arriba de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras audiovisuales y de obras musicales; y (b) mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de obras musicales y audiovisuales.

[111] Folio 11.842.

[112] Folio 11.851.

[113] Folio 11.832.

[114] Folio 12.566.

3.1. Marco normativo

(110) Los derechos de autor y otros derechos de propiedad intelectual[115] en España se regulan en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual[116] (**TRLPI**).

(111) La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación[117], presumiéndose autor, salvo prueba en contrario, a quien aparezca como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique[118].

(112) El artículo 10 del TRLPI precisa que son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro. Entre las creaciones que se relacionan en la norma, las más relevantes a efectos del presente procedimiento se incluyen: "*b) Las composiciones musicales, con o sin letra, c) Las obras dramáticas y dramático-*

[115] Los derechos de autor protegen obras literarias, artísticas o científicas originales y se distinguen de los denominados derechos afines, conexos o vecinos regulados en el Libro Segundo del TRLPI. Los derechos afines son los derechos que tienen las personas que, aunque no son autoras de una obra, han contribuido activamente con la misma por lo que merecen cierta protección. Son afines a la reproducción de las obras, no a la creación de las mismas, que protegen, entre otros, a los artistas intérpretes y ejecutantes, productores o entidades de radiodifusión.

[116] Esta norma ha sido objeto de numerosas modificaciones, siendo las últimas destacables a los efectos del presente expediente las realizadas a través de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; y del Real Decreto-ley 12/2017, de 3 de julio, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en cuanto al sistema de compensación equitativa por copia privada. Asimismo, destacan también, por su incidencia en el presente expediente, las modificaciones introducidas por la Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017 (Ley 2/2019). Las últimas reformas legales que afectan al TRLPI han sido las introducidas por la Ley 14/2021, de 11 de octubre, por la que se modifica el Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019; y por el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes.

[117] Artículo 1 del TRLPI.

[118] Artículo 6.1 del TRLPI.

musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales, y d) Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales."

(113) El artículo 199 del TRLPI dispone que se protegerán, con arreglo a esta ley, los derechos de propiedad intelectual de los autores españoles, así como de los autores nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea. Asimismo, se protegen los de autores nacionales de terceros países con residencia habitual en España y también los de aquellos que no tengan su residencia habitual en España bajo ciertas condiciones.

(114) De acuerdo con lo establecido por el TRLPI, la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley[119]. En este sentido, el contenido de los derechos de propiedad intelectual se clasifica en dos categorías:

- Derecho moral: de carácter irrenunciable e inalienable, el derecho moral se reconoce a los autores y a los artistas intérpretes o ejecutantes, estando integrado por las facultades previstas en el artículo 14 del TRLPI, que incluye, entre otros, el derecho de estos sujetos a ser reconocidos en su condición de autor de su obra y a controlar la integridad de esta. La condición de "autor" no puede transmitirse inter vivos ni mortis causa, no se extingue con el transcurso del tiempo, así como tampoco entra en el dominio público ni es susceptible de prescripción. No obstante, el ejercicio de algunos de los derechos morales sí sería transmisible "mortis causa".

- Derechos patrimoniales, que pueden clasificarse en:

  - Derechos relacionados con la explotación de la obra o prestación protegida, que a su vez se subdividen en derechos exclusivos y en derechos de remuneración:

    - Los derechos exclusivos[120], que son aquellos que permiten a su titular autorizar o prohibir los actos de explotación de su obra o prestación protegida por el usuario, y a exigir de éste una retribución a cambio de la autorización que le conceda.

    - Los derechos de remuneración, que (a diferencia de los derechos exclusivos) no facultan a su titular a autorizar o prohibir los actos de explotación de su obra o prestación protegida por parte de un tercero, aunque sí obligan a éste al pago de una cantidad dineraria por los actos de explotación que realice.

  - Derechos compensatorios, como el derecho por copia privada.

(115) En relación con los derechos exclusivos de explotación, el artículo 17 del TRLPI enumera expresamente cuatro modalidades concretas: "*los derechos de*

[119] Artículo 2 del TRLPI.

[120] Cuyas modalidades se recogen en los artículos 18 a 21 del TRLPI.

reproducción, distribución, comunicación pública y transformación"; estableciendo que el ejercicio exclusivo de estos derechos, así como el de cualesquiera otros derechos de explotación de la obra en cualquier forma, corresponde a su autor. Por lo tanto, para realizar cualquier acto de explotación de la misma será necesario contar con la autorización del autor, que podrá prohibir o autorizar su explotación a terceros a cambio (o no) de una contraprestación pactada, salvo en aquellos casos en los que el propio TRLPI dispense de la necesidad de obtener dicha autorización. Estos derechos pueden ser objeto de negocios jurídicos como la transmisión, conforme a lo previsto en el Título V del TRLPI.

(116) Respecto a la modalidad de explotación de la obra consistente en su "reproducción", el artículo 18 del TRLPI la define como "la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias".

(117) La comunicación pública de la obra, por su parte, se define en el artículo 20.1 del TRLPI como "todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas", recogiendo en su artículo 20.2 un listado enunciativo y no exhaustivo ("especialmente") de actos de explotación que se consideran actos de comunicación pública[121].

[121] *Especialmente, son actos de comunicación pública:*

a) Las representaciones escénicas, recitaciones, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales mediante cualquier medio o procedimiento.

b) La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás audiovisuales.

c) La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes. El concepto de emisión comprende la producción de señales portadoras de programas hacia un satélite, cuando la recepción de las mismas por el público no es posible sino a través de entidad distinta de la de origen.

d) La radiodifusión o comunicación al público vía satélite de cualesquiera obras, es decir, el acto de introducir, bajo el control y la responsabilidad de la entidad radiodifusora, las señales portadoras de programas, destinadas a la recepción por el público en una cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite y desde éste a la tierra. Los procesos técnicos normales relativos a las señales portadoras de programas no se consideran interrupciones de la cadena de comunicación.

Cuando las señales portadoras de programas se emitan de manera codificada existirá comunicación al público vía satélite siempre que se pongan a disposición del público por la entidad radiodifusora, o con su consentimiento, medios de descodificación.

A efectos de lo dispuesto en los dos párrafos anteriores, se entenderá por satélite cualquiera que opere en bandas de frecuencia reservadas por la legislación de telecomunicaciones a la difusión de señales para la recepción por el público o para la comunicación individual no

(118) Los derechos de los autores de obras cinematográficas y demás obras audiovisuales se encuentran específicamente regulados en el Título IV del Libro I (De los derechos de autor) de la norma legal.

(119) El artículo 86 del TRLPI recoge una definición de las obras audiovisuales[122], mientras que el artículo 87 delimita el concepto de autores de la obra audiovisual[123] atribuyendo esta condición a directores, autores del argumento (guionistas) y autores de composiciones musicales creadas para la obra audiovisual. Por su parte, el artículo 88 establece la presunción de la cesión en exclusiva al productor de los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública de la obra. Si bien, en las obras cinematográficas será siempre necesaria la autorización expresa de los autores para su explotación, mediante la puesta a disposición del público de copias en cualquier sistema o formato, para su utilización en el ámbito doméstico, o mediante su comunicación pública a través de la radiodifusión.

---

pública, siempre que, en este último caso, las circunstancias en las que se lleve a efecto la recepción individual de las señales sean comparables a las que se aplican en el primer caso.

e) La transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono.

f) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores y por entidad distinta de la de origen, de la obra radiodifundida.

Se entiende por distribución por cable la retransmisión simultánea, inalterada e íntegra por cable o microondas, para su recepción por el público, de una transmisión inicial de otro Estado miembro, alámbrica o inalámbrica, incluida vía satélite, de programas de radio o televisión destinados a su recepción por el público, independientemente de la manera en que el operador de un servicio de retransmisión por cable obtenga del organismo de radiodifusión las señales portadoras de programas con fines de retransmisión.

g) La emisión o transmisión, en lugar accesible al público, mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra radiodifundida.

h) La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones.

i) La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

j) El acceso público en cualquier forma a las obras incorporadas a una base de datos, aunque dicha base de datos no esté protegida por las disposiciones del Libro I de la presente Ley.

k) La realización de cualquiera de los actos anteriores, respecto a una base de datos protegida por el Libro I de la presente Ley.

[122] *Las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras.*

[123] *Son autores de la obra audiovisual en los términos previstos en el artículo 7 de esta Ley:*

1. El director-realizador.

2. Los autores del argumento, la adaptación y los del guion o los diálogos.

3. Los autores de las composiciones musicales, con o sin letra, creadas especialmente para esta obra.

(120) A este respecto, los artículos 120 a 125 del TRLPI regulan los derechos de los productores de las grabaciones audiovisuales[124]. Las grabaciones audiovisuales comprenden tanto las obras audiovisuales (creaciones con intervención de autores) como otras grabaciones. La ley atribuye a los productores determinados derechos sobre las grabaciones audiovisuales, en particular, los derechos para autorizar su reproducción y comunicación pública.

(121) Si bien en el caso de las obras audiovisuales y otras grabaciones los derechos exclusivos de explotación antes citados corresponden a los productores, el artículo 90 del TRLPI atribuye un derecho de remuneración en favor de los autores de obras audiovisuales.

(122) En lo que se refiere al presente procedimiento, resulta de relevancia lo señalado en el artículo 90.4 del TRLPI, que establece lo siguiente: "*La proyección o exhibición sin exigir precio de entrada, la transmisión al público por cualquier medio o procedimiento, alámbrico o inalámbrico, incluido, entre otros, la puesta a disposición en la forma establecida en el artículo 20.2.i) de una obra audiovisual, dará derecho a los autores a recibir la remuneración que proceda, de acuerdo con las tarifas generales establecidas por la correspondiente entidad de gestión.*" El artículo 90.6 precisa que "[l]*os derechos establecidos en los apartados 3 y 4 de este artículo serán irrenunciables e intransmisibles por actos «inter vivos» y no serán de aplicación a los autores de obras audiovisuales de carácter publicitario*."

(123) Las conductas objeto del presente expediente estarían principalmente relacionadas con los derechos exclusivos de reproducción y comunicación pública, y con el derecho de remuneración de los autores de la obra audiovisual a que se refiere el artículo 90.4 del TRLPI.

3.1.1. La gestión de los derechos de propiedad intelectual

(124) La distribución de bienes y prestación de servicios que impliquen el uso de derechos de propiedad intelectual requiere, en principio, la autorización de sus titulares. La gestión de la concesión de estas autorizaciones puede ejercitarse por parte de los titulares de derechos bien de manera individual o de forma colectiva; autorización que suele articularse mediante una licencia contractual, que puede ser exclusiva o no, y que puede autorizar una o múltiples modalidades de explotación de la obra.

(125) Según la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo y al Comité Económico y Social Europeo de 16 de abril de 2004 sobre la gestión de los derechos de autor y derechos afines en el mercado interior, "[l]*a gestión*

[124] Artículo 120 del TRLPI

1. *Se entiende por grabaciones audiovisuales las fijaciones de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido, sean o no creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales en el sentido del artículo 86 de esta Ley.*

2. Se entiende por productor de una grabación audiovisual, la persona natural o jurídica que tenga la iniciativa y asuma la responsabilidad de dicha grabación audiovisual.

individual de los derechos es la comercialización de los derechos entre titulares particulares y usuarios comerciales", mientras que "[l]*a gestión colectiva de los derechos es un sistema mediante el cual una sociedad de gestión colectiva administra conjuntamente los derechos y supervisa, recauda y distribuye el pago de los derechos en nombre de varios titulares*"[125].

(126) La mayoría de los derechos de propiedad intelectual regulados en el TRLPI son de gestión libre, por lo que su titular puede decidir gestionarlos de manera individual, bien por sí mismo o a través de un mandatario, o, alternativamente, encomendar su gestión de manera voluntaria a una entidad de gestión. El TRLPI se refiere a estos derechos como "*derechos de gestión colectiva voluntaria*"[126]. Por el contrario, existen algunos derechos de propiedad intelectual para los que el TRLPI impone el ejercicio exclusivo a través de una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual: los denominados "*derechos de gestión colectiva obligatoria*"[127].

(127) Los derechos de reproducción y de comunicación pública mencionados en los artículos 18 y 20 del TRLPI no son, en ningún caso, de gestión colectiva obligatoria (a excepción del derecho de comunicación pública de distribución por cable a que se refiere el artículo 20.2.f). Los titulares de estos derechos de propiedad intelectual pueden optar con total libertad entre (i) gestionar sus derechos individualmente; o (ii) encomendar su representación y la gestión del ejercicio de sus derechos bien a una entidad de gestión colectiva o bien a un operador de gestión independiente (OGI).

(128) Sin embargo, el derecho de remuneración de los autores a que se refiere el artículo 90.4 del TRLPI es de gestión colectiva obligatoria[128]. También son de gestión colectiva obligatoria el derecho de comunicación pública de distribución por cable a que se refiere el artículo 20.2.f) del TRLPI[129] y el derecho de

---

[125] Página 4 de la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo y al Comité Económico y Social Europeo "La gestión de los derechos de autor y derechos afines en el mercado interior" de 16 de abril de 2004 (COM (2004) 261 final).

[126] Denominación que se encuentra contrapuesta al concepto de "*derechos de gestión colectiva obligatoria*" en el artículo 194.3 del TRLPI.

[127] Nomenclatura utilizada extensamente tanto por la doctrina como por el propio TRLPI en sus artículos 117.1 *in fine*, 181.1, 183.2 y el ya citado 194.3.

[128] Artículo 90.7 del TRLPI *"7. Los derechos contemplados en los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo se harán efectivos a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual."*

[129] El artículo 20.4.b) del TRLPI establece que "[e]*l derecho que asiste a los titulares de derechos de autor de autorizar la retransmisión por cable se ejercerá, exclusivamente, a través de una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual*". La retransmisión por cable se define en el párrafo segundo del artículo 20.2.f) del TRLPI "*Se entiende por distribución por cable la retransmisión simultánea, inalterada e íntegra por cable o microondas, para su recepción por el público, de una transmisión inicial de otro Estado miembro, alámbrica o inalámbrica, incluida vía satélite, de programas de radio o televisión destinados a su recepción por el público, independientemente de la manera en que el operador de un servicio de retransmisión por cable obtenga del organismo de radiodifusión las señales portadoras de programas con fines de retransmisión*."

compensación equitativa por copia privada[130]. Estos derechos han de ser gestionados a través de una entidad de gestión colectiva, no pudiendo ser gestionados por un OGI ni individualmente por su titular.

3.1.2. La gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual

(129) La concesión individual de autorizaciones por parte de los titulares de derechos de propiedad intelectual no siempre es efectiva o incluso puede llegar a ser, en algunos casos, casi inviable por los elevados costes de transacción para el usuario solicitante y para el propio titular de los derechos. Por este motivo, surge la gestión colectiva como alternativa de gestión, permitiendo a los usuarios obtener autorizaciones para un gran número de obras en aquellas circunstancias en que las negociaciones a título individual entrañarían una gran dificultad y unos elevados costes. A la vez, permite que los titulares de derechos de propiedad intelectual sean remunerados por usos de sus obras cuya gestión a título individual resultaría asimismo muy dificultosa e ineficiente.

(130) Tradicionalmente, la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual, regulada en los artículos 147 a 192 del TRLPI, ha venido siendo mayoritariamente desarrollada por las entidades de gestión colectiva. Éstas son organizaciones privadas de base asociativa y naturaleza no lucrativa que se dedican, en nombre propio o ajeno, a la gestión de derechos de propiedad intelectual de carácter patrimonial por cuenta de sus legítimos titulares.

(131) De acuerdo con el artículo 147 del TRLPI, las entidades de gestión colectiva necesitan obtener autorización administrativa del Ministerio de Cultura y Deporte para iniciar su actividad; momento a partir del cual están legitimadas para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales, según establece el artículo 150 del TRLPI. Asimismo, en virtud de la autorización, podrán ejercer los derechos de propiedad intelectual confiados a su gestión por sus titulares mediante contrato de gestión y podrán hacer efectivos los derechos sometidos a gestión colectiva obligatoria, en particular, los de remuneración y compensación equitativas en los distintos supuestos previstos en la ley, así como a ejercitar el derecho de autorizar la distribución por cable. Hasta la fecha, el Ministerio de Cultura y Deporte ha autorizado nueve entidades de gestión colectiva[131], cada una de las

[130] El artículo 25.9 del TRLPI dispone que "*la compensación equitativa se hará efectiva a través de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual conforme al procedimiento que se determine a tal efecto por real decreto*".

[131] Cinco entidades de gestión de derechos de propiedad Intelectual de autores (Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO), Visual, Entidad de Gestión de Artistas Plástico (VEGAP), Derechos de Autor de Medios Audiovisuales (DAMA) y Sociedad Española de Derechos de Autor (SEDA)); dos entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual de artistas intérpretes o ejecutantes (Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE) y Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión (AISGE)); y dos entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual de productores (Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA)).

cuales se ha especializado en la gestión de una o varias categorías de derechos concretas.

(132) Asimismo, se prevé en el artículo 151 que puedan prestar servicios en España las entidades de gestión sin establecimiento en España, si bien deberán comunicar al Ministerio de Cultura y Deporte el inicio de sus actividades en España y cumplir las obligaciones que se determinan en este artículo del TRLPI. Para gestionar los derechos de remuneración y compensación equitativa deberán obtener la autorización a que se refiere el artículo 147.

(133) No obstante, desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril[132], el 15 de abril del 2018, se regulan específicamente en el artículo 153 del TRLPI los requisitos de los denominados "operadores de gestión independientes" (**OGIs**) y se presentan como una alternativa a la gestión colectiva ofrecida por las entidades de gestión[133].

(134) Los OGIs son entidades privadas con ánimo de lucro que se dedican a ejercer los derechos exclusivos de propiedad intelectual conferidos por sus titulares mediante contrato de gestión. Las características que diferencian a estos operadores de las entidades de gestión colectiva son: (i) la existencia de ánimo de lucro (frente a la ausencia del mismo en las entidades de gestión); (ii) la inexistencia de vínculo propietario o de control de los OGIs por parte de los autores y otros titulares de derechos (que sí existe en el caso de las entidades de gestión); y (iii) un ámbito de actuación restringido a derechos de gestión colectiva voluntaria (mientras que los derechos de gestión colectiva obligatoria están reservados a las entidades de gestión colectiva).

(135) Los artículos 156 a 158 del TRLPI regulan determinadas cuestiones relativas a la representación de los titulares de derechos por parte de las entidades de gestión.

(136) En el artículo 156 se establece, entre otras cuestiones, que la gestión de los derechos será encomendada por sus titulares a la entidad de gestión mediante la suscripción de un contrato de gestión. Las entidades de gestión no podrán imponer obligaciones a los titulares de derechos que no sean objetivamente necesarias para la protección de sus derechos e intereses o para la gestión eficaz de sus derechos. Y no discriminarán a los titulares cuyos derechos gestionen en virtud de un acuerdo de representación, en particular, con respecto

---

[132] Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017 (Real Decreto-ley 2/2018); norma que fue derogada y sustituida por la Ley 2/2019 de idéntico contenido.

[133] Nótese la expresión "[I]*ntroduce la regulación de estos operadores, que representan una alternativa a la gestión colectiva ofrecida por las entidades de gestión, dando garantías tanto a los titulares de derechos de propiedad intelectual que les encomienden la gestión de sus derechos como a los usuarios de los mismos*" utilizada tanto por el Real Decreto-ley 2/2018 como por la Ley 2/2019 en el párrafo segundo in fine del apartado III de sus preámbulos.

a las tarifas aplicables, los descuentos de gestión y las condiciones de recaudación de los derechos y del reparto y pago de sus importes.

(137) Los artículos 157 y 158 del TRLPI se refieren al contrato de gestión y a su revocación total o parcial. De acuerdo con el artículo 157.1 "*el titular de derechos deberá dar consentimiento explícito, por escrito, para cada derecho, categoría de derechos o tipo de obra o prestación cuya gestión encomienda a la entidad y respecto de los territorios de su elección, con independencia de su nacionalidad o lugar de residencia o de establecimiento de la entidad de gestión. Dicho contrato no podrá imponer como obligatoria la gestión de todas las modalidades de uso ni la de la totalidad de la obra o producción futura*." Por su parte el artículo 158.1 dispone que "*La duración del contrato de gestión no podrá ser superior a tres años renovable por periodos de un año.*"

(138) Los artículos 163 a 169 del TRLPI regulan diferentes principios generales aplicables a la concesión de autorizaciones no exclusivas para el uso del repertorio de las entidades de gestión y las tarifas generales. Determinados preceptos son también de aplicación a los OGIs[134] (artículos 163.1, 165 y 166).

(139) El artículo 163.1 del TRLPI establece, tanto para entidades de gestión como para OGIs, la obligación de "negociar y contratar bajo remuneración con los usuarios que lo soliciten, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, actuando ambas partes bajo los principios de buena fe y transparencia, para lo cual intercambiarán toda la información que sea necesaria".

(140) Asimismo, respecto a la concesión de este mismo tipo de autorizaciones por parte de las entidades de gestión, el artículo 163.2 del TRLPI dispone que "[l]*a concesión de las autorizaciones no exclusivas se basará en condiciones equitativas y no discriminatorias. Para tal fin, las entidades de gestión deberán informar a los usuarios sobre las condiciones comerciales otorgadas a otros usuarios que lleven a cabo actividades económicas similares*". En este sentido, el apartado 4 del mismo artículo indica que "[m]*ientras las partes no lleguen a un acuerdo* [respecto a las condiciones para la concesión de la autorización]*, 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*". Estas obligaciones, por el contrario, no resultan aplicables a los OGIs.

(141) Por otro lado, el artículo 164.1 del TRLPI impone a las entidades de gestión la obligación de "*establecer tarifas generales, simples y claras que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio*", debiendo acompañar dichas tarifas de una memoria económica que proporcione "*una explicación pormenorizada por modalidad tarifaria para cada categoría de usuario*". Además, el apartado tercero de dicho artículo añade que "[e]*l importe de las tarifas generales se establecerá en condiciones razonables, atendiendo al valor*

[134] Conforme al artículo 153.3 del TRLPI.

económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad del usuario, y buscando el justo equilibrio entre ambas partes".

(142) En cuanto a la celebración de acuerdos sectoriales, el artículo 165 del TRLPI, obliga, tanto a entidades de gestión como a OGIs, "*a negociar y celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquellas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente*". Los contratos generales firmados con asociaciones a los que hace referencia este artículo carecen de efectos vinculantes por sí mismos, precisando de la celebración de contratos individuales suscritos con los usuarios miembros de la respectiva asociación que opten por acogerse a estos acuerdos generales.

(143) En el caso del derecho de remuneración de los autores de obras audiovisuales a que se refiere el artículo 90.4 del TRLPI, las condiciones económicas a satisfacer por los usuarios eran, hasta la reforma del TRLPI de 2014 que se refiere a su debida negociación (art. 158 bis 3), las recogidas en las tarifas generales, sin perjuicio de su posible impugnación ante la jurisdicción civil sobre la equidad de las mismas.

(144) De acuerdo con lo anterior, sin perjuicio de las excepciones señaladas en el artículo 166 del TRLPI, en lo que hace referencia a este expediente, las condiciones económicas correspondientes a los derechos exclusivos de reproducción y comunicación pública que se gestionen de manera colectiva podrán venir establecidas:

- por acuerdo entre la entidad de gestión / OGI y el usuario (163 TRLPI);
- por aplicación de las tarifas generales (164 TRLPI);
- mediante suscripción de un acuerdo sectorial y la posterior adhesión del usuario a este acuerdo (165 TRLPI).

(145) Sin embargo, en el caso del derecho de remuneración de autores de obras audiovisuales previsto en el artículo 90.4 del TRLPI, las condiciones económicas eran las establecidas en las tarifas generales, salvo su impugnación en sede judicial y hasta la reforma del TRLPI en 2014. El TRLPI contempla en diferentes artículos (177.1, 185) la posibilidad de que las entidades de gestión puedan suscribir acuerdos con otras entidades en particular con entidades de gestión de derechos de otros países.

(146) Entre las obligaciones de información, transparencia y contabilidad de las entidades de gestión previstas en el TRLPI, las entidades de gestión se encuentran obligadas a hacer pública en su página web, de forma fácilmente accesible, determinada información, tal y como se señala en el artículo 185 del TRLPI. Una información que deberán mantener actualizada y que engloba, entre otras, las siguientes cuestiones:

> *"Las tarifas generales vigentes, junto con la memoria económica justificativa, para cada una de las modalidades de uso de su repertorio, incluidos los descuentos y las circunstancias en que deben aplicarse".*

"El repertorio que gestiona la entidad, debiendo incluir en el mismo aquellas obras y prestaciones protegidas que gestionan en virtud de los acuerdos de representación vigentes suscritos con organizaciones de gestión extranjeras".

"Los contratos generales que tengan suscritos con asociaciones de usuarios y los modelos de contrato que habitualmente se utilicen para cada modalidad de uso de su repertorio".

"El reglamento de reparto de los derechos recaudados y el importe o porcentaje de los descuentos de gestión y de otra naturaleza que sean aplicados a cada derecho y modalidad de uso administrados y a los ingresos procedentes de las inversiones de estos últimos", incluyendo asimismo "[e]l listado de obras y prestaciones protegidas que administran cuyos titulares, tras el procedimiento de reparto y pago de derechos, están parcial o totalmente no identificados o localizados".

(147) El artículo 153.4 del TRLPI impone asimismo a los OGIs la obligación de publicar en su página web de forma fácilmente accesible y mantener actualizada determinada información, incluyendo:

b) Las condiciones para que un titular de derechos de propiedad intelectual pueda celebrar con ellos un contrato de gestión.

c) El repertorio que gestiona y todas sus actualizaciones.

d) Sus tarifas por el uso de los derechos conferidos a su gestión, descuentos incluidos.

e) Los contratos generales que tengan suscritos con asociaciones de usuarios y los modelos de contrato que habitualmente se utilicen para cada modalidad de uso de su repertorio.

f) Las reglas de reparto de los importes que deben abonarse a los titulares de derechos.

g) Sus descuentos de gestión y otras deducciones aplicadas a los derechos recaudados.

3.1.3. Metodología para la determinación de las tarifas generales

(148) El artículo 164.4 del TRLPI establece que "[l]a metodología para la determinación de las tarifas generales [de las entidades de gestión colectiva] se aprobará mediante orden del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, previo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos".

(149) El cumplimiento de esta disposición del TRLPI se realizó mediante la aprobación de la Orden ECD/2574/2015, de 2 de diciembre, por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de gestión

de derechos de propiedad intelectual[135] (en adelante, la "Orden ECD/2574/2015").

(150) No obstante, esta Orden ministerial fue declarada nula por la Sentencia número 508/2018 del Tribunal Supremo[136], "por haber infringido en su tramitación, y más en concreto en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo, la Disposición adicional décima: Impacto de las normas en la familia", de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, al no incluir el impacto de la normativa en la familia.

(151) La nulidad de la Orden ECD/2574/2015 declarada por el Tribunal Supremo es una nulidad formal que no afecta a los principios sustantivos recogidos en el artículo 164 del TRLPI respecto a la determinación de las tarifas generales por parte de las entidades de gestión. Estos principios reflejan en gran medida el contenido tanto del TRLPI como de los precedentes de las resoluciones de la autoridad de competencia en la materia. En concreto, estos principios "*reproducen desarrollos jurisprudenciales ya asentados en relación con el abuso de posición de dominio que las entidades de gestión poseen en relación con los mercados de gestión de derechos de propiedad intelectual y venían aplicándose desde tiempo atrás, a la luz de la normativa de defensa de la competencia y la jurisprudencia*"[137]. En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo (Sala Primera) en un caso análogo[138].

(152) Entre estos principios conviene destacar la necesidad de que las entidades de gestión determinen unas tarifas generales simples y claras para la remuneración de su repertorio. Es decir, que las tarifas han de ser comprensibles para el usuario, de manera que este pueda identificar, en cada caso, el derecho respecto de las obras y prestaciones del repertorio de la entidad de gestión, la modalidad de explotación a que se aplican y los componentes en los que se desglosa la tarifa.

---

[135] Un borrador de dicha Orden fue analizado por la CNMC en el IPN/CNMC/020/15 https://www.cnmc.es/expedientes/ipncnmc02015.

[136] Sentencia del Tribunal Supremo número 508/2018 de 22 de marzo de 2018 (ECLI;ES:TS:2018:508).

[137] Informe IPN/CNMC/0020/15 e Informe CNMC en el procedimiento de determinación de tarifas de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual E/2017/002 TELEFÓNICA, S.A.U.-EGEDA, noviembre 2019.

[138] Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2015, en relación a la anulación de la Orden PR/1743/2008, de 18 de junio sobre copia privada, anulada por ausencia de emisión del informe del Consejo de Estado (rec. 1402/2013): "*Declarada nula la Orden Ministerial, en este caso porque no se había recabado el preceptivo dictamen del Consejo de Estado, puede reclamarse la compensación por copia privada, sin perjuicio de que esta deba ser equitativa, y que para ello pueda atenderse a los mismos criterios o parámetros que la regla 4ª prevé debían ser tenidos en cuenta para elaborar la Orden Ministerial. Y bajo esta consideración, no existe inconveniente en guiarse de forma orientativa por lo previsto en la Orden Ministerial, aunque no esté vigente, y admitir que pueda discutirse su carácter equitativo*" [énfasis añadido]. En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2015 (rec. 1493/2013).

(153) Además, el importe de las tarifas generales debe ser razonable, es decir, atender al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad del usuario y buscar el justo equilibrio entre usuarios y la entidad de gestión colectiva correspondiente. Para ello, ese importe debe atender, como mínimo, a los siguientes criterios expresamente previstos en el artículo 164.3 del TRLPI:

"*a) El grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.*

b) La intensidad y relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.

c) La amplitud del repertorio de la entidad de gestión. A estos efectos, se entenderá por repertorio las obras y prestaciones cuyos derechos gestiona una entidad de gestión.

d) Los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio.

e) El valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de tarifas.

f) Las tarifas establecidas por la entidad de gestión con otros usuarios para la misma modalidad de uso.

g) Las tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros Estados miembros de la Unión Europea para la misma modalidad de uso, siempre que existan bases homogéneas de comparación."

(154) Por lo tanto, en la determinación del valor económico de la utilización de obras protegidas en el establecimiento de tarifas generales es imprescindible tener en cuenta el grado de uso efectivo, la intensidad de uso, la relevancia de uso y la amplitud del repertorio, así como los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del mismo.

(155) Con fecha 6 de abril de 2023 ha entrado en vigor la Orden CUD/330/2023, de 28 de marzo, por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual por la utilización de su repertorio y el contenido de la memoria económica que debe acompañar a las tarifas generales[139].

(156) La Orden CUD/330/2023 incluye, entre otras cuestiones, los criterios para el establecimiento del importe de las tarifas generales, la estructura tarifaria y las reglas para establecer cada tipo de tarifa (uso efectivo, uso por disponibilidad y uso puntual), así como el contenido mínimo de la memoria económica justificativa que habrá de publicarse junto con las tarifas.

(157) En lo que se refiere a la amplitud del repertorio, el artículo 5.4 de la Orden CUD/330/2023 establece:

[139] Un borrador de dicha Orden fue analizado por la CNMC en el IPN/CNMC/013/22 https://www.cnmc.es/expedientes/ipncnmc01322

"4. La amplitud del repertorio estará referida a la proporción de obras y prestaciones protegidas cuyos derechos son gestionados por una determinada entidad de gestión. Para los derechos de gestión colectiva obligatoria, podrá presumirse que se gestiona un repertorio de amplitud universal cuando haya una sola entidad de gestión autorizada para la gestión de los citados derechos. Si existen varias entidades autorizadas para la gestión de una misma categoría de derechos de gestión colectiva obligatoria, la amplitud del repertorio deberá determinarse para cada entidad. A efectos de facilitar esta determinación, se tendrá en cuenta la información que deba publicarse en la página web de la entidad de gestión de acuerdo con el artículo 185.g) del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual."

(158) Las entidades de gestión deberán adaptar las tarifas generales a lo establecido en la Orden CUD/330/2023 en un plazo de tres meses, en los términos señalados en su Disposición Adicional Segunda.

3.2. Principios para la definición de mercado

3.2.1. Mercado de producto

(159) La definición de mercado relevante trata de determinar los límites de la competencia entre empresas identificando las presiones competitivas inmediatas a las que se enfrentan.

(160) El concepto de mercado de producto relevante implica que existe una competencia efectiva entre los productos o servicios que forman parte del mismo, debido a que, atendiendo al uso específico de dichos productos o servicios, existe un grado suficiente de sustituibilidad entre ellos.

(161) Un análisis de este tipo no se puede limitar a examinar las características objetivas de los productos y servicios en cuestión, sino que también debe tener en cuenta las condiciones competitivas y la estructura de la oferta y la demanda.

(162) En este sentido, las empresas se ven sometidas a tres fuentes principales de presiones competitivas: la sustituibilidad de la demanda, la sustituibilidad de la oferta y la competencia potencial.

(163) Desde una perspectiva económica, para la definición del mercado relevante, la sustituibilidad de la demanda es el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los proveedores de un determinado producto[140]. Así, la sustituibilidad de los productos o servicios a efectos de la definición del mercado relevante debe evaluarse, principalmente, desde la perspectiva de la demanda de los consumidores.

(164) Desde esta perspectiva, los factores que pueden tenerse en cuenta son la naturaleza y las características técnicas de los productos o servicios en cuestión, las preferencias de los consumidores, los costes y barreras de cambio, los hechos observados en el mercado, el historial del desarrollo de dichos productos

[140] 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), párrafo 13 ("**Comunicación sobre la definición de mercado**").

o servicios y también la práctica comercial de la empresa[141]. Además, el hecho de que existan en el mercado empresas independientes especializadas en la fabricación y la venta del producto o servicio es un "importante indicio" de la existencia de un mercado distinto para ese producto o servicio[142].

(165) Por otro lado, la sustituibilidad de la oferta también puede tenerse en cuenta al definir mercados en ciertos casos (particularmente, en los casos en los que sus efectos son equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en términos de eficacia y de respuesta inmediata). Existe sustituibilidad por el lado de la oferta cuando los proveedores pueden pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos a corto plazo, sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos, en respuesta a pequeñas variaciones relativas en precios o condiciones de la demanda. Cuando se cumplan estas condiciones, la producción adicional que se comercialice tendrá un efecto restrictivo sobre el comportamiento competitivo de las empresas afectadas.

(166) La tercera fuente de presión competitiva, la competencia potencial, no se tiene en consideración para la definición del mercado, puesto que las condiciones en que la competencia potencial representará realmente una presión competitiva dependen del análisis de factores y circunstancias específicas relacionados con las condiciones de acceso. En caso necesario, este análisis no se lleva a cabo hasta una fase posterior, una vez que se haya determinado la posición de las empresas que participan en el mercado de referencia y dicha posición plantee problemas desde el punto de vista de la competencia[143].

(167) La existencia de otras presiones competitivas indirectas podrá tenerse en cuenta en el análisis competitivo, pero no formará parte del mercado[144].

---

[141] Sentencia de 17 de septiembre de 2007, *Microsoft v Comisión*, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, apartado 925. Además, la Comunicación sobre la definición del mercado relevante, párrafos 38 a 43, señala también los siguientes elementos: (i) elementos de prueba de una sustitución en un pasado reciente; (ii) ensayos cuantitativos específicamente concebidos para delimitar los mercados; (iii) opiniones de clientes y competidores; (iv) preferencias de los consumidores; (v) obstáculos y costes relacionados con el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutivos; y (vi) diferentes categorías de clientes y discriminación de precios.

[142] Sentencia de 17 de septiembre de 2007, *Microsoft v Comisión*, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, apartado 927.

[143] Comunicación sobre la definición del mercado, párrafo 24.

[144] Así, como se establece en el párrafo 13 de la Comunicación de definición de mercado "*para la definición de mercado de referencia, la sustituibilidad de la demanda es el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los suministradores de un determinado producto*". A su vez, el párrafo 14 establece "*as presiones derivadas de la sustituibilidad de la oferta distintas de las descritas en los puntos 20 a 23 y de la competencia potencial son generalmente menos inmediatas y, en cualquier caso, requieren el análisis de otros factores. Por esta razón, estas presiones se contemplan en la fase de valoración del análisis de los asuntos de competencia*". De esta forma, no cabe confundir la determinación de presiones competitivas inmediatas que vendrán dadas por la sustituibilidad por el lado de la demanda con la competencia potencial que de acuerdo con el párrafo 214 de esta comunicación "*no se*

3.2.2. Mercado geográfico

(168) El mercado geográfico relevante comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios en cuestión, 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[145].

3.3. Aplicación al caso

(169) Las conductas que se analizan en el presente expediente guardan relación con la forma en que la SGAE participa en la gestión de los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de contenidos musicales y audiovisuales y en la concesión de autorizaciones.

(170) La gestión de derechos por parte de las entidades de gestión y OGIs opera respecto a dos ámbitos distintos que se influyen recíprocamente.

- Por un lado, conciertan contratos de gestión con los titulares de derechos, lo que les permite administrar los derechos.

- Por otra parte, contratan con usuarios la concesión de autorizaciones para permitirles la utilización no exclusiva de las obras y prestaciones cuyos derechos forman parte de su repertorio.

(171) De este modo, las entidades de gestión y los OGIs, a partir de contratos de gestión celebrados con distintos titulares de derechos aguas arriba, gestionan un repertorio de obras y prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual que constituyen un insumo productivo para múltiples usuarios, que las utilizan en el desarrollo de sus actividades, configurándose un mercado aguas abajo de concesión de autorizaciones de uso de obras y prestaciones del repertorio.

(172) La configuración de las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual y los OGIs como operadores económicos que actúan en un mercado de dos caras debería llevar a una competencia simultánea por captar derechos para su repertorio y usuarios para sus autorizaciones.

---

tiene en consideración para la definición de los mercados, puesto que las condiciones en que la competencia potencial representará realmente una presión dependen del análisis de factores y circunstancias específicas relacionados con las condiciones de acceso". En similares términos se formula el proyecto de nueva Comunicación sobre definición de mercado relevante hecha pública el 8 de marzo de 2022 ("**Proyecto de nueva Comunicación sobre definición de mercado**") al señalar que "*el principal objetivo de la definición de mercado es determinar de forma sistemática las limitaciones inmediatas que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia cuando ofrecen ciertos productos en un área determinada*".

[145] Comunicación sobre la definición del mercado, párrafo 8.

(173) Esta configuración se explica por una serie de factores (véase apartado 3.1.2), entre los que se incluyen factores legales (como la reserva ciertos derechos de gestión colectiva obligatoria a las entidades de gestión) y factores económicos, (como los elevados costes de transacción que supondría el que los autores de las obras y los usuarios de las mismas debieran negociar de forma atomizada y descentralizada sobre las condiciones de uso además de tener que verificar su cumplimiento), lo que a su vez repercutiría en el aumento de costes en el caso de fijar tarifas por uso efectivo. Ello hace que la alternativa de gestión individual sea residual respecto a la gestión colectiva[146].

3.3.1. Mercados aguas arriba de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores de obras musicales y de autores de obras audiovisuales

3.3.1.1. Mercado de producto

(174) La competencia por la captación de derechos de propiedad intelectual para su gestión se realiza entre las entidades de gestión y OGIs (excepto en los derechos de gestión colectiva obligatoria), para integrarlos en su repertorio. Estas entidades serían las demandantes en este mercado, siendo los oferentes los propios autores u otros titulares de derechos, pudiendo actuar también como oferentes otras entidades de gestión incluidas las entidades extranjeras a través de los oportunos acuerdos de representación. Por tanto, se configuran mercados aguas arriba de gestión de los derechos de propiedad intelectual.

(175) En lo que se refiere a los demandantes es necesario diferenciar entre los derechos de gestión colectiva voluntaria y los derechos de gestión colectiva obligatoria.

- En los derechos de gestión colectiva voluntaria, los demandantes serían las entidades de gestión colectiva autorizadas (como DAMA o la SGAE) y otros agentes (como los operadores de gestión independiente u OGIs como UNISON, las entidades de gestión de ámbito autonómico, y las entidades de gestión no nacionales).

- En los derechos de gestión colectiva obligatoria, la situación competitiva se encuentra más limitada, dado que, por el lado de la demanda, los OGIs no compiten con las entidades de gestión por la captación de estos derechos, puesto que su gestión se encuentra reservada a las entidades de gestión colectiva. Las entidades de gestión colectiva extranjeras que pretendan gestionar esta clase de derechos en España deberían obtener una autorización conforme prescribe el artículo 151 del TRLPI. De esta manera, en los casos en los que exista más de una entidad de gestión colectiva para un mismo tipo de derecho de gestión colectiva obligatoria, estas entidades habilitadas podrían

[146] Véase asimismo la Resolución del Consejo de la CNMC S/0460/13 (SGAE-CONCIERTOS, de 6 de noviembre de 2014), sobre las dificultades de la gestión directa por parte de los autores.

competir entre sí por captar derechos, ya que nada impide que los titulares de estos derechos puedan encomendar su gestión a una u otra entidad.

(176) Desde la perspectiva de los autores y titulares de derechos, éstos actúan como demandantes de servicios de gestión de derechos y las entidades de gestión y OGIs como oferentes de servicios de gestión.

(177) Se puede considerar un mercado separado para los distintos tipos de obras o prestaciones protegidas. Ello se debe a la falta de sustituibilidad por el lado de la demanda entre los derechos correspondientes a los diferentes tipos de obras.

(178) En los mercados aguas abajo, para los demandantes de autorizaciones de uso de derechos, los diferentes tipos de obras no son sustitutivos. A modo de ejemplo, para una empresa de radiodifusión sonora resultan relevantes los derechos correspondientes a obras musicales. Sin embargo, esa empresa no demandará en general derechos correspondientes a otra clase de obras como, por ejemplo, libros, obras cinematográficas o audiovisuales, esculturas u obras de pintura u otras recogidas en el artículo 10 del TRLPI.

(179) Por ello, desde la perspectiva de las entidades que gestionan derechos y demandan derechos de los autores, los derechos correspondientes a cada tipo de obra no serán sustituibles entre sí, puesto que los derechos de las diferentes obras protegidas satisfacen necesidades diferentes en los mercados descendentes.

(180) Tampoco existe sustituibilidad por el lado de la oferta. La acción creativa por los autores está vinculada al talento de cada autor (escritores, compositores, escultores, pintores, fotógrafos, etc.), de manera que, con carácter general, los autores están especializados en la creación de un tipo de obra diferente. Incluso dentro de una misma categoría de actividad puede existir un elevado grado de especialización, por ejemplo, entre escritores de libros y guionistas cinematográficos.

(181) De acuerdo con todo ello, la gestión de derechos de propiedad intelectual correspondiente a los diferentes tipos de obras protegidas corresponderá, en general, a mercados diferenciados.

(182) También procede realizar una segmentación entre las diferentes categorías, modalidades o tipos de derechos de propiedad intelectual que contempla el TRLPI, debido a la falta de sustituibilidad entre cada uno de ellos.

(183) Por ejemplo, en el caso de los derechos exclusivos de explotación (de gestión colectiva voluntaria) a que se refiere el artículo 17 del TRPLI, cada una de las cuatro modalidades de explotación que se detallan en los artículos 18 a 21 de la Ley (reproducción, distribución, comunicación pública y transformación) responde a necesidades diferentes de los usuarios finales y no resultan intercambiables entre sí, como se analizará más adelante.

(184) Tampoco serían sustituibles los derechos exclusivos de explotación del artículo 17 del TRLPI con los derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales del artículo 90. Por ejemplo, el hecho de que un usuario disponga

de una autorización para la comunicación pública de una obra audiovisual del artículo 20 del TRLPI no le exonera de satisfacer el derecho de remuneración de los autores de la obra según el artículo 90.4 del mismo texto legal.

(185) El propio artículo 157 del TRLPI prevé que en el contrato de gestión *"el titular de derechos deberá dar consentimiento explícito, por escrito, para cada derecho, categoría de derechos o tipo de obra o prestación cuya gestión encomienda a la entidad y respecto de los territorios de su elección"*, de manera que el titular de los derechos de una determinada obra podría encomendar a determinadas entidades de gestión u OGIs ciertos derechos o modalidades de explotación sobre la obra, y a otra entidad otros derechos o modalidades.

(186) Sin embargo, la práctica del mercado es que los autores encomienden a una determinada entidad de gestión la gestión de las diferentes modalidades de explotación de sus obras.

(187) La mayor parte de las nueve entidades de gestión colectiva actualmente autorizadas se han especializado en la gestión de derechos de una determinada categoría o grupo diferente de derechos, correspondientes a determinados autores, intérpretes o ejecutantes, o productores.

1. SGAE (Sociedad General de Autores y Editores): representa editores y autores de obras musicales, audiovisuales, literarias, dramáticas y coreográficas.
2. CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos): representa editores y autores de obras impresas.
3. VEGAP (Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos): representa autores de obras de la creación visual.
4. DAMA (Derechos de Autor de Medios Audiovisuales): representa directores y guionistas de obras audiovisuales.
5. AIE (Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España): representa artistas intérpretes o ejecutantes musicales.
6. AISGE (Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión): representa artistas intérpretes o ejecutantes actorales.
7. AGEDI (Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales): representa productores de fonogramas.
8. EGEDA (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales): representa productores audiovisuales
9. SEDA (Sociedad Española de Derechos de Autor): representa a autores de obras musicales.

(188) Las entidades que gestionan derechos diferentes compiten en mercados distintos. No obstante, al concurrir en la gestión de ciertos derechos, la SGAE y DAMA actuarían en los mismos mercados en el ámbito de derechos de directores y autores del argumento (guionistas) de obras audiovisuales, y la SGAE y SEDA en el ámbito de los derechos de autores de obras musicales.

(189) Por su parte, de conformidad con la información proporcionada por el Ministerio de Cultura y Deporte[147], existen hasta la fecha cinco OGIs que han comunicado el inicio de sus actividades en España:

- Soundreef (Reino Unido)
- Unison Rights (España)
- MPLC (España)
- Jamendo (Luxemburgo)
- Sugarpod (España)

(190) De acuerdo con lo anterior, en lo que hace referencia al presente expediente resultan relevantes:

- el mercado de gestión de derechos de autores y otros titulares de derechos sobre obras musicales (de gestión colectiva voluntaria), y
- los mercados de gestión de derechos de remuneración (de gestión colectiva obligatoria) previstos en el artículo 90.4 del TRLPI correspondientes a cada uno de los tres tipos de autores de obras audiovisuales a que se refiere el artículo 87 del TRLPI (directores, guionistas y compositores de obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual).

(191) Esta definición resulta consistente con el precedente S/DC/0590/16[148] en el cual ya se contemplaba una segmentación del mercado atendiendo a los diferentes tipos de obras y de autores y a los tipos de derechos. Cabe señalar que una consideración conjunta de directores y guionistas no alteraría las conclusiones del análisis.

---

[147] https://www.culturaydeporte.gob.es/cultura/propiedadintelectual/gestion-colectiva/operadores-gestion.html

[148] Resolución del Consejo de la CNMC de 30 de mayo de 2019

https://www.cnmc.es/expedientes/sdc059016

Por último, esta sala coincide con la DC en la necesidad de diferenciar, en estos mercados aguas arriba de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores y editores, el mercado referido a la reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales, y el referido a la reproducción y comunicación pública correspondiente a las obras musicales. Pese a que el régimen jurídico aplicable a estos dos mercados es análogo, tal y como se refleja en el título VI de la sección segunda del libro Primero del TRLPI, la diferenciación entre ambos vendría determinada en función de la titularidad de los derechos. Así, mientras que en el caso de los derechos sobre obras audiovisuales la titularidad corresponde a los directores-realizadores y a los guionistas y argumentistas (así como a los derechohabientes de ambos), en el caso de las obras musicales su titularidad corresponde a autores, compositores y editores.

3.3.1.2. Mercado geográfico

(192) En el marco del precedente S/DC/0590/16 se consideró que el ámbito geográfico relevante de los mercados de producto definidos es nacional.

(193) En línea con este precedente, se estima que el ámbito del mercado geográfico relevante en el presente expediente es igualmente nacional.

(194) En primer lugar, las tres entidades de gestión que operan en alguno de los mercados antes definidos son la SGAE, DAMA y SEDA. Éstas desarrollan su actividad, de acuerdo con sus estatutos, en el territorio español y, en el caso de la SGAE y DAMA, gestionan el repertorio de éstas en España [149].

(195) Por tanto, aunque tengan encomendada la gestión de derechos en un ámbito territorial amplio[150], en la práctica desarrollan la gestión directa únicamente en el territorio español, realizando su gestión en el extranjero las entidades homólogas con acuerdos recíprocos y de acuerdo con cada normativa nacional.

(196) Por otro lado, otro elemento que delimita el ámbito geográfico del mercado objeto de estudio son las diferencias en los regímenes jurídicos aplicables, que pueden determinar discordancias significativas entre la gestión de derechos entre países, más allá del reconocimiento genérico de un derecho de autor, y que justificarían actualmente la consideración de mercados nacionales.

(197) En el caso español, el requisito de obtención de la oportuna autorización del Ministerio de Cultura y Deporte para poder desarrollar la actividad las distintas entidades de gestión (y régimen de notificación de inicio de actividad para los OGIs), actúa como un delimitador del mercado, caracterizando su carácter nacional y uniforme.

(198) Precisamente, en el artículo 148 del TRLPI, entre otros, se pone de manifiesto que el ámbito principal de acción y la cobertura de dicha norma es el territorio español, al afirmar que la condición para obtener la autorización pertinente que la entidad solicitante debe reunir es para asegurar la eficaz administración de los derechos, cuya gestión le va a ser encomendada, en todo el territorio español.

---

[149] La SGAE afirma en su web tener suscritos más de 200 acuerdos de reciprocidad con otras sociedades de autor extranjeras de más de 140 países: (ver http://www.sgae.es/es-ES/SitePages/corp-yocreo.aspx)

DAMA afirma en su web tener suscritos acuerdos de reciprocidad en el ámbito audiovisual con entidades de Reino Unido, Francia, México, Argentina, Canadá, Japón, Polonia, Brasil, Suiza y Colombia, entre otros. (Ver http://www.damautor.es/socios/#tab-1435781893437-5-0).

SEDA no señala en sus informes tener suscrito ningún acuerdo de esta índole (folios 12802-12919).

[150] De hecho, los contratos de gestión se refieren a cesiones o mandatos de derechos para cualquier territorio.

3.3.2. Mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones de uso de los derechos de reproducción y comunicación pública de obras musicales y de gestión de los derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales

3.3.2.1. Mercado de producto

(199) Como se ha señalado, a partir de contratos de gestión celebrados con los distintos titulares de derechos, las entidades de gestión y otros agentes (en particular los OGIs) administran su repertorio de obras y derechos que constituyen un insumo productivo para los usuarios que utilizan estas obras y prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual en el desarrollo de sus actividades.

(200) Serían operadores demandantes en estos mercados, por ejemplo, los prestadores del servicio de comunicación audiovisual radiofónico y del servicio de comunicación audiovisual televisivo, plataformas digitales (Internet y móviles, redes digitales interactivas), establecimientos de hostelería, restauración y comercio minorista (por ejemplo, para música de fondo, amenización, etc.).

(201) Los principales oferentes del mercado son las entidades de gestión colectiva de ámbito nacional. También en ciertos tipos de derechos son oferentes en el mercado las entidades de gestión de ámbito autonómico, y en el caso de los derechos de gestión colectiva voluntaria, los OGIs, si bien la presencia de estos agentes en el mercado es reducida. En casos muy puntuales, los propios autores u otros titulares de obras concretas podrían explotar de manera directa sus derechos correspondientes a ciertas obras mediante acuerdos directos con determinados usuarios, si bien esta alternativa se produce con carácter muy excepcional debido a los elevados costes de transacción. Indica ATRESMEDIA que, aunque en términos generales está de acuerdo con que sea una alternativa excepcional, son habituales para ciertas televisiones generalistas sin que conlleven costes de transacción relevantes[151]. Podrían ser también potenciales oferentes las entidades de gestión extranjeras, pese a que no consta que ninguna de ellas tenga presencia en el mercado español, gestionándose en España los derechos correspondientes a estas entidades (habitualmente derechos de autores no residentes en España) por parte de entidades de gestión españolas en virtud de acuerdos de representación. Sí han realizado la comunicación de actividad en nuestro país dos OGIs no establecidos en España que gestionarían de manera directa sus derechos en nuestro país.

(202) Las entidades de gestión y otros agentes que gestionan derechos conceden a los usuarios autorizaciones no exclusivas de uso de sus repertorios (en el caso de derechos exclusivos de explotación), y en el caso de las entidades realizan la gestión y cobro de los derechos de remuneración que pudieran corresponder a los titulares de los derechos.

[151] Alegaciones de Atresmedia al PCH. Folio 17.767.

(203) Al igual que en el caso del mercado aguas arriba, y como ya se anticipaba en el análisis de esos mercados, desde el punto de vista de la demanda no existe sustituibilidad entre las diferentes tipologías de obras.

(204) Cada usuario demandará un tipo específico de obras según la actividad que desarrolle, por ejemplo, un canal de televisión demandará principalmente derechos sobre obras musicales o audiovisuales, sin que pueda sustituirlos entre sí o por otros derechos (por ejemplo, los de obras literarias, de escultura o pintura).

(205) Tampoco existe sustituibilidad entre los distintos derechos o modalidades de explotación de obras o prestaciones protegidas.

(206) En el caso de los derechos de explotación previstos en los artículos 17 a 21 del TRLPI, puede establecerse una segmentación atendiendo a las diferentes modalidades de explotación. Ello porque atendiendo a la actividad del usuario requerirá de unas determinadas modalidades y no de otras, de manera que las diferentes modalidades no son sustituibles entre sí.

(207) A modo de ejemplo, para una actividad de venta de música, libros u otros contenidos en soportes físicos tangibles será determinante la modalidad de distribución, sin que el usuario pueda desarrollar su actividad mediante la explotación de derechos del resto de modalidades. Sin embargo, para un prestador del servicio de comunicación audiovisual radiofónico serán determinantes los derechos de comunicación pública y de reproducción, sin que puedan ser sustituidos por los derechos de distribución o transformación.

(208) Tampoco los derechos exclusivos de explotación pueden ser sustituidos por los derechos de remuneración. Por ejemplo, en el caso de las obras audiovisuales, un usuario al que se hayan concedido los derechos de reproducción y/o comunicación pública de una obra audiovisual por parte de sus titulares (típicamente productores según los artículos 120 a 125 del TRLPI) no está eximido de satisfacer los derechos de remuneración que corresponden a los autores de la obra audiovisual previstos en el artículo 90.4 del TRLPI, pues se trata de derechos y prestaciones diferenciados.

(209) Por último, es posible segmentar el mercado atendiendo a las diferentes categorías de usuarios que demandan autorizaciones de uso o derechos de remuneración. Para un determinado tipo de obra y un determinado tipo de derecho las necesidades de determinados colectivos de demandantes presentan notables diferencias en aspectos como el grado e intensidad de uso de los derechos y su relevancia para sus propias actividades.

(210) Estas diferencias tienen su reflejo en la determinación de las tarifas y condiciones de uso de los repertorios. En particular, el propio TRLPI en su artículo 164.3 establece determinados criterios para la determinación de las tarifas generales. Entre estos criterios pueden destacarse:

- El grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.

- La intensidad y relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.

- Los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio.

(211) A modo de ejemplo, entre los posibles demandantes de autorizaciones de uso de obras musicales correspondientes al derecho de comunicación pública existen notables diferencias en cuanto a la relevancia para su actividad y los ingresos obtenidos por la explotación el repertorio entre un prestador del servicio de radiodifusión sonora y usuarios que puedan hacer uso del repertorio musical como amenización de carácter secundario en determinados locales o recintos (como por ejemplo aeropuertos, estaciones de autobuses, recintos sanitarios, grandes superficies comerciales, etc.). También existen notables diferencias entre aquellos usuarios que realicen un uso habitual de los derechos de aquellos que hagan un uso ocasional (por ejemplo, entre un prestador del servicio de televisión y el organizador de un evento que se realiza de manera esporádica).

(212) Atendiendo a las previsiones legales y a esta realidad, las entidades que conceden autorizaciones de uso de sus repertorios ofrecen tarifas generales diferenciadas según diversas categorías de usuarios, de manera que las tarifas no son intercambiables para las diferentes categorías de usuarios.

(213) De esta manera, para un determinado tipo de obra y un determinado tipo de derechos podrán definirse mercados diferenciados para determinadas categorías homogéneas de usuarios desde la perspectiva del tipo de uso de los derechos y de su relevancia para su actividad.

(214) Por el lado de la oferta, tampoco se verifica la existencia de sustituibilidad para la concesión de derechos de uso de los diferentes tipos de obras y prestaciones, o la gestión de derechos de remuneración.

(215) Si bien desde un punto de vista conceptual una entidad de gestión de derechos de un determinado tipo podría gestionar y ofrecer autorizaciones de uso de derechos de otro tipo o gestionar los derechos de remuneración, esta posibilidad conlleva elevados costes, en especial, en términos de captación de derechos, y con unos plazos prolongados.

(216) El mercado presenta importantes barreras de entrada, debido principalmente a la necesidad de conseguir un repertorio de derechos de la suficiente amplitud que resulte atractivo para los usuarios.

(217) Como se ha señalado, las entidades de gestión se encuentran especializadas en la gestión de un determinado tipo o conjunto de derechos. Aguas arriba el mercado se encuentra muy atomizado con la existencia de gran número de autores y otros titulares de derechos y una gran cantidad de obras. De la misma manera los derechos de autores no españoles o no residentes en España suelen estar atribuidos a un gran número de entidades de gestión establecidas en los diferentes países. La consecución de un repertorio atractivo exige por tanto formalizar un gran número de contratos de gestión con autores o titulares de los

derechos[152], o bien acuerdos de representación con entidades de gestión extranjeras quienes en general dispondrán ya de contratos de gestión en vigor con otras entidades.

(218) Si bien el TRLPI, en particular su artículo 158, establece determinadas previsiones para facilitar que los autores puedan encomendar la gestión de sus derechos a distintas entidades de manera más flexible (duración máxima de los contratos, revocación del contrato de gestión, etc.), en la práctica resulta costoso en tiempo y recursos para los potenciales nuevos oferentes conseguir un repertorio apreciable.

(219) Por otra parte, existen ciertos condicionantes de tipo legal, ya que el ejercicio de la actividad de entidad de gestión está sometida a determinados requisitos y sujeta a una autorización administrativa previa regulados en los artículos 147 a 149 del TRPLI. También los OGIs están sujetos a determinadas obligaciones y a una comunicación previa al inicio de su actividad en los términos previstos en el artículo 153 del TRLPI.

(220) Por tanto, se considera adecuado diferenciar los mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones de uso y gestión de derechos de remuneración atendiendo a los diferentes tipos de obras y prestaciones protegidas, la categoría o tipo de derecho y la categoría de usuarios.

(221) A los efectos del presente expediente se considera que existen estos mercados aguas abajo[153]:

- Un mercado de producto relevante de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual radiofónico.

- Un mercado de producto relevante de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual de televisión (lineal o a petición).

- Un mercado de producto relevante de gestión de derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales a que se refiere el artículo 90.4 del TRLPI para el servicio de comunicación audiovisual de televisión (lineal o a petición).

(222) Esta segmentación del mercado resulta consistente con los precedentes de los expedientes S/DC/0590/16 y S/0466/13.

---

[152] A modo de ejemplo, en 2022 la SGAE contaba con 132.511 socios directos. Durante 2022 los autores han registrado en la SGAE 2.221.317 obras de nueva creación, y 2.909.360 modificaciones de piezas preexistentes.

Véase Memoria-Informe de gestión SGAE 2022 https://www.sgae.es/sobre-sgae/somos-transparentes/. Folios 12.187-12.289

[153] Véase la definición de servicio de comunicación radiofónico y televisivo (lineal o a petición) realizada por la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, que parece consistente con la práctica de las entidades de gestión a la hora de determinar sus tarifas y contratos.

(223) Cabría realizar una segmentación de los mercados relativos a usuarios que hacen uso de los derechos para la prestación de servicios de comunicación audiovisual de televisión, según se trate de televisión lineal o a petición (ya sea en abierto o de pago). Sin embargo, esta posible segmentación puede quedar abierta por no afectar a las conclusiones del análisis.

3.3.2.2. Mercado geográfico

(224) En el marco del precedente S/DC/0590/16 se consideró que el ámbito geográfico relevante de los mercados de producto definidos es nacional.

(225) En relación con los usuarios que conforman la demanda en los mercados aguas abajo, su ámbito de acción viene determinado por el ámbito en el que se desarrolla la actividad en la que se hace uso de los correspondientes derechos. En los casos señalados, los principales usuarios tanto en el ámbito radiofónico como en el televisivo prestan sus servicios en todo el territorio nacional.

(226) Por otra parte, a efectos del presente expediente, tal y como ocurría en el S/DC/0590/16, se puede considerar respecto de la delimitación del ámbito geográfico que el mercado relevante es también nacional, dado que las condiciones de contratación son homogéneas en todo el país, y así lo han reflejado diversos precedentes de la autoridad de competencia[154].

(227) En particular, los convenios suscritos por las entidades de gestión con las asociaciones sectoriales[155] y los acuerdos con operadores de radio, TV[156] y plataformas V.O.D[157] tienen habitualmente un ámbito de acción nacional, no haciendo distinciones en base a territorios de menor magnitud.

3.4. Estructura de mercado

3.4.1. Mercados aguas arriba de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores de obras musicales y de autores de obras audiovisuales

(228) A continuación, se describirán los mercados aguas arriba en el ámbito de obras musicales y audiovisuales bajo diferentes parámetros: i) principalmente, el importe de los derechos repartidos a los autores, complementado con ii) el número de autores y iii) el volumen de obras del repertorio de cada entidad. En

[154] Expedientes: S/0157/09 EGEDA, S/0466/13 SGAE Autores, S/0460/13 SGAE Conciertos y S/DC/0590/16.

[155] A modo ilustrativo, el Anexo al Acuerdo firmado entre la SGAE y la AERC (folio 10.769, confidencial salvo para AERC y la SGAE.

[156] A modo ilustrativo, escrito de respuesta de Mediaset, versión confidencial folio 7.888, versión no confidencial folio 9.380; escrito de respuesta Atresmedia folio 7.257 versión confidencial.

[157] Anexo 1 Acuerdo Amazon folio 8.998 confidencial; escrito de respuesta Telefónica folio 7.859 versión no confidencial, 7.855 versión confidencial, 9.336 versión no confidencial; escrito de respuesta NETFLIX folio 7022 versión confidencial, folio 7.227 versión no confidencial.

el ámbito de las obras audiovisuales se utilizarán también los datos del repertorio ponderado por el uso.

3.4.1.1. Mercado aguas arriba de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales

(229) En este mercado existen dos entidades de gestión autorizadas a nivel nacional que tienen como objeto la gestión de estos derechos, que son la SGAE[158] y SEDA[159]. Esta última recibió la autorización para actuar como entidad de gestión el 30 de agosto de 2020. Habida cuenta que en el momento en el que le fue concedida la autorización todos los socios de SEDA tenían encomendada la gestión de sus derechos a otra entidad y no podían encomendarla a SEDA antes del 1 de enero de 2021, puede apreciarse *infra* cómo no hay actividad relevante de esta entidad en estos mercados antes de esa fecha[160].

(230) En sus alegaciones al PCH, UNISON subraya que considera pertinente matizar la información aportada en relación con SEDA para dejar mayor constancia de que la entidad no ha tenido actividad relevante en el mercado, al menos antes del 31 de diciembre de 2022, fecha de cierre de las cuentas anuales e informes que constan en el expediente.

(231) En relación con esta alegación, cabe señalar que la DC ya había detallado con suficiente claridad en el PCH el peso reducido de SEDA en los mercados analizados, tal y como se reitera en esta resolución (apartado 3.4).

(232) Este Consejo, al igual que ya hizo la DC en la Propuesta de Resolución, concuerda con UNISON en que el peso de SEDA es reducido y quedan incorporados al expediente sus alegaciones y referencias a la información de las cuentas anuales de SEDA.

(233) Como alternativas a las entidades de gestión de ámbito nacional están las entidades de gestión de ámbito autonómico, como EKKI. La Resolución del expediente S/DC/0590/16 ya señalaba que estas entidades han tenido un desarrollo mínimo[161], situación que se mantiene en la actualidad. En este sentido, aunque no se dispone de indicadores directos de la presencia de EKKI en los mercados aguas arriba, su escasa presencia aguas abajo en España en los mercados objeto de este expediente [redacted]

[158] Salvo especificación en contrario los datos de la SGAE en el ámbito musical proceden de la "respuesta de la SGAE" en el folio confidencial 12.927 (folio no confidencial 14.358). Respuesta al requerimiento de la DC (de 24 de abril de 2023, reiterado el 7 de junio y emitida una aclaración el 12 de junio) que tuvo entrada el 25 de mayo de 2023 y complementada el 9, 21-22 de junio y el 7 y 17 de julio.

[159] Salvo especificación en contrario la información de SEDA procede de los "informes de SEDA" sus informes de transparencia, auditoría y gestión y cuentas anuales. Folios 12.802-12.919, 12.459-12.560 y 14.111-14.207.

[160] Véanse, por ejemplo, página 3 del informe anual de transparencia de 2021 (folio 12.906) y páginas 52 y 55 del Informe de Auditoría y Cuentas Anuales de 2022 (folios 12.900 y 12.903).

[161] Véase páginas 20 y 21 de la Resolución de la CNMC de 30 de mayo de 2019 (expediente S/DC/0590/16 DAMA VS SGAE).

[redacted] véase apartado 3.4.2.1) permite aproximar muy bien su presencia aguas arriba.

(234) Los otros operadores presentes en este mercado aguas arriba son los OGIs. UNISON[162] afirma estar plenamente operativa desde 2020 (véase apartado 2.2.2), tal y como muestran los datos obrantes en el expediente[163], con una presencia en cualquier caso limitada en comparación con la de la SGAE. Por su parte, WATERMELON[164] (SUGARPOD) habría tenido una presencia muy limitada todo el periodo en este mercado en España [redacted]

(235) Los otros dos OGIs que operan en este mercado en territorio nacional son SOUNDREEF y JAMENDO[165]. SOUNDREEF[166] asegura tener 43.000 autores y editores en más de 90 países de todo el mundo, de los cuales 26.000 son italianos, por lo que 17.000 autores se dividirían entre más de 90 países. JAMENDO[167] asegura contar con 40.000 artistas de cerca de 150 países en todo el mundo. En ninguno de los dos casos el repertorio (repartido en multitud de países) sería significativo en España. Finalmente, su limitada presencia aguas abajo en España en los mercados objeto de este expediente (estimándose un [redacted]%, véase apartado 3.4.2.1) confirma su escasa relevancia aguas arriba.

3.4.1.1.1. Estructura del mercado según los ingresos repartidos a los autores y editores de obras musicales en España

(236) La Tabla 1 muestra que el peso de la SGAE en 2019-2022 es superior al 90% en lo que respecta al importe de ingresos repartidos en los mercados aguas arriba de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales en España, muy por encima de SEDA (que señala en sus informes y memorias no haber repartido derechos[168]), UNISON y SUGARPOD.

---

[162] Salvo especificación en contrario los datos de UNISON proceden de la "respuesta de UNISON": folios confidenciales 9.665-9.690 (14.290-14.315 en versión no confidencial y 14.316-14.341 en versión confidencial excepto para la SGAE), 11654 (versión no confidencial 11701) y folios no confidenciales 11.646-16.653. Respuesta de UNISON al requerimiento de la DC (de 30 de marzo de 2023, reiterado el 7 de junio) que tuvo entrada el 24 de abril de 2023 y complementada el 19 de junio.

[163] Folio confidencial 11.654 (versión no confidencial 11.701).

[164] Salvo especificación en contrario los datos de SUGARPOD proceden de la "respuesta de SUGARPOD": folios 7.000-7.014. Respuesta de SUGARPOD al requerimiento de la DC (de 30 de marzo de 2023) que tuvo entrada el 13 de abril de 2023.

[165] UNISON estima una presencia mínima de estos operadores en España (folio 10.860).

[166] https://support.soundreef.com/hc/es/articles/360005937257--Qu%C3%A9-es-Soundreef-y-de-qu%C3%A9-se-ocupa-

[167] https://www.jamendo.com/about

[168] Véanse, por ejemplo, página 3 del informe anual de transparencia de 2021 (folio 12.906) y páginas 52 y 55 del Informe de Auditoría y Cuentas Anuales de 2022 (folios 12.900 y 12.903).

Tabla 1. Importe (€) repartido a autores y editores en el mercado de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales en España (incluyendo importes satisfechos a entidades de gestión extranjeras)

[redacted]

	Importe repartido a autores/titulares							
	2019		2020		2021		2022	
	Importe (€)	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**
SGAE	**CONF**	**90%-100%**	**CONF**	**90%-100%**	**CONF**	**90%-100%**	**CONF**	**90%-100%**
SEDA	0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
UNISON	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%
SUGARPOD	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%
Total	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**

Elaboración propia a partir de información del expediente[169]

(237) Con ánimo de exhaustividad, la Tabla 2 muestra los datos excluyendo importes satisfechos a entidades de gestión extranjeras (para el caso de que la información del resto de operadores no fuera rigurosamente comparable en lo que respecta al ámbito internacional). Se aprecia que ello no alteraría las conclusiones del análisis y que la cuota de la SGAE es en cualquier caso superior al 90%.

Tabla 2. Importe (€) repartido a autores y editores en el mercado de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales en España (sin incluir importes satisfechos a entidades de gestión extranjeras)

[redacted]

	Importe repartido a autores/titulares							
	2019		2020		2021		2022	
	Importe (€)	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**
SGAE	**CONF**	**90%-100%**	**CONF**	**90%-100%**	**CONF**	**90%-100%**	**CONF**	**90%-100%**
SEDA	0	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%
UNISON	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%
SUGARPOD	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%
Total	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**

[169] Respuesta de la SGAE, UNISON y SUGARPOD e informes de SEDA.

Elaboración propia a partir de información del expediente[170]

3.4.1.1.2. Estructura del mercado según el número de autores y editores que han encomendado sus obras musicales para la gestión de sus derechos en España

(238) La Tabla 3 muestra que el peso de la SGAE en 2019-2022 es superior al 90% en lo que respecta al número de autores y editores que le han encomendado obras musicales para su gestión en España, muy por encima de SEDA, UNISON y SUGARPOD (WATERMELON).

Tabla 3. Número de autores y editores en el mercado de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales

[redacted]

	Número de autores y editores							
	2019		2020		2021		2022	
	Número	**Cuota (%)**	**Número**	**Cuota (%)**	**Número**	**Cuota (%)**	**Número**	**Cuota (%)**
SGAE	**101.880**	**90%-100%**	**94.064**	**90%-100%**	**97.889**	**90%-100%**	**127.872**	**90%-100%**
SEDA	0	0%-10%	0	0%-10%	108	0%-10%	155	0%-10%
UNISON	0	0%-10%	185	0%-10%	349	0%-10%	657	0%-10%
SUGARPOD	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%
Total	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**

Elaboración propia a de información del expediente[171]

(239) A efectos de este expediente, se deberían incluir en el análisis de la Tabla 3 los autores internacionales que encomiendan la gestión de sus derechos en España a estas entidades, ya sea de forma indirecta (por ejemplo, a través de convenios con entidades de gestión extranjeras) o directa. La SGAE aporta información sobre el número de entidades de gestión extranjeras para las que gestiona derechos en España, concretamente unas cifras de 110 para 2019, y 112 para 2020, 2021 y 2022[172], por lo que los autores internacionales cuyos derechos gestiona en España la SGAE son mucho más numerosos que lo que indica la Tabla 3 anterior. En el caso de UNISON, este operador señala que la cifra anterior de 657 autores y editores incluye a 98 extranjeros (teniendo UNISON convenios con 15 entidades de gestión u OGIs extranjeros)[173]. SUGARPOD señala a su vez tener convenios con [redacted]

[170] Respuesta de la SGAE, UNISON y SUGARPOD e informes de SEDA.

[171] Respuesta de la SGAE, UNISON y SUGARPOD e informes de SEDA.

[172] Respuesta de la SGAE.

[173] Respuesta de UNISON de fecha 24 de abril de 2023, folio confidencial 9.683, no confidencial 14.308, confidencial excepto para la SGAE, folio 14.334.

[redacted] entidades[174]. En el caso de SEDA, este operador no aporta información que indique una actividad relevante en la gestión de autores internacionales en España[175].

(240) Por tanto, la inclusión o exclusión del número de autores internacionales no altera las conclusiones del análisis referente a que la cuota de la SGAE es en cualquier caso superior al 90%.

(241) Por otro lado, la SGAE especifica que en los datos aportados incluye autores de las composiciones musicales creadas especialmente para una obra audiovisual[176]. A estos efectos, aportó una estimación del número de socios del colegio audiovisual que tienen la profesión preferente no exclusiva de compositores y letristas (ya sea esa únicamente o en combinación con otras profesiones) y aportó unas cifras de [redacted] autores para 2020, [redacted] autores para 2021 y [redacted] autores para 2022. Se aprecia que las conclusiones del análisis (de que la cuota de la SGAE es superior al 90%) no se alteran incluso si se detrae ese número de autores como si todos ellos fueran exclusivamente autores de las composiciones musicales creadas especialmente para obras audiovisuales (y en ningún caso autores de las composiciones musicales no creadas especialmente para obras audiovisuales).

(242) En la respuesta de la SGAE[177] hay otro dato que permite hacer una estimación que no incluya a autores que lo sean exclusivamente de composiciones musicales creadas especialmente para una obra audiovisual. Ante la pregunta del número de autores cuyo repertorio ha sido utilizado en TV, dentro de los autores audiovisuales la SGAE aportó unas cifras de 6.150 autores para 2019, 8.644 autores para 2020, 6.710 autores para 2021 y 7.916 autores para 2022. Y aportó unas cifras de 715 editores para 2019, 868 editores para 2020, 793 editores para 2021 y 861 editores para 2022. Del análisis de otros autores de obras audiovisuales se observa que el número total de autores está acompasado con el número de autores cuyo repertorio ha sido utilizado en TV. Por ello, las cifras anteriores permiten estimar el número total de autores de las composiciones musicales creadas especialmente para obras audiovisuales, con unas cifras que van en línea con el número de directores-realizadores y autores del argumento. De nuevo, se aprecia que no se alterarían las conclusiones del análisis (de que la cuota de la SGAE es superior al 90%) incluso si se detrae ese

[174] Respuesta de SUGARPOD de fecha 5 de abril de 2023, folio confidencial 7.004, no confidencial 7.011.

[175] En las memorias de actividades de 2021 (folios 14.139-14.158) y 2022 (folios 14.159-14.174), SEDA describe convenios con la SACEM de Francia y la MLC de Estados Unidos, si bien señala que sería para la recaudación de ingresos en el extranjero de los socios de SEDA (no indica que estas negociaciones impliquen también la gestión de autores de entidades internacionales en España).

[176] Folio confidencial 12.610 y no confidencial 12.615.

[177] Folio confidencial 12.927 y no confidencial 14.358.

número de autores y editores como si todos ellos fueran exclusivamente autores y editores de las composiciones musicales creadas especialmente para obras audiovisuales (y en ningún caso autores de las composiciones musicales no creadas especialmente para obras audiovisuales).

3.4.1.1.3. Estructura del mercado según las obras musicales encomendadas por los autores y editores en España para la gestión de sus derechos

(243) La Tabla 4 muestra que el peso de la SGAE en 2019-2022 es superior al 80% en lo que respecta al volumen de obras que le han encomendado para su gestión los autores y editores de obras musicales en España. UNISON sería el siguiente operador, teniendo SUGARPOD una importancia menor. SEDA no dispone de información en sus memorias sobre el número de obras, pero UNISON señala que de acuerdo con su página web cuenta con un repertorio con alrededor de 3.700 obras[178] en 2022, lo que apuntaría a una cuota del 0%-10% en 2022, en concreto un [redacted]%, lo que no altera el análisis. Esa cuota sería inferior en 2021 y nula antes de 2020, dada la fecha en la que se produce la entrada de SEDA en el mercado. Respecto a SOUNDREEF, UNISON estima un repertorio de 369.685 obras[179] en 2022, lo que apuntaría a una cuota del 0%-10% en 2022, en concreto un [redacted]%, lo que tampoco altera el análisis.

Tabla 4. Número de obras que han encomendado los autores y editores en el mercado de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales

[redacted]

	Número de obras							
	2019		2020		2021		2022	
	Número	**Cuota (%)**	**Número**	**Cuota (%)**	**Número**	**Cuota (%)**	**Número**	**Cuota (%)**
SGAE	**CONF**	**90%-100%**	**CONF**	**90%-100%**	**CONF**	**80%-90%**	**CONF**	**80%-90%**
UNISON	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	10%-20%	CONF	10%-20%
SUGARPOD	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%
Total	CONF	**100%**	CONF	**100%**	CONF	**100%**	CONF	**100%**

Elaboración propia a de información del expediente[180]

[178] Folios 11.647 y 11.655.

[179] Folio 14.294.

[180] Respuesta de la SGAE, UNISON y SUGARPOD.

3.4.1.1.4. Conclusión sobre el mercado aguas arriba de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales

(244) Las tablas anteriores muestran que, desde 2019, la SGAE mantiene una cuota de mercado superior al 90% en el importe repartido a autores/titulares en el mercado de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales. Otras métricas ofrecen resultados similares, ya sea el número de autores (con cuotas de la SGAE superiores al 90%) o el número de obras (con cuotas de la SGAE superiores al 80%, en concreto muy próximas al [redacted]%).

(245) Como se ha comentado anteriormente (véase introducción del apartado 3.4.1.1), la cuota de otros operadores de los que no se muestra información directa en las anteriores tablas (EKKI, SOUNDREEF y JAMENDO) se estima mínima. Y por las razones explicadas anteriormente (véase introducción del apartado 3.4.1.1) sobre la entrada de los anteriores operadores al mercado, la cuota de la SGAE se estima aún mayor antes de 2019, muy cercana (o idéntica) al 100%.

3.4.1.2. Mercados aguas arriba de gestión de los derechos de remuneración previstos en el artículo 90.4 del TRLPI correspondientes a autores de obras audiovisuales

(246) En estos mercados son titulares de los derechos de propiedad intelectual los autores de obras audiovisuales, perteneciendo a dicha categoría los directores-realizadores, los autores del argumento (guionistas) y los autores de las composiciones musicales creadas especialmente para una obra audiovisual.

(247) Existen, a día de hoy, dos entidades de gestión competidoras, la SGAE[181] y DAMA[182]. Pero es preciso señalar que únicamente concurren en las dos primeras categorías de directores-realizadores y autores del argumento (guionistas). En los autores de las composiciones musicales creadas especialmente para una obra audiovisual solo está presente en la actualidad la SGAE.

(248) Como se ha señalado anteriormente (véase párrafo (191)), la consideración conjunta de autores de obras audiovisuales no alteraría las conclusiones del análisis, por lo que en esta caracterización se mostrarán datos en algunas tablas que agrupan a categorías de autores, sin perjuicio de la definición de mercado señalada en el párrafo (190), que considera mercados de gestión de derechos

[181] Salvo especificación en contrario los datos de la SGAE en el ámbito audiovisual proceden de la "respuesta de la SGAE" en el folio confidencial 12.927 (folio no confidencial 14.359). Respuesta al requerimiento de la DC (de 24 de abril de 2023, reiterado el 7 de junio y emitida una aclaración el 12 de junio) que tuvo entrada el 25 de mayo de 2023 y complementada el 9, 21-22 de junio y el 7 y 17 de julio.

[182] Salvo especificación en contrario los datos de DAMA en los mercados aguas arriba proceden de la "respuesta de DAMA" en el folio confidencial 11.534 y el folio confidencial 11.572. Respuesta al requerimiento de la DC (de 18 de abril de 2023, reiterado el 24 de mayo y el 15 de junio) que tuvo entrada el 13 de junio de 2023 y complementada el 29 de junio y el 4 de julio.

de remuneración previstos en el artículo 90.4 del TRLPI para cada uno de los tres tipos de autores de obras audiovisuales a que se refiere el artículo 87 del TRLPI (directores, guionistas y compositores de obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual).

(249) La información aportada por la SGAE y DAMA cubre con datos más detallados el periodo 2019-2022.

(250) Cabe señalar que, antes de 2019, el peso de la SGAE en lo que se refiere a directores y guionistas (o autores y obras audiovisuales en su conjunto) era igual o superior al de 2019. El peso de la SGAE era superior en los años anteriores, dado que DAMA ha asumido repertorio relevante de forma efectiva desde 2018 (véase, por ejemplo, párrafos (257) y (293)).

(251) En lo que se refiere a los autores de las composiciones musicales creadas especialmente para una obra audiovisual, la cuota de la SGAE siempre ha sido del 100% (también antes de 2019), no habiendo competido con DAMA ni con ninguna otra entidad de gestión en este ámbito.

3.4.1.2.1. Estructura de los mercados según los importes repartidos a los autores de obras audiovisuales en España

(252) Comenzando por los importes repartidos a autores, la SGAE[183] aporta esta información desglosada en (i) directores; (ii) guionistas y argumentistas; (iii) traductores y adaptadores; (iv) compositores; (v) editores y (vi) sociedades extranjeras[184]. Especifica la SGAE que las cifras de recaudación que aparecen tanto en la tabla como en los Informes de Gestión, publicados en su web, son cifras brutas (es decir, son cifras previas a la aplicación de descuentos de administración y deducciones[185]).

(253) Por su parte, DAMA aporta la información[186] desglosada en (i) director y (ii) guion/traducción y como importe proporciona el valor bruto de la liquidación.

(254) De acuerdo con lo señalado en el párrafo (190) se muestra la información separada para (i) directores, (ii) autores del argumento (componiéndose esta categoría en el caso de la SGAE de autores-guionistas y traductores) y (iii) compositores de obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual.

---

[183] Respuesta de la SGAE.

[184] Al no tener la información de la SGAE relativa a sociedades extranjeras un desglose por cada tipo de autor, se asignará a cada uno de los grupos de autores un peso similar al que tienen en el reparto las categorías de autores nacionales.

[185] Folio 12.614 en versión no confidencial, folio 12.609 confidencial.

[186] Respuesta de DAMA. Véanse igualmente informes de gestión y cuentas anuales de DAMA de 2018 (páginas 9 y 45, folios 13.657 y 13.693), 2019 (páginas 9 y 43-44, folios 12.298 y 12.332-12.333), 2020 (páginas 40-41, folios 12.386-12.387), 2021 (página 42, folio 12.442) y 2022 (página 26, folio 13730) e informes de transparencia 2019 (páginas 21-22, 34 y 48 del folio 13.781-13.782, 13.794 y 13.808), 2020 (página 34-35; folios 13.873-13.874), 2021 (página 35, folio 13.968) y 2022 (páginas 22 y 38-39, folios 14.044 y 14.060-14.061).

(255) La Tabla 5 muestra cómo la cuota de la SGAE en lo que respecta al importe repartido a directores ha oscilado entre el 20% y el 40% para el periodo 2019-2022.

Tabla 5. Importe (€) repartido a directores en el mercado de gestión de los derechos de directores de obras audiovisuales en España (incluyendo importes repartidos a entidades de gestión extranjeras)

[redacted]

	Importe repartido a directores							
	2019		2020		2021		2022	
	Importe (€)	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**
SGAE	**CONF**	**20%-30%**	**CONF**	**20%-30%**	**CONF**	**30%-40%**	**CONF**	**20%-30%**
DAMA	CONF	70%-80%	CONF	70%-80%	CONF	60%-70%	CONF	70%-80%
Total	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**

Elaboración propia a partir de información del expediente[187]

(256) La Tabla 6 muestra cómo la cuota de la SGAE en lo que respecta al importe repartido a autores del argumento ha oscilado entre el 20% y el 40% para el periodo 2019-2022.

Tabla 6. Importe (€) repartido a autores del argumento en el mercado de gestión de los derechos de guionistas de obras audiovisuales en España (incluyendo importes repartidos a entidades de gestión extranjeras)

[redacted]

	Importe repartido a autores del argumento							
	2019		2020		2021		2022	
	Importe (€)	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**
SGAE	**CONF**	**30%-40%**	**CONF**	**30%-40%**	**CONF**	**30%-40%**	**CONF**	**20%-30%**
DAMA	CONF	60%-70%	CONF	60%-70%	CONF	60%-70%	CONF	70%-80%
Total	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**

Elaboración propia a partir de información del expediente[188]

[187] Respuesta de la SGAE y DAMA.

[188] Respuesta de la SGAE y DAMA.

(257) En 2018 y años anteriores, la cuota de la SGAE en importe repartido a los autores de obras audiovisuales (tanto a los directores como a los guionistas) se estima muy superior a la de 2019:

- Para el periodo 2013-2017, la SGAE[189] aporta unas cifras de reparto a autores audiovisuales (solo autores de la parte de dirección y literaria) de aproximadamente [redacted] millones de euros anuales, lo que sitúa su cuota alrededor del 80-100% en ese periodo (dadas las cifras de DAMA[190]).

- Efectivamente, como se señala más adelante (véase párrafo (293)), antes de 2018 (cuando se hizo efectivo un trasvase de una parte del repertorio de la SGAE a DAMA), la cuota de la SGAE en repertorio ponderado por el uso se situaba en torno al 80-90% (la de DAMA en un 10%-20%), lo que apunta a una gran relevancia de la SGAE también desde el punto de vista de la métrica del importe repartido. Dicho trasvase de repertorio afectó principalmente al repertorio de derechos de autores de Estados Unidos y Reino Unido mediante acuerdos de representación con entidades extranjeras (siendo ese el factor principal que explica las variaciones de cuota que se han producido), pero DAMA también ha incrementado su repertorio de autores nacionales[191]. Todo ello apunta a que en el importe repartido a autores de obras audiovisuales por su uso en España (incluyendo el reparto a través de sociedades extranjeras) la cuota de la SGAE era superior antes de 2018 a los valores que toma en 2019.

- El incremento más relevante del importe repartido por parte de DAMA a los autores de obras audiovisuales se produce a partir de 2019. Efectivamente, el importe repartido por DAMA a sus autores audiovisuales pasa de 3.871.352,72€ en 2017 a 4.954.224,31€[192] en 2018, mientras que en 2019 ascendió a 19.675.069,59 €[193]. Es decir, existe un cierto desfase entre la recaudación aguas abajo y el reparto aguas arriba, produciéndose el reparto más tarde que la recaudación e incluso en otro año natural[194]. Por ello, el importe recaudado por DAMA aumenta especialmente de 2017 a 2018[195] y lo hace en menor medida de 2018 a 2019[196] (véase párrafo (308)), mientras que el importe repartido se

[189] Folios no confidenciales 13.107 y 14.226; 13.117-13.121 y 14.236-14.240, folio confidencial 13.098

[190] Folio 12.624.

[191] Véase página 34 del Informe de Transparencia de 2019 de DAMA (folio 13.794) y página 9 del Informe de gestión de 2019 de DAMA (folio 12.298).

[192] Véase página 9 del Informe de gestión y cuentas anuales 2018 de DAMA. Folio 13.657.

[193] Véase página 9 del Informe de gestión y cuentas anuales 2019 de DAMA. Folio 12.298. Se toman en este caso los datos de los informes públicos para asegurar la comparabilidad de la serie temporal (sin perjuicio de que existan diferencias con la respuesta de DAMA por las correcciones de los importes a medida que se van repartiendo derechos que estaban pendientes de repartir).

[194] Véanse páginas 7 y 9 del Informe de gestión y cuentas anuales 2018 de DAMA. Folios 13.655 y 13.657. Véase asimismo folios 11.672 y 12.589 con aclaración al respecto de la SGAE y DAMA.

[195] Véase página 6 del Informe de gestión y cuentas anuales 2018 de DAMA. Folio 13.654.

[196] Véase página 6 del Informe de gestión y cuentas anuales 2019 de DAMA. Folio 12.295.

incrementó fuertemente de 2018 a 2019[197] (más de lo que crece de manera significativa de 2017 a 2018[198]) para de nuevo crecer más suavemente de 2019 a 2020[199]). Por tanto, la evolución de las cuotas aguas arriba puede ser aproximada en parte por la tendencia previa de las cuotas aguas abajo y en particular por las cuotas descritas en el apartado 3.4.2.2, dado que el uso en el servicio de comunicación audiovisual en TV es la principal vía de recaudación por el uso de obras audiovisuales y por lo tanto la principal fuente de reparto[200]. En este sentido, el hecho de que la cuota de la SGAE se situase aguas abajo en valores muy superiores antes de 2018 (en el entorno del 90% de facturación en el audiovisual en 2017, véase párrafo (308)), implica que la cuota de la SGAE aguas arriba también era superior antes de 2018.

- El hecho de que la cuota de la SGAE en el número de autores (apartado 3.4.1.2.2) y el número de obras (párrafos (282) y (283)) también fuera superior antes de 2019 permite sustentar que la cuota de la SGAE en importe repartido también era superior antes de 2019.

(258) La Tabla 7 muestra cómo la cuota de la SGAE en lo que respecta al importe repartido a autores (compositores y editores) de obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual es del 100%, como lo ha sido también históricamente antes de 2019, teniendo en cuenta que DAMA no compite ni ha competido en este ámbito (ni compite tampoco ninguna otra entidad de gestión).

Tabla 7. Importe (€) repartido a autores y editores de obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual en el mercado de gestión de los derechos de autores de obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual en España (incluyendo importes repartidos a entidades de gestión extranjeras)

[redacted]

[197] Véase página 9 del Informe de gestión y cuentas anuales 2019 de DAMA. Folio 12.298.

[198] Véase página 9 del Informe de gestión y cuentas anuales 2018 de DAMA. Folio 13.657.

[199] Véase página 26 del Informe de gestión y cuentas anuales 2020 de DAMA. Folio 12.372.

[200] Para la información de DAMA, véanse informes de gestión y cuentas anuales de DAMA 2018 (páginas 6 y 9, folios 13.654 y 13.657), 2019 (páginas 6 y 9, folios 12.295 y 12.298), 2020 (páginas 38 y 40, folios 12.384 y 12.386), 2021 (páginas 40 y 42, folios 12.440 y 12.442) y 2022 (sección 3, folios 13.745-13.747). Véanse también folios confidenciales 11.534, 11.925, 11.935 y especialmente 12.591, con folio no confidencial 12.599 e información aclaratoria en folios no confidenciales 12.588-12.590.

Para la información de la SGAE, véanse informes de gestión de 2020 (página 29, folio 12.069) y 2021 (página 25, folio 12.139). Véanse también folio confidencial 12.927 y no confidencial 14.359.

Importe repartido a autores y editores								
	2019		2020		2021		2022	
	Importe (€)	Cuota (%)	Importe (€)	Cuota (%)	Importe (€)	Cuota (%)	Importe (€)	Cuota (%)
SGAE	CONF	100%	CONF	100%	CONF	100%	CONF	100%
Total	CONF	100%	CONF	100%	CONF	100%	CONF	100%

Elaboración propia a partir de información del expediente[201]

(259) Sin perjuicio de la definición de mercado señalada en el párrafo (190) y de considerar mercados de gestión de derechos de remuneración previstos en el artículo 90.4 del TRLPI para cada uno de los tres tipos de autores de obras audiovisuales a que se refiere el artículo 87 del TRLPI (directores, guionistas y autores de obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual), se podría agrupar la información agrupando a categorías de autores audiovisuales en aras de una mayor exhaustividad.

(260) La Tabla 8 muestra cómo la cuota de la SGAE en lo que respecta al importe repartido al total de autores audiovisuales (incluyendo autores de obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual) se sitúa entre el 40% y el 70% para el periodo 2019-2022. La SGAE señala que el aumento del importe repartido a autores audiovisuales (donde incluye el reparto a través a sociedades extranjeras y también a autores de obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual) se debe a la regularización de pagos de ATRESMEDIA y MEDIASET[202].

Tabla 8. Importe (€) repartido al total de los autores audiovisuales (incluyendo autores de obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual) en el mercado de gestión de los derechos de autores de obras audiovisuales en España (incluyendo importes repartidos a entidades de gestión extranjeras)

[redacted]

Importe (€) repartido a autores/titulares								
	2019		2020		2021		2022	
	Importe (€)	Cuota (%)	Importe (€)	Cuota (%)	Importe (€)	Cuota (%)	Importe (€)	Cuota (%)
SGAE	**CONF**	**40%-50%**	**CONF**	**50%-60%**	**CONF**	**60%-70%**	**CONF**	**60%-70%**
DAMA	CONF	50%-60%	CONF	40%-50%	CONF	30%-40%	CONF	30%-40%
Total	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**

Elaboración propia a partir de información del expediente[203]

(261) La Tabla 9 muestra cómo la cuota de la SGAE en lo que respecta al importe repartido a autores audiovisuales de la parte de dirección y literaria (excluyendo autores de obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual) ha oscilado entre el 20% y el 40% para el periodo 2019-2022 (véase párrafo (252)

[201] Respuesta de la SGAE.

[202] Folio 12.925.

[203] Respuesta de la SGAE y DAMA.

para la asignación del reparto a sociedades extranjeras por grupos de autores en el caso de la SGAE).

Tabla 9. Importe (€) repartido al total de los autores audiovisuales (excluyendo autores de obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual) en el mercado de gestión de los derechos de autores de obras audiovisuales en España (incluyendo importes repartidos a entidades de gestión extranjeras)

[redacted]

	Importe (€) repartido a autores/titulares							
	2019		2020		2021		2022	
	Importe (€)	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**
SGAE	**CONF**	**20%-30%**	**CONF**	**30%-40%**	**CONF**	**30%-40%**	**CONF**	**20%-30%**
DAMA	CONF	70%-80%	CONF	60%-70%	CONF	60%-70%	CONF	70%-80%
Total	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**

Elaboración propia a partir de información del expediente[204]

(262) Como se ha señalado anteriormente en el párrafo (191), ello no altera las conclusiones del análisis.

3.4.1.2.2. Estructura del mercado según el número de autores audiovisuales en España

(263) La SGAE[205] aporta en su respuesta información desglosada de los datos relativos a autores audiovisuales, concretamente (i) director-realizador; (ii) argumentista-guionista; (iii) argumentista-guionista-director; (iv) combinaciones de estas profesiones; (v) traductores y adaptadores; (vi) compositores; (vii) editores y (viii) sociedades extranjeras. Respecto a la respuesta de la SGAE, cabe realizar las siguientes precisiones:

- La SGAE señala que el motivo del desglose en autores se explica porque un mismo socio puede percibir derechos por distintas profesiones. La SGAE señala que hasta 2021 los autores se asignaban en su profesión preferente[206] (director, guionista, director-guionista o combinación con las otras profesiones). A partir de 2022 se incluye en cada profesión a todos aquellos que tuvieran al menos una obra, por lo que en 2022 desaparece el reporte de director-guionista y se produce un incremento significativo en el apartado "combinaciones de estas profesiones". Por tanto, los datos de directores y guionistas que aporta la SGAE pueden

[204] Respuesta de la SGAE y DAMA.

[205] Respuesta de la SGAE. Para la información de la SGAE, véanse también informes de gestión de 2017 (página 19, folio 12.678), 2018 (sección 3, folio 12.752) 2019 (página 16, folio 11.996), 2020 (página 20, folio 12.060), 2021 (página 17, folio 12.131) y 2022 (página 77, folio 12.259).

[206] Folio 12.613 y 12.923.

infraestimar el verdadero peso de la SGAE con este criterio (por lo menos hasta 2021, pues habría que incluir datos de director-guionista y del apartado "combinaciones de estas profesiones"), sin perjuicio de analizar el peso efectivo de la SGAE de acuerdo con los otros criterios, principalmente el importe repartido a los autores (véase apartado 3.4.1.2.1), complementado por el repertorio ponderado por el uso (véase apartado 3.4.1.2.4) y el número de obras (véase apartado 3.4.1.2.3).

- Como ya se anticipó en el ámbito de gestión de obras musicales (véase apartado 3.4.1.1.2), la SGAE especifica que en el número total de compositores y editores de música audiovisual está incluido el total de compositores y editores de obras musicales. A este respecto véase párrafo (239) y siguientes.

  - La SGAE[207] aportó una estimación del número de socios del colegio audiovisual que tienen la profesión preferente no exclusiva de compositores y letristas (ya sea esa únicamente o en combinación con otras profesiones) y aportó unas cifras de [redacted] autores para 2020, [redacted] autores para 2021 y [redacted] autores para 2022.

  - En la respuesta de la SGAE[208] hay otro dato que contribuye a estimar el peso relativo de autores y editores de las composiciones musicales creadas especialmente para obras audiovisuales y autores de las composiciones musicales creadas especialmente para obras audiovisuales. Ante la pregunta deel número de autores cuyo repertorio ha sido utilizado en TV, dentro de los autores audiovisuales la SGAE aportó unas cifras de 6.150 autores para 2019, 8.644 autores para 2020, 6.710 autores para 2021 y 7.916 autores para 2022. Y aportó unas cifras de 715 editores para 2019, 868 editores para 2020, 793 editores para 2021 y 861 editores para 2022. El número total de autores suele ir bastante acompasado con el número de autores cuyo repertorio ha sido utilizado en TV. Por ello, podrían tomarse las cifras anteriores como indicadores del número de autores y editores de las composiciones musicales creadas especialmente para obras audiovisuales, lo cual se alinea con el número de directores-realizadores y autores del argumento.

- En relación con los traductores, éstos se incluirán como autores del argumento. De nuevo, la SGAE no aporta el número total de traductores sino el número de los mismos cuyo repertorio ha sido utilizado en TV. Como se ha indicado, el número total de autores suele ir bastante acompasado con el número de autores cuyo repertorio ha sido utilizado en TV. Por ello, podrían tomarse esas cifras de traductores cuyo repertorio ha sido utilizado en TV como el número de traductores totales[209]: 504 para 2019, 575 para 2020, 487 para 2021 y 525 para 2022.

[207] Folio confidencial 12.610 y no confidencial 12.615.

[208] Folio confidencial 12.927 y no confidencial 14.359.

[209] Respuesta de la SGAE.

- En lo que respecta al ámbito internacional, la SGAE aporta los datos relativos al número de sociedades extranjeras, no el número de autores como tal, al igual que ocurre en el caso de las obras musicales. Concretamente aporta unas cifras de 148 para 2019, 160 para 2020, 151 para 2021 y 150 para 2022[210].

(264) En lo que respecta a DAMA[211], esta entidad aporta datos del total de autores, que desglosa en la suma de (i) autores de dirección y (ii) autores de argumento/adaptación/guion/diálogos. Cabe realizar las siguientes precisiones:

- En el caso de DAMA, esta entidad sí aporta el número de autores internacionales cuyos derechos gestiona en España, concretamente unas cifras de autores de [redacted] en 2019, [redacted] en 2020, [redacted] en 2021 y [redacted] en 2022. Respecto a la división por autores:

  - En directores, DAMA aporta unas cifras de [redacted] en 2019, [redacted] en 2020, [redacted] en 2021 y [redacted] en 2022.

  - En autores del argumento DAMA aporta unas cifras de [redacted] en 2019, [redacted] en 2020, [redacted] en 2021 y [redacted] en 2022.

- Señala DAMA asimismo que existen socios directos de DAMA cuya fecha de contrato es igual o anterior al año en el que se han consultado estos datos, así como su profesión. DAMA también indica que hay que tener en cuenta que un autor puede participar con diferentes roles, es decir, un director puede participar como guionista y viceversa, por lo que DAMA ha considerado como profesión principal del autor aquella de la que más obras ha registrado.

(265) En aras de lograr la mayor homogenización posible teniendo en cuenta la forma en que cada entidad ha aportado sus respectivos datos, se ha considerado oportuno tomar como autores audiovisuales:

- Directores-realizadores (ambas lo aportan).

- Autores del argumento (comprendiendo, en el caso de la SGAE, la suma de argumentista-guionista y traductores y adaptadores, de acuerdo con lo señalado

[210] Respuesta de la SGAE.

[211] Respuesta de DAMA. Véanse igualmente sus informes de gestión de 2018 (página 13, folio 13.661), 2019 (página 12, folio 12.301), 2020 (página 44, folios 12.390), 2021 (página 46) y 2022 (página 50, folio 13.754), así como el informe de transparencia de 2021 (página 39, folio 13.972) y 2022 (página 45, folio 14.067).

en el párrafo (263)), y en el caso de DAMA, lo que esta entidad aporta como autores del argumento/adaptación/guion/diálogos).

- Autores y editores de obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual (la SGAE lo aporta sin desagregar dentro del total de autores y editores de obras musicales, pero puede estimarse bajo lo señalado en el párrafo (263), no operando DAMA en este ámbito).

(266) Al no ser los datos del ámbito internacional plenamente comparables, se tomarán los datos de autores nacionales como mera referencia, sin perjuicio de señalar que las tablas a continuación sobreestiman el peso de la SGAE, dado que esta entidad tiene un mayor peso relativo en el repertorio nacional (véanse párrafos (283) a (285) y párrafo (293)).

(267) La Tabla 10 muestra cómo la cuota de la SGAE en directores nacionales se situaba por encima del 80% en 2019 y por encima del 70% en 2022 (sin perjuicio de que estas cifras pueden infraestimar el peso de la SGAE en el ámbito nacional dado lo señalado en el párrafo (263), pero sobreestimarlo ampliamente en el total del mercado dada la no inclusión de autores internacionales a tenor de lo señalado en el párrafo (266)).

Tabla 10. Número de directores en el mercado de gestión de los derechos de directores de obras audiovisuales

[redacted]

	Directores							
	2019		2020		2021		2022	
	Número	**Cuota (%)**	**Número**	**Cuota (%)**	**Número**	**Cuota (%)**	**Número**	**Cuota (%)**
SGAE	**1.282**	**80%-90%**	**1.111**	**70%-80%**	**1.130**	**70%-80%**	**1.370**	**70%-80%**
DAMA	CONF	10%-20%	CONF	20%-30%	CONF	20%-30%	CONF	20%-30%
Total	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**

Fuente: Elaboración propia[212]

(268) La Tabla 11 muestra a su vez cómo la cuota de la SGAE en autores del argumento nacionales se situaba en el 80%-90% en 2019 y en el entorno del 70-80% en adelante (sin perjuicio de que estas cifras pueden infraestimar el peso de la SGAE en el ámbito nacional dado lo señalado en el párrafo (263), pero

[212] Respuesta de la SGAE y DAMA. Véanse igualmente datos de los informes públicos de los operadores. En el caso de DAMA la página 50 del Informe de gestión 2022 (folio 13.754) y la página 45 del informe de transparencia 2022 (folio 14.067). En el caso de la SGAE véanse informes de gestión de 2017 (página 19, folio 12.678), 2018 (sección 3, folio 12.752) 2019 (página 16, folio 11.996), 2020 (página 20, folio 12.060), 2021 (página 17, folio 12.131) y 2022 (página 77, folio 12.259).

sobreestimarlo ampliamente en el total del mercado dada la no inclusión de autores internacionales a tenor de lo señalado en el párrafo (266)).

Tabla 11. Número de autores del argumento en el mercado de gestión de los derechos de autores del argumento de obras audiovisuales

[redacted]

	Autores del argumento							
	2019		2020		2021		2022	
	Número	**Cuota (%)**	**Número**	**Cuota (%)**	**Número**	**Cuota (%)**	**Número**	**Cuota (%)**
SGAE	**4.626**	**80%-90%**	**3.777**	**70%-80%**	**4.743**	**70%-80%**	**4.438**	**70%-80%**
DAMA	CONF	10%-20%	CONF	20%-30%	CONF	20%-30%	CONF	20%-30%
Total	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**

Fuente: Elaboración propia[213]

(269) En lo que respecta al número de compositores de obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual, ya se ha señalado que la SGAE no lleva una contabilidad separada de autores de las composiciones musicales creadas especialmente para una obra audiovisual (véase párrafo (239)). No obstante, existen formas de aproximar este dato con la estimación de la propia SGAE (véase párrafo (239) y párrafo (263)) y con la estimación alternativa que realiza la DC (véase párrafo (242) y párrafo (263)). La Tabla 12 aporta dichas estimaciones de cuál podría ser el número de autores de la SGAE de obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual. La cuota de la SGAE sería en cualquier caso del 100%, no habiendo formado parte nunca de este mercado ninguna otra entidad de gestión (y esta cuota sí es representativa del total del mercado y sería idéntica con la inclusión de autores internacionales, pues solo variarían las cifras absolutas de número de autores, que serían superiores a lo que indica la Tabla 12).

Tabla 12. Número de autores y editores de obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual en el mercado de gestión de los derechos de autores de obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual

[redacted]

[213] Respuesta de la SGAE y DAMA. Véanse igualmente datos de los informes públicos de los operadores. En el caso de la SGAE véanse informes de gestión de 2017 (página 19, folio 12.678), 2018 (sección 3, folio 12.752) 2019 (página 16, folio 11.996), 2020 (página 20, folio 12.060), 2021 (página 17, folio 12.131) y 2022 (página 77, folio 12.259). Véanse también folio confidencial 12.927 y no confidencial 14.359. En el caso de DAMA la página 50 del Informe de gestión 2022 (folio 13.754) y la página 45 del informe de transparencia 2022 (folio 14.067).

[redacted]

	Compositores							
	2019		2020		2021		2022	
	Número	Cuota (%)	Número	Cuota (%)	Número	Cuota (%)	Número	Cuota (%)
SGAE (estimación SGAE)	n.d.	100%	CONF	100%	CONF	100%	CONF	100%
SGAE (estimación DC)	6.865	100%	9.512	100%	7.503	100%	8.777	100%

Fuente: Elaboración propia[214]

(270) Sin perjuicio de la definición de mercado señalada en el párrafo (190) y de considerar mercados de gestión de derechos de remuneración previstos en el artículo 90.4 del TRLPI para cada uno de los tres tipos de autores de obras audiovisuales a que se refiere el artículo 87 del TRLPI (directores, guionistas y autores de obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual), se podría agrupar la información agrupando a categorías de autores audiovisuales en aras de una mayor exhaustividad.

(271) La Tabla 13 muestra que la cuota de la SGAE en número de directores y guionistas nacionales desciende del 80%-90% en 2019 al 70%-80% en 2020-2022 (sin perjuicio de que estas cifras pueden infraestimar el peso de la SGAE en el ámbito nacional dado lo señalado en el párrafo (263), pero sobreestimarlo ampliamente en el total del mercado dada la no inclusión de autores internacionales a tenor de lo señalado en el párrafo (266)).

Tabla 13. Número de autores audiovisuales (sin incluir autores de obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual y editores) en los mercados de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores de obras audiovisuales

[redacted]

[214] Estimación la SGAE a partir de folio confidencial 12.610 y no confidencial 12.615 (SGAE no aporta su estimación para 2019). Estimación DC a partir de respuesta de la SGAE.

	Directores y guionistas							
	2019		2020		2021		2022	
	Número	**Cuota (%)**	**Número**	**Cuota (%)**	**Número**	**Cuota (%)**	**Número**	**Cuota (%)**
SGAE	**5.908**	**80%-90%**	**4.888**	**70%-80%**	**5.873**	**70%-80%**	**5.808**	**70%-80%**
DAMA	CONF	10%-20%	CONF	20%-30%	CONF	20%-30%	CONF	20%-30%
	CONF	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**

Fuente: Elaboración propia[215]

(272) En 2018 y años anteriores la cuota de la SGAE en número de autores de obras audiovisuales (tanto en directores como guionistas) se estima superior a la de 2019. Aparte de los factores explicados anteriormente (véase párrafo (257)), es preciso señalar que la información pública plasmada en la Tabla 14 (aunque no es plenamente comparable con la información aportada por la SGAE y DAMA que se ha utilizado para elaborar el conjunto de tablas de la Tabla 10 a la Tabla 13) también muestra esa tendencia de que la cuota en 2018 y años anteriores es superior a la de 2019.

Tabla 14. Número de autores audiovisuales (sin incluir autores de obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual y editores) en los mercados de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores de obras audiovisuales (información obtenida de los informes de gestión)

Número de autores de obras audiovisuales				
	SGAE		DAMA	
	Número	**Cuota (%)**	**Número**	**Cuota (%)**
2013	**9.722**	**93,8%**	644	6,2%
2014	**10.036**	**93,4%**	706	6,6%
2015	**10.485**	**93,0%**	792	7,0%
2016	**10.701**	**92,5%**	866	7,5%
2017	**10.836**	**91,8%**	964	8,2%
2018	**10.992**	**91,2%**	1.067	8,8%
2019	**11.143**	**89,7%**	1.285	10,3%
2020	**9.604**	**86,0%**	1.561	14,0%
2021	**9.523**	**83,7%**	1.850	16,3%

Fuente: Elaboración propia[216]

(273) Esa evolución para el conjunto de autores audiovisuales puede extrapolarse tanto a directores como a guionistas. El peso relativo de estos autores en el repertorio de la SGAE se mantiene estable en ese periodo 2017-2019 donde se produce un trasvase relevante de la SGAE a DAMA (véase párrafo (293)), lo que

[215] Respuesta de la SGAE y DAMA.

[216] Para la información de la SGAE, véanse informes de gestión de 2017 (página 19, folio 12.678), 2018 (sección 3, folio 12.752) 2019 (página 16, folio 11.996), 2020 (página 20, folio 12.060), 2021 (página 17, folio 12.131) y 2022 (página 77, folio 12.259). Véase también la "Respuesta de la SGAE" y los folios 13.099 y 13.107 y 14.226.

Para la información de DAMA, véanse la página 50 del Informe de gestión 2022 (folio 13.754) y la página 45 del informe de transparencia 2022 (folio 14.067).

implica que el trasvase de autores no parece afectar a ninguno de los grupos de manera diferencial[217]. Y la inclusión de autores internacionales no alteraría las conclusiones de que la cuota en los años previos a 2018 era superior, porque es precisamente en 2018 cuando se hace efectivo ese trasvase de repertorio internacional de la SGAE a DAMA (véanse párrafos (283) a (285) y párrafo (293)).

3.4.1.2.3. Estructura del mercado según el número de obras encomendadas por los autores audiovisuales en España

(274) En lo que respecta a la SGAE[218], esta entidad aporta dos estimaciones sobre el número de obras.

(275) En primer lugar, la SGAE aporta todas las obras audiovisuales en las que la SGAE gestiona derechos, incluyendo obras en las que la SGAE gestiona la parte de dirección y literaria y traductores, obras extranjeras gestionadas por la SGAE de manera indirecta y obras audiovisuales sobre las que se gestione la parte musical[219].

(276) En segundo lugar, como subconjunto de lo anterior, la SGAE aporta las obras audiovisuales con repertorio la SGAE en las partes de dirección y literaria y traductores, excluyendo así el resto de obras[220] (de acuerdo con la SGAE, esta sería la cifra que coincide con la que aparece en el Informe de Gestión publicado en la web, que excluiría de la cifra total anterior las obras extranjeras gestionadas por la SGAE de manera indirecta y las obras audiovisuales sobre las que la SGAE solo gestiona la parte musical).

(277) Por su parte, DAMA[221] señala en su escrito que los datos aportados son el número de obras registradas de los autores dados de alta el año indicado. Destaca DAMA asimismo a modo aclaratorio que no considera posible asignar obras, como tales, a una u otra entidad, puesto que la distribución habitual no se realiza por obras, sino por autores. En este sentido, esta entidad aporta también dos estimaciones sobre el número de obras.

---

[217] Véanse informes de gestión de 2017 (página 19, folio 12.678), 2018 (sección 3, folio 12.752) y 2019 (página 16, folio 11.996), donde se aprecia un peso estable de guionistas (70%) y directores (30%) en el conjunto de autores audiovisuales socios de la SGAE, lo que implica la evolución de la cuota de la SGAE en cada grupo separado de autores tenderá a seguir aproximadamente la evolución del número de autores agrupando directores y guionistas en su conjunto.

[218] Información complementaria de forma aclaratoria en la documentación que aporta la SGAE con fecha 7 de julio de 2023 (folio 12.614).

[219] Respuesta de la SGAE.

[220] Información complementaria de forma aclaratoria en la documentación que aporta la SGAE con fecha 7 de julio de 2023 (folio 12.614). Informes de gestión disponibles en folios 11.981-12.289.

[221] Respuesta de DAMA. Para los datos de esta entidad véanse igualmente datos de los informes públicos: página 13 del Informe de gestión 2018 (folio 13.661), página 37 del Informe de transparencia 2019 (folio 13.797). página 12 del Informe de gestión 2019 (folio 12.301).

(278) En primer lugar, DAMA aporta el número de obras correspondientes a autores nacionales[222].

(279) En segundo lugar, DAMA aporta el número de obras correspondientes a autores internacionales[223].

(280) Añade DAMA que, a efectos de contar con una métrica estandarizada de referencia para valorar la evolución de los repertorios, en ocasiones se recurre a la amplitud de repertorio estimada a partir de datos medios de comunicación pública efectiva en televisión lineal, tratándose esto de una proyección que permite ofrecer una visión general del reparto de repertorio entre DAMA y la SGAE (véase apartado 3.4.1.2.4 para una caracterización del mercado según el repertorio ponderado por el uso).

(281) La Tabla 15 muestra cómo la cuota de la SGAE en 2019-2022 oscila entre el 40%-60% en el número total de obras (párrafo (275) en el caso de la SGAE y suma de párrafos (278) y (279) en el caso de DAMA).

Tabla 15. Número total de obras encomendadas por parte de autores audiovisuales

[redacted]

	Número de obras							
	2019		2020		2021		2022	
	Número	**Cuota (%)**	**Número**	**Cuota (%)**	**Número**	**Cuota (%)**	**Número**	**Cuota (%)**
SGAE	**CONF**	**40%-50%**	**CONF**	**40%-50%**	**CONF**	**40%-50%**	**CONF**	**50%-60%**
DAMA	CONF	50%-60%	CONF	50%-60%	CONF	50%-60%	CONF	40%-50%
Total	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**

Elaboración propia a partir de información del expediente[224]

(282) En los años previos a 2019, la cuota de la SGAE era aún superior. A título ilustrativo la Tabla 16 contiene la evolución del número total de obras (incluyendo obras gestionadas de autores internacionales) que reportan las entidades[225] en años anteriores y muestra cómo la cuota de la SGAE en los años previos era superior al valor que toma en 2019.

[222] Folio confidencial 11.534.

[223] Folio confidencial 11.534.

[224] Respuesta de la SGAE (Folio confidencial 12.927 y no confidencial 14.359) y de DAMA (folio confidencial 11.534 y 11.572).

[225] Datos para el periodo 2013-2017 en folio 13.108/14.227 (SGAE) y folio 12.625 (DAMA).

Tabla 16. Número total de obras encomendadas por parte de autores audiovisuales (2013-2017)

	Número de obras									
	2013		2014		2015		2016		2017	
	Número	**Cuota (%)**	**Número**	**Cuota (%)**	**Número**	**Cuota (%)**	**Número**	**Cuota (%)**	**Número**	**Cuota (%)**
SGAE	**956.682**	**91,4%**	**995.665**	**88,1%**	**1.032.115**	**87,1%**	**1.066.115**	**75,5%**	**1.104.803**	**72,5%**
DAMA	90.321	8,6%	134.815	11,9%	152.634	12,9%	345.555	24,5%	419.732	27,5%
Total	**1.047.003**	**100%**	**1.130.480**	**100%**	**1.184.749**	**100%**	**1.411.670**	**100%**	**1.524.535**	**100%**

Fuente: Elaboración propia[226]

(283) Efectivamente, desde 2018 se produce un aumento del número de obras audiovisuales gestionadas por DAMA que afectó sobre todo al repertorio internacional pero también al nacional[227] (como se verá a continuación en el párrafo (293)).

(284) En aras de una mayor exhaustividad por la comparabilidad de los datos, se muestran a continuación las cifras para el subconjunto de obras de autores nacionales e incluyendo solo para la SGAE aquellas donde gestiona solo las partes de dirección y literaria donde concurre con DAMA (párrafo (276) en el caso de la SGAE y párrafo (278) en el caso de DAMA). La Tabla 17 muestra cómo la cuota de la SGAE en 2019-2022 oscila entre el 60%-70%.

Tabla 17. Número de obras encomendadas por parte de autores audiovisuales (incluyendo solo autores nacionales y para la SGAE solo las obras audiovisuales con repertorio SGAE en las partes de dirección y literaria)

[redacted]

	Número de obras							
	2019		2020		2021		2022	
	Número	**Cuota (%)**	**Número**	**Cuota (%)**	**Número**	**Cuota (%)**	**Número**	**Cuota (%)**
SGAE	**361.012**	**60%-70%**	**361.438**	**60%-70%**	**380.982**	**60%-70%**	**392.865**	**60%-70%**
DAMA	CONF	20%-30%	CONF	20%-30%	CONF	20%-30%	CONF	20%-30%
Total	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**

Fuente: Elaboración propia[228]

[226] Datos para el periodo 2013-2017 en folio 13.108/14.227 (SGAE) y folio 12.625 (DAMA).

[227] Página 13 del Informe de gestión 2018 de DAMA (folio 13.661) y página 34 del Informe de Transparencia de 2019 de DAMA (folio 13.794).

[228] Respuesta de la SGAE (folio 12.614) y de DAMA (folio confidencial 11.534). Respecto a los informes de gestión, el informe de 2021 (página 25, folio 12.139) aporta una estimación de 208.303 que podría no ser consistente con la información facilitada en la respuesta. Sí aporta una información consistente el informe de 2020 (página 29, folio 12.069).

(285) Se observa por tanto cómo la SGAE tiene un mayor peso en el repertorio nacional, sin perjuicio de que DAMA señale también un aumento de peso en el repertorio nacional[229] (como se verá a continuación en el párrafo (293)).

3.4.1.2.4. Estructura del mercado según el repertorio ponderado por el uso

(286) A continuación, se aportan las cuotas del repertorio ponderado por el uso de cada una de estas entidades en el ámbito de la televisión. A día de hoy, la SGAE y DAMA fijan de forma periódica su respectivo porcentaje de participación en el repertorio total de obras audiovisuales de los usuarios televisivos.

(287) El repertorio ponderado por el uso en TV es un indicador relevante del peso de cada entidad en los mercados aguas arriba porque la utilización en TV es una de las principales vías de uso del repertorio audiovisual, junto con las redes digitales y otras formas de comunicación pública[230] (aparatos receptores y cine). La información del expediente apunta a que los pesos relativos de la SGAE y DAMA en redes digitales y aparatos receptores[231] son similares a los de la TV, por lo que las tablas a continuación reflejan adecuadamente la situación en los mercados de gestión aguas arriba de acuerdo con esta métrica del repertorio ponderado por el uso.

(288) Así, las propias entidades tienen acuerdos de reconocimiento de amplitud de repertorio basados en el uso de éste en TV.

(289) La Tabla 18 muestra que el peso de la SGAE estaría en el 50%-60% en 2018-2020, cayendo al 40%-50% en 2021-2022 teniendo en cuenta el repertorio de obras audiovisuales en su conjunto (incluyendo así también obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual).

---

[229] Página 13 del Informe de gestión 2018 de DAMA (folio 13.661) y página 34 del Informe de Transparencia de 2019 de DAMA (folio 13.794).

[230] Folio 12.924. Mientras en el repertorio audiovisual estas 3 vías (radiodifusión en TV, redes digitales y otras formas de comunicación pública) cubren prácticamente toda la utilización del repertorio aguas abajo, en el musical hay más formas de explotación (aparte de las tres anteriores y de la inclusión de la radio estaría la ejecución humana o mecánica, por ejemplo).

Para la información de la SGAE, véanse también informes de gestión de 2020 (página 29, folio 12.069) y 2021 (página 25, folio 12.139). Véanse también folio confidencial 12.927 y no confidencial 14.359.

Para la información de DAMA, véanse informes de gestión y cuentas anuales de DAMA 2018 (páginas 6 y 9, folios 13.654 y 13.657), 2019 (páginas 6 y 9, folios 12.295 y 12.298), 2020 (páginas 38 y 40, folios 12.384 y 12.386), 2021 (páginas 40 y 42, folios 12.440 y 12.442) y 2022 (sección 3, folios 13.745-13.747). Véanse también folios confidenciales 11.534, 11.925, 11.935 y especialmente 12.591, con folio no confidencial 12.599 e información aclaratoria en folios no confidenciales 12.588-12.590.

[231] Véanse los datos para redes digitales (plataformas de Video On Demand, VOD, y Subscription Video on Demand) y establecimientos de alojamiento turístico y abiertos al público. Folios 6.976, 6.980 y 6.984 (confidenciales excepto para la SGAE y DAMA).

Tabla 18. Repertorio (incluyendo obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual) ponderado por uso en TV en los mercados de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores de obras audiovisuales

[redacted]

	Repertorio audiovisual ponderado por el uso				
	2018	2019	2020	2021	2022
	Cuota (%)	**Cuota (%)**	**Cuota (%)**	**Cuota (%)**	**Cuota (%)**
SGAE	**50%-60%**	**50%-60%**	**50%-60%**	**40%-50%**	**40%-50%**
DAMA	40%-50%	40%-50%	40%-50%	50%-60%	50%-60%
Total	**100%**	**100%**	**100%**	**100%**	**100%**

Fuente: Elaboración propia[232]

(290) La Tabla 19 complementa la información que agrupa a todos los grupos de autores de obras audiovisuales, incluyendo los autores y editores de obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual (Tabla 8).

(291) La Tabla 19 muestra que el peso de la SGAE estaría en el 30%-40% en 2018-2021, cayendo al 20%-30% en 2022 teniendo en cuenta únicamente el repertorio referido a la dirección y a la parte literaria[233].

Tabla 19. Repertorio (excluyendo obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual, incluyendo solo dirección y parte literaria) ponderado por uso en TV en los mercados de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores de obras audiovisuales

[redacted]

[232] Folios 6.969-6.970 en versión confidencial excepto para DAMA y la SGAE y 11.447-11.448 en versión no confidencial.

[233] Folio 6.970 en versión confidencial excepto para DAMA y la SGAE. Folio 11.448 en versión no confidencial.

[redacted]

	Repertorio audiovisual ponderado por el uso				
	2018	2019	2020	2021	2022
	Cuota (%)	**Cuota (%)**	**Cuota (%)**	**Cuota (%)**	**Cuota (%)**
SGAE	**30%-40%**	**30%-40%**	**30%-40%**	**30%-40%**	**20%-30%**
DAMA	60%-70%	60%-70%	60%-70%	60%-70%	70%-80%
Total	**100%**	**100%**	**100%**	**100%**	**100%**

Fuente: Elaboración propia[234]

(292) La Tabla 19 complementa la información separada relativa a la gestión de los derechos de directores (Tabla 5) y guionistas (Tabla 6) y la que agrupaba la información de los dos grupos de autores anteriores (Tabla 9).

(293) Con anterioridad a 2017, la cuota de la SGAE era mucho mayor. Los acuerdos de reconocimiento de amplitud de repertorio basados en el uso de éste se basaban en 2017 en una cuota de la SGAE del 80-90% (concretamente, un [redacted]%) y una cuota de DAMA del 10-20% (concretamente, un [redacted]%)[235]. Como se ha señalado (véase párrafo (285)), esta caída del peso de la SGAE entre 2017 y 2018 fue consecuencia principalmente del trasvase del repertorio en España de autores de EE.UU., y Reino Unido a DAMA (que se acordó en 2017 y se hizo efectivo en 2018[236]), si bien cabe reseñar que DAMA también señala haber incrementado su peso relativo en el repertorio de autores nacionales[237].

3.4.1.2.4.1. Conclusión sobre los mercados de gestión de los derechos de remuneración previstos en el artículo 90.4 del TRLPI correspondientes a autores de obras audiovisuales

(294) En los mercados de gestión de los derechos de remuneración previstos en el artículo 90.4 del TRLPI correspondientes a autores de obras audiovisuales:

[234] Folios 6.969-6.970 en versión confidencial excepto para DAMA y la SGAE y 11.447-11.448 en versión confidencial.

[235] Folio 12.645 confidencial excepto para la SGAE y DAMA, folio no confidencial 13.109-14.228.

[236] Folio 12.934 y páginas 22, 44 y 47 de la Resolución del expediente S/DC/0590/16.

[237] Ver página 34 del Informe de Transparencia de 2019 DAMA (Folio 13.794) y página 9 del Informe de gestión 2019. DAMA (Folio 12.298).

- En el mercado de gestión de los derechos de directores de obras audiovisuales (Tabla 5) y en el mercado de gestión de los derechos de autores del argumento (Tabla 6), la SGAE tiene una cuota del 20%-40% en 2019-2022 en términos del importe repartido. En los años previos a 2018 (véase párrafo (257)), la cuota de la SGAE era de al menos el 80%.

- En el mercado de gestión de los derechos de autores de obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual la cuota de la SGAE es en cualquier caso del 100% (Tabla 7), no compitiendo ni habiendo competido DAMA ni ninguna otra entidad de gestión en este ámbito.

(295) En lo que respecta al repertorio ponderado por el uso en TV (excluyendo la parte musical creada especialmente para la obra audiovisual y refiriéndose por tanto solo a la parte de dirección y literaria, véase Tabla 19), la cuota de la SGAE se sitúa en el 20%-30% en 2022 (por un 70%-80% de DAMA en 2022), en descenso desde el 30%-40% que ha ostentado entre 2018 y 2021 (por un 60%-70% de DAMA en 2018-2021). En 2017 y años anteriores, la SGAE tenía al menos un 80%-90% (por un 10%-20% de DAMA, véase párrafo (293)).

(296) En el número de obras, la SGAE ha tenido una cuota del 40%-60% en 2019-2022 (Tabla 15), siendo la cuota en años previos a 2018 de al menos el 70% (Tabla 16).

3.4.2. Mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones de uso de los derechos de reproducción y comunicación pública de obras musicales y de gestión de los derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales

(297) A continuación, se describirán los mercados aguas abajo, principalmente bajo la métrica del importe recaudado de los usuarios por parte de las entidades de gestión y operadores encargados de la gestión de derechos de los titulares. Tal y como señala el párrafo (221), se realiza una segmentación entre los usuarios de obras musicales y los usuarios de obras audiovisuales. Es importante recalcar lo siguiente:

- En el ámbito de las obras musicales, los ingresos obtenidos de los usuarios se derivan de la concesión de autorizaciones de uso de los derechos de reproducción y comunicación pública. A efectos de este expediente, los usuarios relevantes de obras musicales son los prestadores del servicio de comunicación audiovisual radiofónico (radio) y los prestadores del servicio de comunicación audiovisual de televisión (TV). Por tanto, se describirán dos mercados diferenciados:

  - La concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales en radio.

  - La concesión de autorización de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales en TV. Dentro del uso en TV podría segmentarse (como se adelantaba en el párrafo (223)) según se trate de televisión lineal o

a petición (independientemente de que sea en abierto o de pago) y a dichos efectos se mostrarán los datos de la televisión lineal y de la televisión a petición agrupados y separados (sin perjuicio de que, como se adelantaba en el párrafo (223), ello no altera las conclusiones del análisis).

- En el ámbito de las obras audiovisuales, los ingresos obtenidos de los usuarios se derivan de la gestión del derecho de remuneración del artículo 90.4 del TRLPI. A los efectos de este expediente los usuarios relevantes de obras audiovisuales son los prestadores del servicio de comunicación audiovisual de televisión (TV). Por tanto, se describirá el mercado de gestión de los derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales por su uso en TV. Como se ha señalado para las obras musicales, dentro del uso en TV de las obras audiovisuales podría segmentarse (como se adelantaba en el párrafo (223)) según se trate de televisión lineal o a petición (independientemente de que sea en abierto o de pago) y a dichos efectos se mostrarán los datos de televisión lineal y del servicio a petición agrupados y separados (sin perjuicio de que, como se adelantaba en el párrafo (223), ello no altera las conclusiones del análisis).

3.4.2.1. Mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales

(298) Los operadores presentes en estos mercados son las entidades de gestión de ámbito nacional la SGAE[238] y SEDA, la entidad de ámbito autonómico EKKI y los OGIs: UNISON, SUGARPOD, SOUNDREEF y JAMENDO (véase introducción del apartado 3.4.1.1).

(299) El peso de todos los operadores distintos a la SGAE es muy limitado:

- SEDA[239] señala en sus informes y memorias[240] no haber repartido derechos por no disponer de acuerdos de concesión de autorizaciones de uso aguas abajo, es decir, que su presencia es nula en estos mercados.

[238] Salvo especificación en contrario los datos de la SGAE en el ámbito musical proceden de la "respuesta de la SGAE" en el folio confidencial 12.927 (folio no confidencial 14.358). Respuesta al requerimiento de la DC (de 24 de abril de 2023, reiterado el 7 de junio y emitida una aclaración el 12 de junio) que tuvo entrada el 25 de mayo de 2023 y complementada el 9, 21-22 de junio y el 7 y 17 de julio.

[239] Salvo especificación en contrario la información de SEDA procede de los "informes de SEDA" sus informes de transparencia, auditoría y gestión y cuentas anuales. Folios 12.802-12.919, 12.459-12.560 y 14.111-14.207.

[240] Véanse, por ejemplo, página 3 del informe anual de transparencia de 2021 (folio 12.906) y páginas 52 y 55 del Informe de Auditoría y Cuentas Anuales de 2022 (folios 12.900 y 12.903).

- EKKI[241], UNISON[242] y SUGARPOD[243] tienen una presencia muy limitada en estos mercados aguas abajo, como muestran las tablas a continuación.

- El peso de SOUNDREEF y JAMENDO también se estima muy limitado [redacted]%) en estos mercados aguas abajo[244].

(300) Ello explica que la cuota de la SGAE en el periodo de 2019-2022 se sitúe en el entorno del 90-100%. Y por las razones explicadas anteriormente (véase introducción del apartado 3.4.1.1 y conclusión del apartado 3.4.1.1.4) sobre la entrada de los anteriores operadores al mercado, la cuota de la SGAE se estima aún mayor antes de 2019, muy cercana (o idéntica) al 100%.

3.4.2.1.1. Mercado aguas abajo de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual radiofónico

(301) La Tabla 20 muestra que la cuota de la SGAE supera el 90% (en concreto, está muy próxima al [redacted]%) en el mercado aguas abajo de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual radiofónico. El peso del resto de operadores es residual [redacted]]%).

Tabla 20. Importe recaudado de los usuarios (operadores de radio) por concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual radiofónico

[redacted]

[241] La información de EKKI procede del folio confidencial 8.001 (folio confidencial excepto para DAMA 9.507, folio confidencial excepto para la SGAE 9.508, folio confidencial excepto para EKKI 9.509).

[242] Salvo especificación en contrario los datos de UNISON proceden de la "respuesta de UNISON": folios confidenciales 9.665-9.690 (14.290-14.315 en versión no confidencial y 14.316-14.341 en versión confidencial excepto para la SGAE), 11.654 (versión no confidencial 11.701) y folios no confidenciales 11.646-16.653. Respuesta de UNISON al requerimiento de la DC (de 30 de marzo de 2023, reiterado el 7 de junio) que tuvo entrada el 24 de abril de 2023 y complementada el 19 de junio.

[243] Salvo especificación en contrario los datos de SUGARPOD proceden de la "respuesta de SUGARPOD": folios 7.000-7.014. Respuesta de SUGARPOD al requerimiento de la DC (de 30 de marzo de 2023) que tuvo entrada el 13 de abril de 2023.

[244] Véanse respuestas de los usuarios al requerimiento de información de la DC de 22 de marzo de 2023.

[redacted]

Importe recaudado por obras musicales (€) a los usuarios (operadores de radio)								
	2019		2020		2021		2022	
	Importe (€)	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**
SGAE	**CONF**	**90%-100%**	**CONF**	**90%-100%**	**CONF**	**CONF**	**CONF**	**90%-100%**
EKKI	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%
UNISON	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%
SUGARPOD	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%
Total	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**

Fuente: Elaboración propia[245]

3.4.2.1.2. Mercado aguas abajo de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual de televisión (lineal o a petición)

(302) La Tabla 21 muestra que la cuota de la SGAE supera el 90% (en concreto, es del [redacted]%) en el mercado aguas abajo de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual de televisión, considerando a los operadores de TV que prestan un servicio de comunicación audiovisual lineal.

Tabla 21. Importe recaudado (€) a los usuarios (operadores de TV) en el mercado de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual de televisión

[redacted]

[245] Respuesta de la SGAE, UNISON y SUGARPOD. La información de EKKI procede del folio confidencial 8.001 (folio confidencial excepto para DAMA 9.507, folio confidencial excepto para la SGAE 9.508, folio confidencial excepto para EKKI 9.509). Véanse también respuestas de los usuarios al requerimiento de información de la DC de 22 de marzo de 2023.

Importe recaudado por obras musicales (€) a los usuarios (operadores de TV)								
	2019		2020		2021		2022	
	Importe (€)	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**
SGAE	**CONF**	**90%-100%**	**CONF**	**90%-100%**	**CONF**	**90%-100%**	**CONF**	**90%-100%**
EKKI	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%
UNISON	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%
SUGARPOD	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%
Total	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**

Elaboración propia a partir de información del expediente[246]

(303) La Tabla 22 muestra que la cuota de la SGAE supera el 90% (en concreto, es muy próxima al [redacted]%) en el mercado aguas abajo de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual de televisión a petición (prestado por plataformas de vídeo a demanda o VOD, *Video On Demand*). El peso del resto de operadores es residual [redacted].

Tabla 22. Importe recaudado (€) a los usuarios (plataformas VOD) en el mercado de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual de televisión

[redacted]

Importe recaudado por obras musicales (€) a los usuarios (plataformas V.O.D.)								
	2019		2020		2021		2022	
	Importe (€)	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**
SGAE	**CONF**	**90%-100%**	**CONF**	**90%-100%**	**CONF**	**90%-100%**	**CONF**	**90%-100%**
EKKI	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%
UNISON	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%
SUGARPOD	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%
Total	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**

Elaboración propia a partir de información del expediente[247]

(304) La Tabla 23 muestra que la cuota de la SGAE supera el 90% (en concreto, es muy próxima al [redacted]%) en el mercado aguas abajo de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual de televisión,

[246] Respuesta de la SGAE, UNISON y SUGARPOD. La información de EKKI procede del folio confidencial 8.001 (folio confidencial excepto para DAMA 9.507, folio confidencial excepto para la SGAE 9.508, folio confidencial excepto para EKKI 9.509). Véanse también respuestas de los usuarios al requerimiento de información de la DC de 22 de marzo de 2023.

[247] Respuesta de la SGAE, UNISON y SUGARPOD. La información de EKKI procede del folio confidencial 8.001 (folio confidencial excepto para DAMA 9.507, folio confidencial excepto para la SGAE 9.508, folio confidencial excepto para EKKI 9.509). Véanse también respuestas de los usuarios al requerimiento de información de la DC de 22 de marzo de 2023.

si se considerase conjuntamente a los operadores que prestan un servicio de servicio de comunicación audiovisual lineal y a los prestadores del servicio a petición (en plataformas VOD). El peso del resto de operadores es residual [redacted]%).

Tabla 23. Importe recaudado (€) a los usuarios (operadores de TV y VOD) en el mercado de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual de televisión

[redacted]

Importe recaudado por obras musicales (€) a los usuarios (operadores de TV y plataformas V.O.D)								
	2019		2020		2021		2022	
	Importe (€)	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**
SGAE	**CONF**	**90%-100%**	**CONF**	**90%-100%**	**CONF**	**90%-100%**	**CONF**	**90%-100%**
EKKI	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%
UNISON	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%
SUGARPOD	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%	CONF	0%-10%
Total	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**

Elaboración propia a partir de información del expediente[248]

(305) Como se ha señalado anteriormente (párrafos (223) y (297)), la consideración conjunta o separada de la televisión lineal y de la televisión a petición (plataformas VOD) no altera las conclusiones del análisis.

[248] Respuesta de la SGAE, UNISON y SUGARPOD. La información de EKKI procede del folio confidencial 8.001 (folio confidencial excepto para DAMA 9.507, folio confidencial excepto para la SGAE 9.508, folio confidencial excepto para EKKI 9.509). Véanse también respuestas de los usuarios al requerimiento de información de la DC de 22 de marzo de 2023.

3.4.2.2. Mercado aguas abajo de gestión de derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales a que se refiere el artículo 90.4 del TRLPI para el servicio de comunicación audiovisual de televisión (lineal o a petición).

(306) Los operadores presentes en estos mercados son las entidades de gestión SGAE[249] y DAMA[250].

(307) La Tabla 24 muestra que la cuota de la SGAE se sitúa en el 30%-40% en 2019-2022 (por un 60%-70% de DAMA) en el mercado aguas abajo de gestión de derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales para el servicio de comunicación audiovisual de televisión, considerando a los operadores de TV que prestan un servicio de servicio de comunicación audiovisual lineal.

Tabla 24. Importe recaudado (€) a los usuarios (operadores de TV) en el mercado de gestión de derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales a que se refiere el artículo 90.4 del TRLPI para el servicio de comunicación audiovisual de televisión (2019-2022)

[redacted]

[249] Salvo especificación en contrario los datos de la SGAE en el ámbito audiovisual proceden de la "respuesta de la SGAE" en el folio confidencial 12.927 (folio no confidencial 14.359). Respuesta al requerimiento de la DC (de 24 de abril de 2023, reiterado el 7 de junio y emitida una aclaración el 12 de junio) que tuvo entrada el 25 de mayo de 2023 y complementada el 9, 21-22 de junio y el 7 y 17 de julio.

Para datos públicos de la SGAE véanse informes de gestión de 2020 (página 29, folio 12.069) y 2021 (página 25, folio 12.139).

[250] Salvo especificación en contrario los datos de DAMA en los mercados aguas abajo proceden de la "respuesta de DAMA" en folios confidenciales 11.534, 11.925, 11.935 y especialmente 12.591, con folio no confidencial 12599 e información aclaratoria en folios no confidenciales 12.588-12.590. Respuesta al requerimiento de la DC (de 24 de abril de 2023, reiterado el 24 de mayo y el 15 de junio) que tuvo entrada el 13 de junio de 2023 y complementada el 29 de junio y el 4 de julio.

Para datos públicos de DAMA véanse informes de gestión y cuentas anuales de 2018 (páginas 6 y 44. folios 13.654 y 13.692), 2019 (páginas 6-8 y 47, folios 12.295-12.297 y 12.336), 2020 (páginas 38-40, folios 12.384-12.386), 2021 (páginas 32 y 40-42, folios 12.432 y 12.440-12.442) y 2022 (secciones 2.3.10 y 3, folios 13.734 y 13.745-13.7479 e informes de transparencia 2019 (páginas 25, 27, 31-33, 44 y 47; folios 13.785, 13.787, 13.791-13.793, 13.804 y 13.807), 2020 (página 24, 32-34; folios 13.863, 13.871-13.873), 2021 (páginas 25 y 33-35, folio 13.958 y 13.966-13.968) y 2022 (páginas 26, 36-38 folios 14048 y 14.058-14.060).

	Importe recaudado por obras audiovisuales (€) a los usuarios (operadores de TV)							
	2019		2020		2021		2022	
	Importe (€)	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**
SGAE	**CONF**	**30%-40%**	**CONF**	**30%-40%**	**CONF**	**30%-40%**	**CONF**	**30%-40%**
DAMA	CONF	60%-70%	CONF	60%-70%	CONF	60%-70%	CONF	60%-70%
Total	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**

Fuente: Elaboración propia[251]

(308) Previamente a 2018 la cuota de la SGAE era mayor. Como se ha indicado (véase apartado 3.4.1.2.4), utilizando la información de informes y cuentas de DAMA, el incremento de peso de DAMA se produce de 2017 a 2018, fruto de la asunción por parte de DAMA de repertorio relevante (de Reino Unido y Estados Unidos[252] y también en cierta medida nacional, véase párrafo (293)), cuando el importe recaudado por DAMA pasa de 2.827.734,59€ en 2017 a 8.119.473,32€ en 2018 (siendo el incremento en 2019 más modesto en términos porcentuales[253], pero aun así relevante por los efectos aún de la incorporación de repertorio[254] pasando la recaudación de DAMA a 12.566.466,29€). DAMA[255] señala que su cuota de facturación en el audiovisual era del 7,08% en 2017 (SGAE tendría alrededor de un 90% en 2017), pasando a un 48,32% en 2018 (SGAE tendría por tanto ligeramente más de un 50% en 2018). Efectivamente, la Tabla 25 muestra que antes de 2018 la SGAE tenía una cuota del 80-90%.

Tabla 25 Importe recaudado (€) a los usuarios (operadores de TV) en el mercado de gestión de derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales a que se refiere el artículo 90.4 del TRLPI para el servicio de comunicación audiovisual de televisión (datos anteriores a 2018)

[redacted]

[251] Respuestas de la SGAE y DAMA.

[252] Véanse páginas 6 y 7 del Informe de gestión y cuentas anuales 2018 de DAMA. Folios 13.654-13.655.

[253] Véase página 25 del Informe de transparencia de DAMA de 2019 (folio 13.785).

[254] Véase página 32-33 del Informe de transparencia de DAMA de 2019 (folio 13.792-13.793).

[255] Véase página 7 del Informe de gestión y cuentas anuales 2018 de DAMA. Folio 13.655.

Importe recaudado por obras audiovisuales (€) a los usuarios (operadores de TV)						
	2015		2016		2017	
	Importe (€)	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**
SGAE	**CONF**	**80%-90%**	**CONF**	**80%-90%**	**CONF**	**80%-90%**
DAMA	2.287.848	10%-20%	2.556.966	10%-20%	2.827.735	10%-20%
Total	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**

Fuente: Elaboración propia[256]

(309) La Tabla 26 muestra que la cuota de la SGAE desciende del 40%-50% en 2019-2021 al 30%-40% en 2022 (mientras la cuota de DAMA aumenta del 50%-60% al 60%-70%) en el mercado aguas abajo de gestión de derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales para el servicio de comunicación audiovisual de televisión a petición (prestado por plataformas de vídeo a demanda o VOD, *Video On Demand*).

Tabla 26. Importe recaudado (€) a los usuarios (plataformas VOD) en el mercado de gestión de derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales a que se refiere el artículo 90.4 del TRLPI para el servicio de comunicación audiovisual de televisión (2019-2022)

[redacted]

Importe recaudado por obras audiovisuales (€) a los usuarios (plataformas V.O.D)								
	2019		2020		2021		2022	
	Importe (€)	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**
SGAE	**CONF**	**40%-50%**	**CONF**	**40%-50%**	**CONF**	**40%-50%**	**CONF**	**30%-40%**
DAMA	CONF	50%-60%	CONF	50%-60%	CONF	50%-60%	CONF	60%-70%
Total	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**

Elaboración propia a partir de información del expediente[257]

(310) Por las mismas razones que las señaladas en el párrafo anterior (308), la cuota de la SGAE previamente a 2018 era mayor. Utilizando la información de informes y cuentas de DAMA, el principal incremento de peso de DAMA en este ámbito se produce de 2017 a 2018[258] cuando el importe recaudado por DAMA pasa de 53.345,25€ en 2017 a 501.027,38€ en 2018[259] (siendo el incremento en 2019

[256] Datos de DAMA en folio 12.624 y datos de la SGAE en folios no confidenciales 13.108/ 14.227 y 13.113-13.115/ 14.232-14.235 y folio confidencial 13.097. Se toman los datos de recaudación por uso de obras audiovisuales correspondientes solo a la parte de dirección y literaria para asegurar la consistencia con la respuesta de la SGAE para el periodo 2019-2022 en el folio confidencial 12.927 y no confidencial 14.359 (véase folio 11.243).

[257] Respuesta de la SGAE y DAMA.

[258] Véanse páginas 6 y 8 del Informe de gestión y cuentas anuales 2018 de DAMA. Folios 13.654 y 13.656.

[259] Véase página 6 del Informe de gestión y cuentas anuales 2018 de DAMA. Folio 13.654.

más modesto en términos porcentuales[260], pero aun así relevante pasando la recaudación de DAMA a 1.650.226,59€). Efectivamente, la Tabla 27 muestra que antes de 2018 la SGAE tenía una cuota superior al 90% (salvo en 2016, donde se sitúa en el 80%-90%).

Tabla 27 Importe recaudado (€) a los usuarios (plataformas VOD) en el mercado de gestión de derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales a que se refiere el artículo 90.4 del TRLPI para el servicio de comunicación audiovisual de televisión (datos anteriores a 2018)

[redacted]

Importe recaudado por obras audiovisuales (€) a los usuarios (plataformas V.O.D.)						
	2015		2016		2017	
	Importe (€)	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**
SGAE	**CONF**	**90%-100%**	**CONF**	**80%-90%**	**CONF**	**90%-100%**
DAMA	17.541	0%-10%	56.497	10%-20%	53.425	0%-10%
Total	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**

Fuente: Elaboración propia[261]

(311) La Tabla 28 muestra que la cuota de la SGAE se sitúa en el 30%-40% en 2019-2022 (por un 60%-70% de DAMA) en el mercado aguas abajo de gestión de derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales para el servicio de comunicación audiovisual de televisión, si se considerase conjuntamente a los operadores que prestan un servicio de servicio de comunicación audiovisual lineal y a los prestadores del servicio a petición (en plataformas VOD).

Tabla 28. Importe recaudado (€) a los usuarios (operadores de TV y plataformas VOD) en el mercado de gestión de derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales a que se refiere el artículo 90.4 del TRLPI para el servicio de comunicación audiovisual de televisión

[redacted]

[260] Véase página 25 del Informe de transparencia de DAMA de 2019 (folio 13.785).

[261] Datos de DAMA en folio 12.624 y datos de la SGAE en folios no confidenciales 13.108/14.227 y 13.113-13.115/14.232-14.235 y folio confidencial 13.097. Se toman los datos de recaudación por uso de obras audiovisuales correspondientes solo a la parte de dirección y literaria para asegurar la consistencia con la respuesta de la SGAE para el periodo 2019-2022 en el folio confidencial 12.927 y no confidencial 14.359 (véase folio 11.243).

[redacted]

Importe recaudado por obras audiovisuales (€) a los usuarios (operadores de TV y plataformas V.O.D)								
	2019		2020		2021		2022	
	Importe (€)	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**
SGAE	**CONF**	**30%-40%**	**CONF**	**30%-40%**	**CONF**	**30%-40%**	**CONF**	**30%-40%**
DAMA	CONF	60%-70%	CONF	60%-70%	CONF	60%-70%	CONF	60%-70%
Total	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**

Elaboración propia a partir de información del expediente[262]

(312) La Tabla 29 muestra que antes de 2018 la SGAE tenía una cuota del 80%-90% en el mercado aguas abajo de gestión de derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales para el servicio de comunicación audiovisual de televisión, si se considerase conjuntamente a los operadores que prestan un servicio de servicio de comunicación audiovisual lineal y a los prestadores del servicio a petición (en plataformas VOD).

Tabla 29. Importe recaudado (€) a los usuarios (operadores de TV y plataformas VOD) en el mercado de gestión de derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales a que se refiere el artículo 90.4 del TRLPI para el servicio de comunicación audiovisual de televisión (datos anteriores a 2018)

[redacted]

Importe recaudado por obras audiovisuales (€) a operadores de TV y plataformas V.O.D						
	2015		2016		2017	
	Importe (€)	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**	**Importe (€)**	**Cuota (%)**
SGAE	**CONF**	**80%-90%**	**CONF**	**80%-90%**	**CONF**	**80%-90%**
DAMA	2.305.389	10%-20%	2.613.463	10%-20%	2.881.160	10%-20%
Total	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**	**CONF**	**100%**

Fuente: Elaboración propia[263]

[262] Respuesta de la SGAE y DAMA.

[263] Datos de DAMA en folio 12624 y datos de la SGAE en folios 13.108/ 4.227 y 13.113-13.115/ 14.232-14.235 y folio confidencial 13.097. Se toman los datos de recaudación por uso de obras audiovisuales correspondientes solo a la parte de dirección y literaria para asegurar la consistencia con la respuesta de la SGAE para el periodo 2019-2022 (véase folio 11.243).

(313) Como se ha señalado anteriormente (párrafos (223) y (297)), la consideración conjunta o separada de la televisión lineal y de la televisión a petición (plataformas VOD) no altera las conclusiones del análisis.

3.4.2.3. Conclusión sobre los mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones de uso de los derechos de reproducción y comunicación pública de obras musicales y de gestión de los derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales

(314) En el mercado de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales en radio (véase apartado 3.4.2.1.1), la SGAE tiene una cuota superior al 90% durante cada año del periodo 2019 a 2022 (previamente a 2019 la cuota era mayor a la de 2019 y muy probablemente del 100%).

(315) En el mercado de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales en TV (véase apartado 3.4.2.1.2), la SGAE tiene una cuota superior al 90% (previamente a 2019 la cuota era mayor a la de 2019 y muy probablemente del 100%), independientemente de que se consideren los servicios de televisión lineal y a petición agrupados o separados.

(316) En el mercado de gestión de derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales por su uso en el servicio de comunicación audiovisual de televisión, la cuota de la SGAE era superior al 80% antes de 2018. Tras 2018 la situación cambió y la SGAE pasa a tener una cuota de alrededor del 30%-40% en el periodo 2019-2022. Todo ello independientemente de que se consideren los servicios de televisión lineal y a petición agrupados o separados.

4. HECHOS ACREDITADOS

(317) **Los hechos analizados en el presente expediente tienen que ver con los siguientes derechos gestionados por la SGAE licenciados a emisoras de radio y televisión**:

- En cuanto a las **obras musicales**, **los derechos exclusivos de comunicación pública** (artículo 20 del TRLPI) **y reproducción** (artículo 18 del TRLPI) **de gestión colectiva voluntaria**.

- En cuanto a las **obras audiovisuales**, **los derechos de remuneración de gestión colectiva obligatoria del artículo 90.4 del TRLPI que corresponden a los autores de obras audiovisuales** (director-realizador, autores del argumento, la adaptación, el guion o los diálogos y los autores de composiciones musicales, con o sin letra, creadas específicamente para esta obra audiovisual[264])

[264] Artículo 87 del TRLPI.

(318) Tal y como se expone, en detalle, a continuación, a partir de los elementos incorporados al expediente durante la fase de instrucción, **han podido acreditarse**, entre otros, **los siguientes conjuntos de hechos**:

- Por lo que se refiere a los **derechos relativos a las obras musicales**, consta que **los contratos firmados por la SGAE** con una multitud de usuarios particularmente relevantes de televisión y radio (entre otros ATRESMEDIA, MEDIASET, la ERC, SER, COPE), así como ciertos modelos de contrato de SGAE **incluyen (o incluían hasta fechas cercanas) cláusulas mediante las que se presume la universalidad del repertorio de la SGAE, así como, también, en determinados casos, cláusulas de indemnidad frente a reclamaciones de terceros por el uso de derechos no incluidos en el repertorio de la SGAE**.

  Constan, asimismo, evidencias de que **varios usuarios han rechazado contratar con el competidor de la SGAE, UNISON, invocando la universalidad del repertorio de la SGAE** y que UNISON ha recibido quejas en relación con retrasos en los cobros, por parte de sus clientes aguas arriba (titulares de derechos).

- Por lo que se refiere a los **derechos relativos tanto a las obras musicales como a las audiovisuales** de la SGAE **consta que, para las radios** (obras musicales), **únicamente se han aplicado, hasta la fecha, tarifas por disponibilidad promediada**, **y que para las televisiones** (obras musicales y audiovisuales) **también se ha aplicado de manera cuasi exclusiva este tipo de tarificación**, **con la única excepción de 6 operadores que han optado una tarifa de uso efectivo**. Además, de estos 6 usuarios, solo uno (RTVE), tendría una audiencia significativa.

4.1. Licenciamiento a los usuarios, con carácter pretendidamente universal, del repertorio gestionado por la SGAE

4.1.1. La terminación convencional de 2003 relativa a obras audiovisuales y su posterior aplicación práctica

(319) En 2002, DAMA denunció a la SGAE ante la extinta CNC por “impedir la libre elección de entidad de gestión por los autores y el libre movimiento de los mismos entre entidades de gestión, y recaudar los derechos que correspondían a DAMA en relación con el alquiler y exhibición en las salas cinematográficas de obras audiovisuales y la comunicación pública de obras audiovisuales por televisión en España”. Posteriormente la denuncia dio lugar a la incoación de un procedimiento sancionador en el marco del cual se alcanzó el 27 de noviembre de 2003 un acuerdo de terminación convencional[265] (ATC) entre DAMA, la SGAE

[265] Posteriormente, con fecha 24 de junio de 2008, el consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (expediente VATC/630/07, DAMA/SGAE) dictó Resolución en relación con la vigilancia de ejecución del Acuerdo de Terminación Convencional.

y el Servicio de Defensa de la Competencia de duración indefinida. En concreto, el compromiso sexto dispone que la SGAE facilitaría a DAMA la negociación con las televisiones para alcanzar acuerdos relacionados con la facturación de esta entidad. La SGAE también se comprometía a: crear un grupo de trabajo y una base de datos conjunta sobre contenidos, obras y autores; limitar la duración de los contratos con los autores; acordar un criterio de reparto de la obra audiovisual (25% dirección, 25% música y 50% parte literaria); liquidar los pagos pendientes y comunicarlo.

(320) Hasta el momento en que dichos acuerdos hubiesen sido alcanzados, y con el límite máximo de un año desde la fecha de aprobación del ATC, la SGAE asumía la recaudación de los derechos correspondientes al repertorio gestionado por DAMA aplicando las tarifas que figurasen en los contratos firmados con las televisiones y haciendo entrega a DAMA de las cantidades cobradas de acuerdo con las normas de reparto contenidas en el Reglamento SGAE. Pasado el plazo máximo de un año, cada entidad debía cobrar por sí misma las cantidades.

(321) DAMA manifestó en el marco del expediente de vigilancia VATC/0630/07 DAMA-SGAE[266] que desde 2005 tenía firmados acuerdos para la recaudación de los derechos de propiedad intelectual por la comunicación pública de las obras de sus autores socios con la generalidad de los operadores de televisión (generalistas, autonómicas y locales) y que estos acuerdos *"son independientes de los que tiene SGAE con dichos operadores"*[267].

(322) Posteriormente, el 5 de diciembre de 2012 (VATC/0630/07) el Consejo de la CNC declaró el cumplimiento de la Resolución de 24 de junio de 2008 y dio por concluida su vigilancia. Concretamente, consideró "*que tanto DAMA como SGAE han adecuado su conducta a los compromisos asumidos en el Acuerdo de Terminación Convencional de 27 de noviembre de 2003 y a las condiciones impuestas por este Consejo en su Resolución de 24 de junio de 2008, por lo que procede dar por concluida la vigilancia de la misma*".

(323) De acuerdo con la SGAE, con fecha 1 de enero de 2005, en aras de dar cumplimiento al ATC de 2003, permitiendo así que DAMA facturara y cobrara sus derechos, se introdujo la siguiente cláusula en los contratos con los operadores televisivos.

> *"SGAE resarcirá a USUARIO de las cantidades que correspondan a los autores de las obras audiovisuales emitidas por USUARIO y por los conceptos objeto del presente contrato, que sean administradas y reclamadas por otras entidades de gestión colectiva de derechos de autor de obras audiovisuales. El importe del resarcimiento será hasta el límite máximo de la cuantía que, de conformidad con las*

[266] Según se refleja en la resolución del Consejo de la Comisión nacional de la competencia de 5 de diciembre de 2012 que cita literalmente el Informe Propuesta.

[267] Asimismo, en relación a la remuneración equitativa por copia privada "*relativa a obras audiovisuales, Compromiso 7° del ATC, cada entidad ha gestionado su repertorio de forma independiente sin mayores problemas. Afirma SGAE que en la actualidad un 97,91% de la recaudación corresponde a SGAE y un 2,09% a DAMA".*

tarifas y normas de reparto de SGAE, hubiera correspondido a los citados autores, si éstos fueran administrados por SGAE"[268].

(324) Añade la SGAE que dicha cláusula quedó sin efecto coincidiendo con la aprobación de la Orden de Metodología de 2015 y la Resolución de 9 julio de 2015 en el expediente S/0466/13, SGAE AUTORES, que finalizó con un acuerdo de terminación convencional[269], gestionando a día de hoy la SGAE su propio repertorio.[270]

(325) Asimismo, en el marco del presente expediente, en su respuesta al requerimiento de información remitida a la DC con fecha 3 de abril de 2023, DAMA señala que *"*[u]*no de los aspectos esenciales de aquella situación, consistentes en la recaudación a los operadores de televisión por el repertorio universal, se ha visto esencialmente corregido, y en la actualidad se aplican los acuerdos de reconocimiento de amplitud de repertorio*[271]*"*.

4.1.2. Los modelos de contrato de la SGAE incluyen cláusulas que presumen la universalidad de su repertorio musical

(326) Constan en el expediente una serie de modelos de contrato autorización de la SGAE aportados en el marco de la denuncia de UNISON que incluyen cláusulas de presunción de la universalidad del repertorio musical de la SGAE[272].

(327) En las "Memorias Económicas Justificativas" de 2016[273] de la SGAE se indica que "[n]o existe en España ninguna otra entidad de gestión autorizada por el Ministerio de Cultura que represente a los autores de las obras musicales utilizadas por las emisoras de radio, lo que equivale a una amplitud del repertorio máxima. De hecho, la amplitud del repertorio de la SGAE es tal que la jurisprudencia ha establecido la presunción de que los actos de comunicación pública abarcan obras incluidas en el repertorio de la SGAE, habida cuenta la

[268] Folios no confidenciales 8.081-8.082 y folio confidencial 8068. Respuesta de la SGAE de 18 de abril de 2023 a la solicitud de información de la DC.

[269] La resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de fecha 1 de septiembre de 2020 consideró cumplidos los compromisos y declaró el cierre de la vigilancia.

[270] Esto lo señala la SGAE en su respuesta de 18 de abril de 2023 a la reiteración del requerimiento de información remitido por la DC con fecha 22 de marzo de 2023 (folio no confidencial 8.082 y folio confidencial 8.068).

[271] Folio no confidencial 11.449. Folios 6.971 y 6.993 confidenciales salvo para DAMA y la SGAE.

[272] Folio no confidencial 4.263. Anexo Nº 12 de la denuncia de UNISON de 7 de junio de 2021. Folio no confidencial 4.272. Anexo Nº 13 (cláusula décima) de la denuncia de UNISON de 7 de junio de 2021. Folio no confidencial 4272. Anexo Nº 13 (cláusula décima) de la denuncia de UNISON de 7 de junio de 2021. Folio no confidencial 4.291. Anexo Nº 15 de la denuncia de UNISON de 7 de junio de 2021. Folios no confidenciales 4.890-4.891 aportados por UNISON en su denuncia de 7 de junio de 2021. Folio no confidencial 10.758 y folios confidenciales 10.755-10.756 y 10.765-10.766.

[273] Folio no confidencial 5.318, aportado por UNISON en su denuncia de 7 de junio de 2021.

extensión del repertorio gestionado por dicha entidad". Este mismo párrafo se incluye en la Memoria Económica Justificativa de la SGAE publicada en 2023[274].

4.1.3. La SGAE incluye cláusulas que hacen referencia a la universalidad de su repertorio musical en contratos que firma con usuarios

(328) Constan en el expediente las respuestas de los usuarios al requerimiento de información remitido por la DC el 22 de marzo de 2023. En ellas una serie de operadores confirman el empleo de cláusulas que hacen referencia a la universalidad del repertorio musical de la SGAE[275], como se detalla en los apartados siguientes.

4.1.3.1. Televisión en abierto y OTT

(329) **En el acuerdo firmado por ATRESMEDIA** con la SGAE en 2018, aplicable inicialmente a los años 2016 a 2019, y extendida en 2022 su aplicación a los años 2020 y 2021, se detalla expresamente en el punto IV:

> *"IV. Repertorio: SGAE garantiza a ATRESMEDIA la representación universal (100%) del repertorio musical (incluida la parte musical del audiovisual) y su capacidad de gestión sobre los derechos que cubren los usos realizados por ATREMESDIA, manteniendo su indemnidad frente cualquier reclamación de terceros. SGAE es consciente que un cambio en la amplitud de la representación/gestión del repertorio podría suponer un grave perjuicio para la actividad de ATRESMEDIA y se compromete a actuar con la mayor diligencia para evitarlo, así como para comunicarlo adecuadamente y reducir su posible impacto. En cualquier caso, la disminución de la representación/gestión del repertorio utilizado por ATRESMEDIA conllevará una minoración equitativa de la tarifa. SGAE liquidará a ATRESMEDIA los derechos de remuneración que correspondan a los autores audiovisuales (por la parte literaria y a de directores-realizadores) teniendo en cuenta que no es la única entidad de gestión en relación con estos derechos por lo que, en cualquier caso, la suma de la representación/uso de los repertorios SGAE, DAMA o cualquier otra que, en adelante, pudiera constituirse en España para la gestión del derecho de remuneración de autores audiovisuales, será del 100% y su reparto vendrá dado a ATRESMEDIA fruto del consenso entre las diversas entidades de gestión concurrentes"*[276].

(330) **Este hecho ha sido confirmado por MEDIASET, que ha indicado** que "[h]asta hace no tanto tiempo, la SGAE reconocía expresamente (en los contratos suscritos con usuarios, entre ellos mi mandante) representar "universalmente" el íntegro repertorio musical existente" [277].

(331) **Prime Video** señala que [redacted]

[274] Página 6 de la Memoria Justificativa disponible en el sitio web de la SGAE (https://www.sgae.es/licencia-de-radio/). Acceso de 14 de junio de 2023.

[275] Otro ejemplo puede encontrarse en los folios 4.770-4.796.

[276] Folio no confidencial 9.337. Folio confidencial 7.328 (contrato de 2018).

[277] Folio no confidencial 11.028.

[redacted].

(332) La práctica anteriormente descrita no se ha dado únicamente con usuarios individuales que solicitan licencia a la SGAE, sino que también se ha aplicado y extendido a los acuerdos sectoriales con asociaciones de usuarios (véase apartado 4.1.3.2).

4.1.3.2. Radiodifusión sonora

(333) En lo que respecta al sector de radiodifusión, el último convenio firmado entre la Asociación Española de Radiodifusión Comercial (**AERC**) y la SGAE es del año 2019[279], siendo el que se encuentra actualmente en vigor conforme a la información disponible en el expediente[280]. La AERC engloba la totalidad de las emisoras privadas comerciales de España, contando entre sus socios las grandes cadenas de la radiodifusión española como SER, COPE, ONDA CERO, KISS FM y RADIO MARCA. Una de sus funciones es centralizar las negociaciones de las emisoras privadas del país con las entidades de gestión[281].

(334) La cláusula primera del acuerdo establece que "la SGAE garantiza la representación universal de su repertorio y su capacidad de gestión sobre los derechos que cubren los usos realizados por las emisoras de radios asociadas, manteniendo su indemnidad frente a cualquier reclamación de terceros, personas físicas o jurídicas. En caso de una disminución del repertorio que impida garantizar la representación universal en los términos señalados, la SGAE se compromete a notificarlo a AERC, debiendo adaptar los importes de derechos debidos al repertorio realmente gestionado por la SGAE"[282].

(335) El convenio de 2019 señala lo siguiente en relación al repertorio[283]:

---

[278] Folios 8.997-9.000 confidenciales, folio no confidencial 8.994.

[279] [redacted].

[280] Respuesta de la AERC al requerimiento de información remitido por la DC con fecha 28 de abril de 2023. Folio no confidencial 10.758.

[281] https://radiovalue.es/quienes-somos/

[282] Folio no confidencial 10.845. Respuesta de la AERC al requerimiento de información remitido por la DC con fecha 28 de abril de 2023.

[283] Folio 10.762 confidencial salvo para la SGAE.

[redacted][284].

(336) Por su parte, **SER** afirma en su escrito de contestación a requerimiento de información de la DC que hicieron saber a UNISON que "[t]*enemos suscrito un contrato con la SGAE en el que se nos garantiza la representación universal en el territorio de España, además de la indemnidad frente a cualquier reclamación de terceros, y en su caso, el ajuste de la remuneración a que hubiera lugar. Según este contrato nuestra liquidación a la SGAE sería por el cien por cien de la obra, incluyendo todos los derechos de explotación y la totalidad de titulares*" [285].

(337) También el acuerdo de RADIO POPULAR, S.A. (**COPE**) con la SGAE de 1 de octubre de 2019[286] contiene una cláusula relativa a la universalidad del repertorio[287].

---

[284] Folios 10.755-10.756, versión no confidencial folios 10.758-10.759. Respuesta de la AERC al requerimiento de información remitido por la DC con fecha 28 de abril de 2023.

[285] Folio no confidencial 9.930.

[286] [redacted]

[287] [redacted]

Folio confidencial excepto para COPE y la SGAE 7147.

(338) Consta además [288] el acuerdo que la **Asociación Catalana de Radio** suscribió el 10 de noviembre de 2008 con la SGAE cuyo objeto es la comunicación pública en radios. Este acuerdo estaba vigente hasta 2012 y era tácitamente prorrogable por periodos anuales. En la cláusula primera se establece que *"las obras dramático-musicales y las coreografías tendrán la consideración de "obras de pequeño derecho" se presumirá salvo prueba en contrario, que cualquier obra de las mencionadas en el número 2)[289] de esta Cláusula pertenecen al repertorio de SGAE, tal como queda definido en el número 1)."* (énfasis añadido).

(339) Sin embargo, **RADIO BLANCA** indica que su acuerdo con la SGAE *"no contiene ninguna cláusula por la que se presuma que pertenece al repertorio de SGAE"*[290]. Efectivamente, el contrato de 2018 que aporta regulariza cantidades adeudadas y no contiene indicación alguna sobre el repertorio.

(340) Finalmente, consta en el expediente carta remitida por la SGAE a AERC con fecha 19 de mayo de 2023[291] en la que la SGAE indica que se acuerda, respecto de la cláusula donde se alude al concepto de universalidad, sustituirla por la definición del repertorio gestionado por la SGAE que está incluida en cada contrato suscrito con las emisoras. No consta en el expediente un nuevo acuerdo entre la SGAE y AERC ni nuevos contratos con los usuarios principales. Sí constan los contratos suscritos con UNIPREX, S.A. con fecha 12 de septiembre de 2019; con RADIO MURCIA con fecha 20 de diciembre de 2019 y con RADIO ZARAGOZA con fecha 20 de diciembre de 2019[292], que señalan que [293] [redacted]

[288] Folios 4.908-4.933. Anexo 42 de la denuncia de UNISON de 7 de junio de 2021.

[289] En este se establece lo siguiente *"Son "obras de pequeño derecho": las composiciones musicales (con o sin letra), y las obras literarias de pequeña extensión, dramatizadas o no, creadas para los espectáculos denominados de "variedades" o representadas o recitadas en tales espectáculos, tales como poemas, chistes, "sketch" y producciones análogas. Los fragmentos sonoros de guiones o diálogos dramatizados que sean parte integrante de una obra audiovisual, así como la música que le acompañe, tiene la consideración de obras del repertorio de "pequeño derecho".*

Las obras dramático-musicales y las coreográficas tendrían la consideración de "obras de pequeño derecho" cuando sean utilizadas en fragmentos de una duración de ejecución no superior a 25 minutos ni al 25 por 100 de la duración total de la obra.

[290] Folio no confidencial 10.952 y folio confidencial excepto para AETDT y la SGAE 10.917. Respuesta de RADIOBLANCA al requerimiento de información de 17 de mayo de 2023.

[291] Folios 13.089-13.090.

[292] Folios 13.028-13.088 confidenciales.

[293] Folios 13.029, 13.052-13.053 y 13.071-13.072 confidenciales.

[redacted]

4.1.4. Varios usuarios han rechazado contratar con UNISON alegando la universalidad del repertorio musical de la SGAE

(341) Asimismo, constan en el expediente las respuestas a UNISON por parte de varios de los principales operadores de radio y televisión de España y la asociación AERC (que engloba entre otros a SER, COPE, ONDA CERO, KISS FM y RADIO MARCA) rechazando contratar con UNISON, alegando disponer de un contrato con la SGAE que cubre un repertorio universal[294]. Todas estas comunicaciones han sido aportadas por UNISON.

(342) [redacted]

(343) En su respuesta al requerimiento de información de la DC remitida con fecha 24 de abril de 2023, la **SER** señala*:* [redacted]. Añade asimismo que dio traslado de ello a la SGAE[296]. Concretamente señala que [redacted]

[294] Anexos del 43 al 48, (folios 4.934-4.946), siendo el 47 confidencial (folios 4.940-4.944) aportados por UNISON en su escrito de denuncia de 7 de junio de 2021.

[295] Folio 4.934, confidencial excepto para la SGAE y UNISON. Aportados por UNISON en su escrito de denuncia de 7 de junio de 2021 (anexo nº 43)

[296] Respuesta de Grupo PRISA de 24 de abril de 2023. Folio no confidencial 9.930, folio confidencial 9.516.

[redacted]

(344) [redacted][297]

(345) Por otro lado, en la carta remitida por **MEDIASET** a UNISON [redacted][298]

(346) Por último, en la carta remitida con fecha 28 de mayo de 2021 por la **AERC** a UNISON, la AERC señala que "[a]*ctualmente AERC tiene suscrito un convenio con la SGAE, que contempla una tarifa por disponibilidad modulada según la presencia de música en tres tipologías distintas de programación radiofónica, en el que se garantiza la representación universal del repertorio junto a la indemnidad frente a cualquier reclamación de terceros, o la adaptación de los importes de los derechos debidos. En este contexto, surge UNISON proponiendo una tarifa por disponibilidad que cubre exclusivamente el uso de su repertorio, el cual se encuentra incluido o garantizado en virtud de dicho acuerdo*."[299]

4.1.5. UNISON ha recibido quejas de sus clientes

(347) UNISON aporta el correo electrónico en el que [redacted]

[297] Folio no confidencial 4.936. Anexo Nº 44 de la denuncia de UNISON de 7 de junio de 2021.

[298] Folio 4.938 no confidencial. Anexo Nº 46 de la denuncia de UNISON de 7 de junio de 2021.

[299] Folio no confidencial 4.945 aportado por UNISON en su denuncia de UNISON de 7 de junio de 2021.

[redacted]

(348) UNISON[302] también aporta copia de la comunicación de [redacted]

(349) Asimismo, UNISON aporta el correo enviado el 24 de abril de 2023 por parte de su cliente **"La Cúpula"** que indica lo siguiente:

> *"A través de este correo te notifico la decisión de dar de baja todos los derechos que gestiona UNISON excepto los derechos digitales. La decisión de retirarle la gestión de la comunicación pública de radios y televisiones recae en que después de 3 años y 4 meses no hemos recibido ningún ingreso de estos derechos, lo que comercialmente nos está perjudicando claramente. Igualmente retiramos el background music ya que tampoco hemos recibido ningún ingreso al respecto".*[303]

(350) Finalmente, UNISON aporta en su respuesta al requerimiento de información de la DC, varios correos electrónicos[304] en los que dos clientes reclaman cuándo finalmente podrán cobrar por la explotación de sus derechos.

(351) El primero de ellos es un correo de fecha 17 de abril de 2023 en el que una editorial cliente (**temps RECORD**) consulta sobre la liquidación de sus derechos en TV3, y señala:

---

[300] UNISON en su ampliación de denuncia de 23 de julio de 2021 aporta copia del contrato de gestión suscrito por dicho cliente con fecha 31 de diciembre de 2019. Folios confidenciales excepto para la SGAE 5.339-5.366.

[301] Folios confidenciales excepto para la SGAE 5.369-5.373, aportados por UNISON en su ampliación de denuncia de 23 de julio de 2021.

[302] [redacted] Folios 5374-5375 confidenciales salvo para la SGAE, aportados por UNISON en su ampliación de denuncia de 23 de julio de 2021.

[303] Folio no confidencial 9.742. Respuesta de UNISON de fecha 30 de marzo de 2023 al requerimiento de información.

[304] Folios no confidenciales 9.743-9.746. Respuesta de UNISON de fecha 30 de marzo de 2023 al requerimiento de información.

"También me gustaría saber cómo está el tema y cuál es la previsión que hay de cobrar estos derechos. Si es este diciembre o mediados del año que viene".

(352) Dicho cliente, con fecha 11 de abril de 2023, vuelve a consultar sobre esta situación indicando lo siguiente:

"Te escribo para saber si hay alguna forma de saber si TV3 pagarán los derechos en el próximo pago de la serie "ESTE CUENTO NO SE HA ACABADO", serie estrenada en enero del 2022 y de qué cantidad estamos hablando. Es que esta forma de funcionar de las TV es bastante increíble, ya que los autores nunca podemos planificar nada de nuestros derechos de autor por culpa de la desinformación de los medios. Me entiendes ¿verdad?"[305]

4.2. Diseño y aplicación de las tarifas de la SGAE en relación con el uso de obras musicales y audiovisuales en emisoras de radio y televisión.

(353) Según declara la SGAE en su respuesta al requerimiento de información de fecha 18 de abril de 2023,[306] sus tarifas generales de 2016 fueron elaboradas "de acuerdo con lo requerido por el TRLPI y la Orden Ministerial ECD/2574/2015, de 2 de diciembre, por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual".

(354) Dicha Orden fue declarada nula por la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección 4, de fecha 22 de marzo de 2018, y teniendo en cuenta que la SGAE no ha alcanzado un acuerdo con los radiodifusores para la aplicación de las tarifas aprobadas en 2016, indica la entidad que hasta el momento se han estado aplicando las tarifas anteriores[307], esto es, las de 2015.[308] Así pues, si bien tras 2015 la SGAE ha aprobado varias tarifas, *de facto* se siguen aplicando las de 2015.

(355) No obstante, tal y como reitera en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución[309], ATRESMEDIA matizó lo siguiente en sus alegaciones al PCH:

"Hay que tener en cuenta que las tarifas 2015 tampoco fueron aceptadas por los usuarios y, por tanto, no son las que se han estado aplicando ni las que de facto se siguen aplicando hoy en día. Las tarifas que se han estado aplicando y que aplican

[305] Folio 9.744.

[306] Folio no confidencial 8.065.

[307] Folio no confidencial 8.080.

[308] Con fecha 5 de abril de 2023 se publicó en el BOE una nueva Orden de metodología (Orden CUD/330/2023, de 28 de marzo, por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual por la utilización de su repertorio y el contenido de la memoria económica que debe acompañar a las tarifas generales). Según lo declarado por la SGAE (folio 8.066), la entidad está en la actualidad trabajando en la elaboración de unas nuevas tarifas sobre la base de esta Orden (folio no confidencial 8.080).

[309] Párrafo 15 de las alegaciones de ATRESMEDIA a la Propuesta de Resolución (folio 20.729).

hoy en día son las aceptadas por los usuarios en sus acuerdos con SGAE, es decir, las tarifas pactadas, y son las que se detallan en el apartado 4.2.4. del PCH (tarifas aplicadas en la práctica) que presentan relevantes diferencias respecto a las tarifas generales 2015, tanto en la determinación de los ingresos a tener en cuenta, como en los tipos aplicables y en las deducciones y bonificaciones.”[310]

(356) El capítulo V de las tarifas generales publicadas para 2023[311] hace referencia a la regulación en radiodifusión y cable. Dicha sección se divide en tarifas para emisoras de radio, operadores (emisoras) de televisión y paquetes de programas de difusión y cable.

(357) Con fecha 28 de abril de 2023, se adoptó por la DC acuerdo de incorporación de las tarifas disponibles en la web de la SGAE, documento fechado en febrero de 2023 (folios 10277-10471). Estas son las tarifas objeto de análisis en los apartados sucesivos y las que fueron analizadas en el PCH de 13 de octubre de 2023.

(358) A la vista de las alegaciones de ATRESMEDIA y MEDIASET al PCH, la DC ha constatado la existencia de un nuevo tarifario en la web de la SGAE, fechado en noviembre de 2023.

4.2.1. Tarifas generales para emisoras de radio

4.2.1.1. Tarifas febrero 2023

(359) Tal y como se determina en la Memoria Económica Justificativa de las Tarifas Generales SGAE 2023[312] (Memoria Económica SGAE), en el Capítulo V, que hace referencia a los derechos de radiodifusión y cable, se incluye una descripción de la tarifa para la utilización del repertorio de “pequeño derecho” por emisoras de radio[313].

(360) Concretamente, se indica que “[l]a tarifa actual, adapta la tarifa preexistente a las disposiciones contenidas en la Orden ECD/2574/2015, en especial a la obligación de ofrecer al usuario una tarifa por uso efectivo (TUE) y una tarifa por disponibilidad promediada (TDP). Obedece igualmente a las particulares necesidades generadas por el desarrollo tecnológico y los cambios en el mercado de la radio. Asimismo, se incluyen los servicios a demanda, complementarios a la emisión radiofónica, cuyo desarrollo tecnológico es posterior a la redacción original de la tarifa, y cuya implantación actual es generalizada en el sector de la radio, siendo una parte importante de su

[310] Folio no confidencial 17.773.

[311] Folios no confidenciales 10.453 y ss. Incorporación de documentación del sitio web de la SGAE, por Acuerdo de 28 de abril de 2023.

[312] Folios no confidenciales 10.038-10.069. Incorporación de documentación del sitio web de la SGAE por Acuerdo de 28 de abril de 2023.

[313] Folio 10.041. Memoria económica justificativa tarifas generales la SGAE conforme a la Orden ECD/2574/2015.

actividad, especialmente en relación con su posicionamiento y estrategia de comunicación".[314]

(361) Por tanto, las tarifas publicadas con fecha febrero para 2023 que nunca se han llegado a aplicar ofrecen una tarifa por uso efectivo (**TUE**) y una tarifa por disponibilidad promediada (**TDP**)[315]. En ambas modalidades de tarifa, se establece una subdivisión entre emisiones lineales y a demanda.

(362) Se establece asimismo en la Memoria 2023 que el objeto de la tarifa[316] es la comunicación pública y la reproducción, excluyéndose la primera fijación de las obras en espacios publicitarios y la difusión por radio de ejecuciones públicas organizadas por terceros y no exceptuadas legalmente del derecho de autor.

(363) En lo que respecta a la base de la tarifa[317], está constituida por la totalidad de ingresos brutos de explotación vinculados a la actividad radiodifusora, lo cual incluye cuotas de asociados o abonados, subvenciones e ingresos brutos por publicidad y excluye los ingresos financieros y de ventas de programas.

(364) En lo que respecta a la TUE de emisiones lineales, se aplicará la tarifa que corresponda al grado de utilización de uso efectivo de las obras del repertorio en relación con el total tiempo de emisión que resulte de aplicar la siguiente fórmula:

Tarifa por uso efectivo = 1,5% + (4,5% x % uso efectivo)

(365) En lo que respecta a la TUE de emisiones a demanda, se aplicará la tarifa que corresponda al grado de utilización de uso efectivo de las obras del repertorio en relación con el total tiempo de los accesos o consumos realizados, que resulte de aplicar la siguiente fórmula:

Tarifa por uso efectivo = 7,5% x % uso efectivo

(366) En el caso de la TDP para emisiones lineales, se indica en la Memoria que cada uno de los centros emisores de la entidad radiodifusora se clasificará según un determinado intervalo en función del uso del repertorio musical en sus respectivas emisiones (de 0% a 10%; de 11% a 70% y de 71% a 100%), aplicándose a dichos intervalos tarifas de 1,5%; 3,6% y 6% respectivamente.

(367) En cuanto a la TDP para emisiones a demanda (puesta a disposición de programas emitidos en la emisión primaria), se establece que la entidad radiodifusora se clasificará, en función del uso del repertorio en los accesos o consumos realizados, en los mismos intervalos anteriores, aplicando en este caso tarifas de 1,875%; 4,5% y 7,5% respectivamente.

---

[314] Folios no confidenciales 10.041-10.042. Incorporación de documentación del sitio web de la SGAE.

[315] Folios no confidenciales 10.455-10.456. Incorporación de documentación del sitio web de la SGAE.

[316] Folios no confidenciales 10.455 y 10.456. Incorporación de documentación del sitio web de la SGAE.

[317] Folio no confidencial 10.456. Incorporación de documentación del sitio web de la SGAE.

(368) Asimismo, se regula en las tarifas una serie de descuentos y bonificaciones, así como unos mínimos a aplicar mensualmente cuando el resultado de la aplicación de las tarifas precedentes sea inferior a unas determinadas cantidades.

4.2.1.2. Tarifas 2015

(369) Las tarifas correspondientes al año 2015[318] son las que la entidad indica que se aplican a día de hoy[319]. A su base[320] (la totalidad de los ingresos que obtenga la entidad radiodifusora), calculada conforme a unas determinadas reglas[321], se aplicarán una serie de coeficientes correctores que correspondan a cada uno de los centros emisores de que sea titular la entidad radiodifusora, según la categoría en la que estén clasificados en función del uso del repertorio musical en sus respectivas emisiones[322].

(370) Dichas categorías son las siguientes:

- Categoría A: Emisoras que utilizan el repertorio hasta un 10% de su total tiempo de emisión.
- Categoría B: Emisoras que utilizan el repertorio musical en más de un 10% y en menos de un 70% de su total tiempo de emisión.
- Categoría C: Emisoras que utilizan el repertorio musical en un 70% o más de su total tiempo de emisión.

(371) A las tres categorías se les aplican los siguientes coeficientes:

- Categoría A: 0,25.
- Categoría B: 0,60.
- Categoría C: 1,00.

---

[318] Folios no confidenciales 10.258-10.260. Incorporación de documentación del sitio web de la SGAE.

[319] Folio no confidencial 8.080.

[320] Concretamente se indica en la Memoria de 2015 que la base está constituida "*por la totalidad de los ingresos brutos de explotación vinculados a la actividad radiodifusora*" que incluye cuotas, subvenciones e ingresos brutos por publicidad. Folio no confidencial 10.046. Incorporación de documentación del sitio web de la SGAE.

[321] Folios no confidenciales 10.257, 10.258. Incorporación de documentación del sitio web de la SGAE.

[322] Precisa ATRESMEDIA en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución (folio 20.729) que, según la transcripción literal de las tarifas de 2015: "*De los ingresos brutos de publicidad se deducirán las comisiones que la entidad radiodifusora justifique haber satisfecho a las agencias o intermediarios publicitarios legalmente establecidos, con el límite del 25 por 100 de la cantidad que cada anunciante haya abonado o se haya obligado a abonar. No será deducible ningún otro tipo de descuento o bonificación que la entidad radiodifusora pueda practicar a sus anunciantes, sea éste de carácter técnico o de cualquier otra naturaleza".*

(372) A la cantidad resultante se le aplicará el 3,75% en concepto de derechos de comunicación pública y el 1,25% en concepto de derechos de reproducción. Adicionalmente, se establecen una serie de mínimos en caso de no alcanzarse unos determinados umbrales.

(373) Por tanto, en las tarifas generales de 2015 no se incluyen una TUE y una TDP sino únicamente la TDP descrita.

4.2.2. Tarifas generales para operadores de televisión

4.2.2.1. Tarifas febrero 2023

(374) En la sección de las Tarifas Generales publicadas con fecha febrero para 2023 correspondiente a operadores de televisión, la SGAE define[323] lo que considera subsumido en el repertorio de la entidad, estableciendo que este *"comprende las obras de "pequeño derecho" y las obras audiovisuales cuyos titulares de los correspondientes derechos exclusivos de reproducción, distribución y comunicación pública y el de remuneración regulado en el artículo 90.4 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, "TRLPI"), hayan encomendado o encomienden en el futuro a SGAE la gestión de tales derechos, conforme a lo dispuesto en la Ley, en sus Estatutos y en los contratos suscritos."*[324]

(375) Las Tarifas Generales publicadas con fecha febrero para 2023[325] establecen que, en el caso general de las **TUE**, para la fijación de la tarifa se atenderá al grado de utilización temporal de las obras (presencia en su programación) en relación con el total tiempo de emisión, aplicando proporcionalmente la que corresponda a cada repertorio de obras, en relación con las siguientes tarifas

[323] Folio no confidencial 10.463. Incorporación de documentación del sitio web de la SGAE.

[324] Así, señala:

"*A) El repertorio de obras de "pequeño derecho" comprende:*

a) Todo tipo de composiciones musicales (con o sin letra), las obras musicales contenidas en cualquier otra obra incluidas las obras audiovisuales, y las creaciones literarias de pequeña extensión, dramatizadas o no, creadas para los espectáculos denominados de "variedades", o representadas o recitadas en tales espectáculos como poemas, chistes, sketchs y producciones análogas.

b) Se asimilan a las obras de pequeño derecho y se entienden incluidas en el repertorio de esta clase de obras, las obras dramáticas, las dramático-musicales, las coreográficas y demás obras teatrales o creadas, o adaptadas, para la escena o lugar de representación análogo, siempre que se utilicen en forma fragmentaria no escénica y que la duración de ejecución del fragmento no exceda de quince minutos ni sobrepase el 25 % de la duración total de la obra.

B) El repertorio de obras audiovisuales, a efectos del presente contrato, comprende las aportaciones de los autores literarios (argumento, guion y diálogos), de dirección-realización, y autores de la banda sonora de las obras cinematográficas, series de televisión, telenovelas, telefilmes, documentales, y, en general, las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada que tengan la consideración de obra audiovisual y sean administradas por la Entidad."

[325] Folio 10.465, no confidencial. Incorporación de documentación del sitio web de la SGAE.

que corresponden a un supuesto de uso de las obras durante el 100% del tiempo total de emisión:

	Obras musicales y/o literarias pequeña extensión		Obras audiovisuales (parte musical)	Obras audiovisuales (parte musical)	Obras audiovisuales (parte literaria y dirección realización
AÑO	(A)	(B)	(C)	(D)	(E)
2016-2020	4,9284 %	1,7602 %	4,9284 %	2,6423 %	4,8202 %

(376) Según lo estipulado en dichas tarifas generales:

- Corresponde a la primera columna (señalada con la A), el derecho exclusivo de comunicación pública de las obras del repertorio de "pequeño derecho". La SGAE engloba los videoclips dentro de las obras de pequeño derecho en su gestión pues indica que al carecer de guion se consideran fonogramas[326].

- Corresponde a la segunda columna (señalada con la B), el derecho de reproducción de las obras del repertorio de "pequeño derecho".

- Corresponde a la tercera columna (señalada con la C), el derecho exclusivo de comunicación pública de las obras musicales incluidas en las obras audiovisuales, incluyendo la banda sonora. La tarifa se corresponde con una situación en la que el 100% de los titulares de las obras musicales incluidas en obras audiovisuales se han reservado su derecho exclusivo de comunicación pública, o se hubiese mandatado directamente a la SGAE por las Entidades de Gestión Colectiva de derechos de propiedad intelectual extranjera con base en los acuerdos de representación que tenga suscritos.

- Corresponde a la cuarta columna (señalada con la D), el derecho de remuneración de comunicación pública de las obras audiovisuales (parte musical).

- Corresponde a la quinta columna (señalada con la E), el derecho de remuneración de comunicación pública de las obras del repertorio audiovisual (parte literaria y dirección/realización).

(377) Estas tarifas se aplican sobre los ingresos totales del usuario.

(378) Por otra parte, se establece como condición que el usuario entregue a la SGAE "un informe expedido por un instituto independiente y de reconocido prestigio, en el que conste el porcentaje de uso del repertorio musical y audiovisual con el detalle de los usos por cada día de emisión integra de ocho semanas elegidas, la mitad dentro del primer trimestre y la otra mitad dentro del segundo trimestre

[326] Respuesta de la SGAE de 25 de mayo de 2023. Folio no confidencial 11.254 y folio confidencial 11.080.

del año". Además, el usuario habrá de entregar una grabación íntegra de sus emisiones y facilitar el porcentaje de uso de repertorio musical y audiovisual protegido utilizado en su página web a través de accesos o consumos realizados[327].

(379) En lo que respecta a las **TDP**, el esquema tarifario es el siguiente:

	Obras musicales y/o literarias pequeña extensión		Obras audiovisuales (parte musical)	Obras audiovisuales (parte musical)	Obras audiovisuales (parte literaria y dirección realización
AÑO	(A)	(B)	(C)	(D)	(E)
2016-2023	2,100%	0,7500%	0,7461%	0,400%	1,200%

(380) Las columnas se refieren a los mismos derechos reseñados en relación con la TUE. Estas tarifas se aplican sobre los ingresos totales del usuario de forma que si el resultado de la aplicación de la tarifa es inferior a ciertos mínimos se aplicarán los consignados en las tarifas generales[328].

4.2.2.2. Tarifas 2015

(381) Al no haber alcanzado acuerdo con los operadores de televisión, la SGAE indica que continúa aplicando el esquema tarifario de 2015[329]. Las tarifas generales de 2015 prevén (i) una tarifa de uso efectivo para el caso general, (ii) tarifas específicas para canales temáticos, y (iii) una tarifa por disponibilidad de carácter general.

(382) En cuanto a las **tarifas por uso efectivo**, en el caso general se atiende al grado de utilización temporal de las obras (la presencia en la programación de la televisión) en relación con el tiempo total de emisión, aplicando proporcionalmente la que a cada repertorio de obras corresponda en relación con las siguientes tarifas que corresponden a un supuesto de uso de las obras durante el 100% del tiempo total de emisión:

	Obras musicales y/o literarias pequeña extensión (incluye la parte musical de las obras audiovisuales)	Obras audiovisuales (parte literaria y dirección realización)

[327] Folios no confidenciales 10.466 y 10.467. Incorporación de documentación del sitio web de la SGAE.

[328] Folio 10.468, no confidencial. Incorporación de documentación del sitio web de la SGAE.

[329] Folios 10.264 y siguientes, no confidenciales. Incorporación de documentación del sitio web de la SGAE.

AÑO	Derecho de comunicación pública de las obras del repertorio de "pequeño derecho"	Derecho de reproducción de las obras del repertorio de "pequeño derecho"	Derecho derivado de la comunicación pública de las obras del repertorio audiovisual
2015	5,3472%	1,7824%	1,8298%

(383) Al igual que en las tarifas de 2023, la concesión de la licencia se condiciona a la entrega de un informe expedido por un instituto independiente y de reconocido prestigio sobre el uso del repertorio musical y audiovisual [330].

(384) Por otra parte, la SGAE denomina también TUE a ciertas tarifas específicas a las que pueden optar por acogerse los canales temáticos. De acuerdo con las tarifas generales[331] los canales temáticos en los que se compruebe una presencia estable y consolidada del repertorio pueden encuadrarse en las siguientes clasificaciones y satisfacer unas tarifas específicas "*a fin de evitar los gastos continuos de mediciones".* Por tanto, estas tarifas no se ponderan por el uso efectivo que haga el canal temático del repertorio dentro de su programación.

(385) Según indica la SGAE[332], los porcentajes tarifarios establecidos para las distintas categorías de canales temáticos en sus tarifas generales son calculados a partir de la tarifa de uso efectivo. Se construyen de la siguiente forma:

---

[330] Folio no confidencial 10.265. Incorporación de documentación del sitio web de la SGAE. Concretamente se establece:

"2.5. Será condición de la licencia la obligación por parte del usuario de entregar a SGAE un informe expedido por un instituto independiente y de reconocido prestigio, en el que conste el porcentaje de uso del repertorio musical y audiovisual con el detalle de los usos por cada día de emisión integra de ocho semanas elegidas, la mitad dentro del primer trimestre y la otra mitad dentro del segundo trimestre del año, siguiendo el procedimiento descrito en el punto 2.10 del presente epígrafe. El usuario se obligará, igualmente, a entregar la grabación integra de sus emisiones que recoja la emisión total de las mencionadas semanas de emisión regular objeto del informe. La entrega de la citada grabación así como del informe del Instituto deberá efectuarse dentro del tercer trimestre del año en que se vaya a aplicar este régimen tarifario.

2.6. Recibida la información indicada en el apartado anterior, SGAE procederá a verificarla, comunicando al usuario su conformidad o el porcentaje de uso correcto a efectos de la aplicación de la tarifa correspondiente. En el supuesto de que el usuario discrepe del porcentaje de uso comunicado por SGAE, ambas partes se comprometerán a solicitar la intervención de la Comisión de la Propiedad Intelectual a fin de que por la misma y a la luz de los informes de uso que le suministren las partes, establezca el porcentaje de uso aplicable para el periodo en conflicto."

[331] Folio no confidencial 10.266 y siguientes.

[332] Respuesta de la SGAE de 6 de octubre de 2016 al requerimiento de información remitido por esta DC con fecha de 15 de septiembre de 2016. La pregunta formulada era la siguiente: "*Explique si los porcentajes tarifarios establecidos para las distintas categorías de canales temáticos han sido calculados a partir de las tarifas por uso efectivo establecidas con carácter general (destinadas a los denominados canales generalistas). En caso afirmativo, explique*,

a) Canales eminentemente informativos, deportivos y/o taurinos que emplean menos de un 5% de repertorio musical en sus emisiones: las tarifas aplicadas por comunicación pública y reproducción de obras musicales y/o literarias de pequeña extensión se calculan como un porcentaje de la tarifa para canales generalistas, que según la SGAE se sitúa en la intensidad de uso media del repertorio protegido para los canales comprendidos en este conjunto. Es decir, la entidad toma una intensidad equivalente al 2,5% de la emisión (la media del intervalo [0%, 5%]), que lleva a que la tarifa por comunicación pública del repertorio musical para los canales de esta categoría sea de 0.1337%, y la de reproducción, de 0.0446, siendo la suma de ambos el 0,1782%.

b) Canales eminentemente musicales, que emplean obras musicales durante un mínimo de un 75% y un máximo de un 100%: señala la entidad que las tarifas para este conjunto de canales se derivan del producto entre las tarifas generalistas y la intensidad de uso media del intervalo que clasifica a este conjunto. Dicho valor correspondería al 87,5% de la emisión, que equivale a la media del intervalo [75%, 100%], lo cual implicaría una tarifa por comunicación pública de 4,6788% para estos canales y una tarifa de reproducción de 1,5596%, siendo el total 6,2384%.

c) Canales "eminentemente audiovisuales", que emplean obras audiovisuales (parte literaria y de dirección) durante un mínimo de un 75% y un máximo del 100% de su tiempo de emisión: en este caso explica la SGAE que pueden optar por abonar una tarifa del 2% por los derechos de los autores de la obra audiovisual (parte literaria, dirección y musical). Según la SGAE, el origen de esta tarifa es la históricamente aplicada por la entidad sobre los ingresos de taquilla en las salas de cine por los derechos de autor de las obras audiovisuales, dada la similitud de las emisiones llevadas a cabo por las salas de cine y los canales con un uso casi exclusivo de obras audiovisuales.

   De acuerdo con normas de reparto internas, de este 2% de los ingresos se procede asignar un 25% a dirección, un 25% a la parte musical de la obra audiovisual y el 50% restante a la parte literaria. De esta forma, la tarifa comparable, aplicada a la parte literaria y de dirección, sin tener en cuenta la música dentro de las obras audiovisuales, sería del 75% del 2% original, es decir, el 1,5%.

(386) Por otro lado, y en lo que respecta a **las TDP**, si bien en 2016 se aprobaron nuevas tarifas (que aumentaban sustancialmente la remuneración), la recaudación continúa siguiendo, de acuerdo con la SGAE, el esquema estipulado hasta 2015 (como ya se ha indicado anteriormente en párrafos (354) y (379)), destacando que la consideración por parte de la SGAE de la parte musical de sus obras audiovisuales como obras de pequeño derecho únicamente se da a efectos de recaudación[333].

(387) Las tarifas que se recogen en el siguiente cuadro se aplican sobre los ingresos totales:

de manera sintética, el cálculo seguido para la obtención de las tarifas para canales temáticos y la relación porcentual entre éstas y las tarifas para canales generalistas".

[333] Folios 10.268 y siguientes.

	Obras musicales y/o literarias pequeña extensión (incluye la parte musical de las obras audiovisuales)		Obras audiovisuales (parte literaria y dirección realización)	TOTAL TARIFA
AÑO	Comunicación pública	Reproducción	Comunicación pública	
2015	2,3250%	0,7500%	0,6750%	3,7500%

(388) Finalmente, las tarifas generales prevén un mínimo en términos de un determinado pago mensual si la aplicación de los anteriores porcentajes resultase una cifra inferior a dicho importe mínimo[334].

4.2.3. Tarifas generales para redes digitales

(389) El Capítulo 4 de las Tarifas Generales publicadas para 2023 regula las tarifas asociadas a redes digitales[335]. Establece una subdivisión en cuatro modalidades: (i) internet y móviles[336]; (ii) obras audiovisuales de la SGAE en redes digitales interactivas; (iii) obras musicales de la SGAE contenidas en obras audiovisuales en redes digitales interactivas y (iv) *juke box*. De estas modalidades resultan relevantes a efectos de este expediente la (ii) y la (iii).

(390) Como base de la tarifa, se establece la totalidad de los ingresos obtenidos por el servicio licenciado, incluyendo, a título de ejemplo pagos por accesos, los procedentes de cuotas de asociados o abonados, subvenciones recibidas para el ejercicio de la actividad empresarial e ingresos brutos de publicidad. En algunos de los casos se aplican a dicha base coeficientes correctores.

(391) En cuanto a la utilización de **obras audiovisuales de la SGAE en redes digitales interactivas**, se establece como tarifa general para remunerar el derecho de simple remuneración por la puesta a disposición de obras audiovisuales (artículo 90.4 del TRLPI) un 2,5 % de todos los ingresos generados por el servicio de video a demanda (véase por ejemplo apartado 4.2.4.2 para consideración del repertorio en tarifas aplicadas a usuarios concretos a efectos de remuneración de la entidad de gestión), incluyendo, a título de ejemplo, el precio abonado por el consumidor final, las cuotas de asociados o abonados y los ingresos de publicidad. Asimismo, se regulan una serie de tarifas mínimas por acceso, suscripción o visionados.

---

[334] Folio 10.269.

[335] Folios 10.437-10.452

[336] En esta primera modalidad se establecen las siguientes categorías: (i) música a la carta sin descarga (*streaming*) para usuarios especializados; (ii) música a la carta sin descarga (streaming) para usuarios de carácter generalista; (iii) música a la carta con descarga; (iv) programación tipo radiofónica (webcasting); (v) melodías a la carta con la finalidad de servir como tono en teléfonos móviles (ringtones); (vi) proveedor de servicios musicales para ambientación de locales públicos y (vii) ambientación de páginas web.

(392) En la tercera modalidad, la utilización del repertorio de **obras musicales del repertorio de la SGAE contenidas en obras audiovisuales en redes digitales interactivas**[337], se establece como tarifa general el 1,875% de todos los ingresos generados por el servicio de video a demanda, para un supuesto de uso 100% de obras musicales del repertorio de la SGAE en el servicio licenciado. Los ingresos generados estarán constituidos, entre otros, por el precio abonado por el consumidor final, las cuotas de asociados o abonados, los ingresos de publicidad, etc.

(393) Asimismo, se indica que, dada la relativa novedad técnica y experimental de este tipo de servicios, se podrán establecer bonificaciones o deducciones temporales y excepcionales sobre la tarifa general.

4.2.4. Tarifas aplicadas en la práctica

(394) Señala la SGAE que hasta el momento se están aplicando las tarifas anteriores a 2016 al no haberse alcanzado un acuerdo con los radiodifusores[338]. Como se ha señalado, las tarifas generales de 2015 para radios tan sólo comprenden la opción de tarifa por disponibilidad promediada mientras que para operadores (emisoras) de televisión ofrecen también tarifas por uso efectivo.

(395) No obstante, la SGAE explica[339] en los siguientes términos que tiene un conocimiento preciso del uso de su repertorio por parte de las emisoras de radio y que resulta útil para repartir fondos:

> *"el método actual permite una identificación de prácticamente del 100% de utilización del repertorio en todas las emisiones en cadena nacionales o regionales y así como en una selección muestral de emisoras locales o independientes. Este sistema de identificación se realiza a través de un tercero (BMAT) que graba las programaciones y mediante uso de tecnología reconoce las obras explotadas en su base de datos."*

(396) En relación con los operadores de televisión que han optado por la tarifa basada en el uso efectivo indica la SGAE que [redacted][340]. No obstante, la SGAE no

[337] Se establece en esta categoría como repertorio de la SGAE y derechos objeto de la tarifa que este comprende las obras musicales contenidas en obras audiovisuales cuyos derechos exclusivos de comunicación pública, en su modalidad de puesta a disposición, le sean confiados conforme a lo dispuesto en sus Estatutos (folio 10.450).

[338] Folio no confidencial 8.080, folio confidencial 8066 de la respuesta de la SGAE de 18 de abril de 2023 al requerimiento de información remitido por la DC con fecha 22 de marzo de 2023.

[339] Respuesta de la SGAE de 25 de mayo de 2023, folio no confidencial 11.249.

[340] Respuesta de la SGAE de 18 de abril de 2023, folio confidencial 8.069 y folio no confidencial 8.083.

indica si se trata de la TUE general o de la tarifa específica a la que pueden acogerse los canales temáticos.

(397) Asimismo, en cuanto a derechos de obra audiovisual indica la SGAE que DAMA no gestiona a los autores musicales de banda sonora y que para determinar el alcance de sus respectivos repertorios la SGAE y DAMA alcanzan un acuerdo siendo el último de 2 de junio de 2022[341].

4.2.4.1. Asociaciones

4.2.4.1.1. AETDT

(398) La respuesta al requerimiento de información remitida a la DC con fecha 17 de mayo de 2023 fue elaborada por RADIO BLANCA S.A., que ostenta la presidencia de la AETDT en la actualidad[342], y que es propietaria de la cadena de televisión DKISS (también de dos emisoras de radio, HIT FM y KISS FM). Indica que en tanto la asociación no ha tenido contacto con ninguna entidad de gestión su respuesta se ciñe a la situación de su cadena de televisión DKISS.[343]

(399) Señala que tiene un acuerdo con la SGAE desde el 1 de marzo de 2017 hasta la actualidad, [redacted][344].

(400) Indica asimismo que DKISS "no emite obras audiovisuales (cine, series, docuseries, etc.) y su programación está hecha de programas de *realities* en su totalidad" por lo que las negociaciones con DAMA concluyeron "en la constancia de esa realidad sin que haya sido necesario tener un contrato con esa entidad". En lo que respecta a otras entidades señala que únicamente "se recibió burofax de UNISON, pero cuando se reclamó la identificación del repertorio para examinar si usaban el mismo no se volvió a tener respuesta" del OGI[345].

[341] Folios no confidenciales 11.239-11.240, 11.065-11.066 de la respuesta de la SGAE de 18 de abril de 2023 al requerimiento de información remitido por la DC con fecha 22 de marzo de 2023.

[342] Folio 10.928 no confidencial.

[343] Folio confidencial 10.916 y folio 10.951 no confidencial.

[344] Folio confidencial 10.917 y folio no confidencial 10.952, en el marco de su respuesta al requerimiento de información remitido por la DC con fecha 28 de abril.

[345] Folios 10.952-10.955 no confidencial, 10.917-10.920 confidenciales en el marco de su respuesta al requerimiento de información remitido por la DC con fecha 28 de abril.

4.2.4.1.2. AERC

(401) AERC[346] señala que el convenio firmado por AERC y la SGAE en 2019 está actualmente en [redacted]. Es un contrato anual y tácitamente renovable que establece una tarifa y sus condiciones. AERC afirma no tener información sobre las tarifas concretas que estén aplicándose, o se hayan aplicado en el pasado a cada uno de sus miembros.

(402) El citado convenio establece lo siguiente respecto a la tarifa en concepto de derecho de comunicación pública y de reproducción a la que se acogen las emisoras asociadas en función de la categoría a la que pertenezcan según el uso del repertorio musical que hagan en sus emisiones:

- **Categoría A:** Emisoras que utilizan el repertorio musical hasta un 10% de su total tiempo de emisión [redacted]%.

- **Categoría B:** Emisoras que utilizan dicho repertorio en más de 10% y en menos de un 70% de su total tiempo de emisión [redacted]%.

- **Categoría C:** Emisoras que utilizan el citado repertorio en un 70% o más de su total tiempo de emisión. [redacted]%[349].

(403) Según el convenio "[l]a suscripción del presente acuerdo permitirá a las empresas explotadoras de emisoras de radio que pertenezcan a AERC la [redacted][350]".

[346] Respuesta al requerimiento de información de fecha 28 de abril de 2023 de AERC remitida con fecha 11 de mayo de 2023. Folios confidenciales 10.755-10.757 y no confidenciales 10.758-10.759 y 10.845-10.847.

[347] AEDC afirma que no dispone de documentación anterior a 2017 que no esté en vigor. Este convenio tiene efectos desde 2016.

[348] Folio confidencial salvo para la SGAE y AERC 10.762.

[349] Folio 10.757 confidencial, versión no confidencial 10.845.

[350] Folio 10.762, confidencial excepto para la SGAE y AERC.

(404) AERC señala que[351] [redacted]

4.2.4.1.3. AOTEC y UTECA

(405) UTECA[352] afirma [redacted].

(406) AOTEC[353] señala que [redacted]

4.2.4.2. Usuarios de radio

4.2.4.2.1. Sociedad Española de Radiodifusión

(407) **La Sociedad Española de Radiodifusión** (SER) indica que [redacted].

(408) [redacted]

- [redacted]
- [redacted]
- [redacted][354].

[351] Folio confidencial 10.755.

[352] Folio confidencial 10.706 (no confidencial, 10.742, confidencial excepto para la SGAE 10.743).

[353] Folios confidenciales 11.010-11.011 (no confidenciales, 11.043-11.044, confidenciales excepto para la SGAE 11.045-11.046, confidencial excepto para DAMA 11.047-11.048).

[354] Folios 9.515-9.517 confidenciales excepto para la SGAE, folios 9.929-9.931 en la versión no confidencial.

4.2.4.2.2. RADIO POPULAR, S.A. (COPE)

(409) Señala COPE que las tarifas aplicadas son fruto del acuerdo suscrito con la SGAE con fecha 1 de octubre de 2019, aportando el mismo como anexo[355]. El objeto de este acuerdo es la autorización no exclusiva para la comunicación pública y la reproducción de las obras del repertorio de la SGAE[356]. Las tarifas que se establecen en dicho contrato [redacted][357].

4.2.4.3. Usuarios de radio y televisión

4.2.4.3.1. RNE Y RTVE

(410) **RNE y RTVE** tienen un acuerdo con la SGAE, que comprende las obras de pequeño derecho, el repertorio autoral literario y directores realizadores de las obras audiovisuales que representan, y un acuerdo con DAMA que solo comprende el repertorio autoral literario y directores realizadores de las obras audiovisuales que representan. Añaden que [redacted][358].

(411) [redacted][359].

4.2.4.3.2. RADIO TELEVISIÓN MADRID, S.A.U.

(412) Radio Televisión Madrid (RTVM) afirma que [redacted]

[355] Folios 7.147-7.170 confidenciales excepto para la SGAE.

[356] Folio 7.172 no confidencial.

[357] Folios confidenciales 7.199-7.202.

[358] Folio 9.941 confidencial excepto para la SGAE, 10.672 no confidencial.

[359] Folio 9.942 confidencial excepto para la SGAE, 10.673 no confidencial.

[360] Folio 9.824 confidencial salvo para RADIO TELEVISIÓN MADRID y la SGAE.

(413) Afirma asimismo que no puede "clasificar los importes que corresponden a obras audiovisuales y a obras musicales, toda vez que se efectúa un único pago en el que se incluye todo el repertorio, sin diferenciarlo"[361].

4.2.4.3.3. COPORACIÓ CATALANA DE MITJANS AUDIOVISUALS, S.A.

(414) La COPORACIÓ CATALANA DE MITJANS AUDIOVISUALS, S.A. (CCMA), indica lo siguiente[362]:

> *"Por razón de los cambios operados en el año 2015 por el TRLPI, así como por la entrada en vigor (con incidencia directa sobre el cálculo de las tarifas) de la Orden EDC/2574/2015, SGAE Y DAMA vienen desde 2016 aplicando una facturación y pago a cuenta sobre los pagos previos efectuados hasta que las partes lleguen a un acuerdo tarifario. En concreto, para el repertorio compartido de DAMA y SGAE, y tal como se pone de manifiesto en el Punto Sexto de este escrito, las mismas, con mediación de la FORTA (Federación Organismos Radio Televisión Autonómica) comunicaron un acuerdo de reparto suscrito entre SGAE y DAMA con fecha de 21 de julio de 2018 con los porcentajes que sobre los usos de cada cadena de televisión les correspondía recíprocamente, efectuando el reparto sobre el importe abonado a SGAE por el audiovisual (excepto la parte musical del audiovisual que se imputa a SGAE) en el 2015."*

(415) Por lo que respecta a UNISON señala:

> *"La entidad UNISON RIGHTS ha solicitado a la CCMA la formalización de un acuerdo o licencia de uso de su repertorio. A dichos efectos UNISON RIGHTS ha comunicado a CCMA los usos de sus obras musicales que se indican en la pestaña número 4 del Documento Excel, los cuales están pendientes de verificación por parte de CCMA SA. En relación con esta cuestión la CCMA SA considera que las cantidades que se deban pagar a UNISON RIGHTS SL por el uso de su repertorio deberían detraerse de las cantidades que CCMA SA paga a SGAE"*[363].

4.2.4.3.4. EITB (RADIO TELEVISIÓN PÚBLICA VASCA)

(416) EITB indica[364] que [redacted]

[361] Folio no confidencial 9.812.

[362] Folio 9.129.

[363] Folio 9.129.

[364] Folios confidenciales salvo para EITB y la SGAE 7.983 y siguientes. Versiones no confidenciales en folios 9.407-9.506.

[redacted].

(417) EITB destaca que una minoración del repertorio de la SGAE (paralelo al surgimiento de nuevas entidades que también cuentan con repertorio) no se ha traducido en una minoración de las cantidades pagadas a la SGAE[365]. También alude a la falta de transparencia en cuanto a los repertorios de cada entidad de gestión[366] y de instrumentos tecnológicos y de medición.

4.2.4.3.5. ATRESMEDIA

(418) ATRESMEDIA ofrece servicios de televisión en abierto a través de seis canales TDT y a través de la plataforma OTT ATRESPLAYER. También presta servicios radiofónicos a través de la cadena generalista OndaCero y dos de radio musical (Europa FM y Melodía FM)[367].

(419) ATRESMEDIA tiene firmado un contrato con la SGAE de fecha 31 de enero de 2022, que prorroga la vigencia del acuerdo de 20 de julio de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2021, y fija las tarifas por disponibilidad que aplican desde el 1 de enero de 2022 hasta el 31 de diciembre de 2024, tanto para las obras audiovisuales como para las obras musicales[368]. A su vez, para el periodo 2016-2019 se aplica el acuerdo con la SGAE de 20 de julio de 2018 para obras audiovisuales y musicales que establece también tarifas por disponibilidad[369].

(420) [redacted]

(421) [redacted]

- [redacted]
- [redacted]
- [redacted]
- [redacted]
- [redacted]

[365] Folio no confidencial 9.420 y siguientes.

[366] Folios no confidenciales 9.413, 9.417, 9.422.

[367] Folio no confidencial 9.329.

[368] Folio no confidencial 9.333.

[369] Folio no confidencial 9.333.

[370] Folios confidenciales salvo para ATRESMEDIA y la SGAE 7.330-7.341.

[371] Folios confidenciales salvo para ATRESMEDIA y la SGAE 7.327 y 7.333.

(422) [redacted]

- [redacted]

- [redacted]

(423) Resalta ATRESMEDIA en su respuesta que "[s]in perjuicio de los acuerdos suscritos entendemos que también hemos tenido la posibilidad de optar por suscribir las tarifas generales publicadas por la entidad aplicables estos años, pero la aplicación de las tarifas generales, tanto las tarifas por disponibilidad, como las tarifas por uso, habrían supuesto un incremento sustancial del precio a pagar por Atresmedia[372]".

(424) Concretamente, en relación con el diferencial entre las TUE y las TDP ATRESMEDIA señala:

- En las tarifas generales de la SGAE para el año 2019 **la TDP que corresponde a los derechos exclusivos por comunicación pública y reproducción de obras musicales** *"de 2,85% equivale a la aplicación de la TUE de 6,6886% [de las tarifas generales de SGAE 2019[373]] en un tiempo de emisión de 42,6%" (en tanto alzado 6,6886*0,426=2,85). Por tanto, si el tiempo de emisión de obras musicales en la programación es inferior al 42,6% del tiempo total de emisión, la TUE será más barata que la tarifa por disponibilidad".* Concluye que *"teniendo en cuenta que según nuestras estimaciones el tiempo de emisión de música en nuestros canales generalistas supone entre el 60% y el 70% del tiempo total de emisión, la TUE fijada por SGAE resulta claramente desproporcionada y provoca un precio muy superior al que resulta de la aplicación de la tarifa por disponibilidad*"[374].

- En cuanto a los derechos de remuneración por la comunicación pública de obras audiovisuales:

[372] Folio no confidencial 9.333.

[373] Folio no confidencial 7.539. 4,9284%+1,7602%. Estas tarifas coinciden con las de 2023. Las tarifas de 2015 son incluso superiores: 5,3472%+1,7824%.

[374] Folios no confidenciales 9.334 y 9.335. Folios confidenciales excepto para la SGAE 9.354 y 9.356.

- En lo que respecta la **parte musical**, al ser la TUE del 2,6423% y la TDP del 0,225%, si el tiempo de emisión de obras audiovisuales es superior a 8,5% del tiempo total de emisión, la TDP será más barata[375].

- En lo que respecta a la **parte literaria y dirección/realización**, al ser la TUE del 4,8202% y la TDP del 0,675%, si el tiempo de emisión de obras audiovisuales es superior a 14% del tiempo total de emisión, la TDP será más barata[376].

- Al ser el tiempo estimado de emisión de obras audiovisuales en los canales generalistas de entre el 25% y el 30%, la TUE sería muy superior a la TDP.

(425) En lo que respecta a DAMA, informa ATRESMEDIA que tiene un acuerdo suscrito de fecha 22 de diciembre de 2021,[377] [redacted]

(426) Asimismo, señala en relación con el número de obras audiovisuales que emplea que pertenecen a las diferentes entidades de gestión que *"no podemos aportar el dato desglosado según su pertenencia al repertorio gestionado por cada entidad de gestión ya que carecemos de dicha información*". En cuanto al reparto de la amplitud de repertorio entre DAMA y la SGAE indica que *"no conocemos los criterios que han aplicado estas entidades para fijar dicho reparto de amplitud"*. En relación con las obras musicales también indica desconocer su *"desglose entre los posibles repertorios de las distintas entidades y OGIs"*[378].

(427) Por lo que respecta a UNISON, ATRESMEDIA señala que le ha reclamado cantidades, pero que no determina cuál es exactamente la amplitud de su repertorio. Sobre las tarifas que ofrece indica que la falta de acuerdo entre las distintas entidades y OGIs sobre el grado de amplitud que corresponde a cada uno de ellos respecto a los usos realizados por usuarios como ATRESMEDIA conlleva una gran complejidad y un gran riesgo para ATRESMEDIA a la hora de proceder al pago a las distintas entidades, tanto en el supuesto de pago de TDP a todas ellas, como en el supuesto de pago de TUE o en el supuesto de pago de TDP a unas y TUE a otras[379].

[375] Folio no confidencial 9.335.

[376] Folio no confidencial 9.335.

[377] Aporta ATRESMEDIA como Anexo 3 dicho contrato, confidencial para cualquier tercero excepto DAMA y ATRESMEDIA (folios 7.264-7.266).

[378] Folio no confidencial 9.332.

[379] Folios no confidenciales 9.335 y 9.336.

4.2.4.4. Usuarios de televisión en abierto, de pago y OTT

4.2.4.4.1. MEDIASET

(428) En el contrato suscrito entre MEDIASET y la SGAE se describe la tarifa por disponibilidad aplicable[380]. [redacted]

(429) [redacted]

[redacted].

(430) A este respecto, señala MEDIASET que la SGAE nunca le ha ofrecido una tarifa por uso efectivo distinta de la de las tarifas generales y que la razón por la que ha optado sistemáticamente por una tarifa por "disponibilidad" consiste en la *"desproporcionada diferencia que existe entre ésta y la tarifa oficial por uso efectivo, mucho más gravosa"*[382].

(431) Afirma MEDIASET que de las cantidades totales pagadas a la SGAE por la utilización de su repertorio musical y audiovisual no resulta posible desagregar qué parte remunera obras musicales (obras de pequeño derecho, incluida la banda sonora de obras de ficción, como películas y series) y qué parte remunera obras audiovisuales (dirección y parte literaria)[383].

(432) MEDIASET indica que desconoce totalmente cómo se distribuye el repertorio de obra audiovisual entre la SGAE y DAMA y, por tanto, qué parte de este repertorio

[380] Folio no confidencial 9.379.

[381] Documento aportado como Anexo 2, folios 7.891–7.933, confidenciales excepto para la SGAE y MEDIASET.

[382] Folio no confidencial 9.380.

[383] Folio no confidencial 9.379.

gestiona cada una de ellas en concreto, pero que opinan que cada año ambas entidades llegan a un acuerdo puntual sobre qué parte porcentual del repertorio de obra audiovisual "universal" gestiona cada una de ellas[384].

4.2.4.4.2. TELEFÓNICA

(433) TELEFÓNICA indica en relación con las tarifas que [redacted][385].

(434) [redacted][386].

(435) [redacted][387]

(436) En lo que respecta a DAMA, [redacted]

(437) TELEFÓNICA afirma que la SGAE no lleva a cabo un desglose en términos de derechos de remuneración o exclusivos, ni por sujeto pasivo obligado al pago (productora, plataforma), sino que liquida todos de forma conjunta. De esta manera, respecto a la SGAE y DAMA, únicamente posee la información de 2019 a 2022 de forma agregada, es decir, el sumatorio de las obras audiovisuales y obras musicales donde TELEFÓNICA liquida y las entidades de gestión, en su

[384] Folio no confidencial 9.381.

[385] Folios confidenciales 7.863-7.864.

[386] Folio 7.865, confidencial excepto para la SGAE y TELEFÓNICA.

[387] Folio 7.866, confidencial excepto para la SGAE y TELEFÓNICA.

[388] Folio no confidencial 7.861-7.867.

caso, facturan, por todos los derechos afectados por el servicio de televisión que ofrece[389]. Añade que no hay transparencia en cuanto a los catálogos[390].

4.2.4.4.3. ORANGE

(438) ORANGE indica que del repertorio de la SGAE sólo ha utilizado obras de pequeño derecho que ha explotado en su reproducción a través de televisión.

(439) Aporta ORANGE [redacted]

(440) Añade que el abono a las entidades de gestión no aparece desglosado entre obra audiovisual y obra musical[392].

4.2.4.4.4. VODAFONE

(441) VODAFONE señala que mantiene una relación contractual con la SGAE desde el 25 de noviembre de 2009 cuando Cableuropa, S.A.U. y Tenaria, S.A. suscribieron un acuerdo sobre el repertorio administrado por la SGAE en el marco de sus servicios de televisión por cable. VODAFONE se incorporó a este acuerdo el 21 de enero de 2016 mediante la suscripción de la correspondiente adenda.[393]

---

[389] Folio no confidencial 7.857.

[390] Folio no confidencial 7.858 y confidencial 7.853. En el folio no confidencial 7.853 se indica: "*debido a la dificultad en las negociaciones y la falta de transparencia en relación con los catálogos, se decidió pagar en conjunto por todo el servicio de televisión*".

[391] Folio confidencial salvo para la SGAE 9.863.

[392] Folio no confidencial 9.859.

[393] Folios 14.251 y 14.252 confidencial excepto para DAMA, folio 14.260 confidencial excepto para la SGAE.

(442) Adicionalmente señala VODAFONE que [redacted][394].

(443) [redacted].

(444) Añade VODAFONE[396] que [redacted]". También añade VODAFONE que [redacted]".

(445) En marzo de 2022, [redacted].

(446) En lo que respecta a DAMA, VODAFONE afirma que, tras haberse incorporado mediante adenda en 2015 al contrato suscrito por Cableuropa, S.A.U. y Tenaria, S.A.U. con fecha 27 de febrero de 2007, prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2017, [redacted]

[394] Folios 7.098-7.109, confidenciales.

[395] Folios 7.070-7.094, confidenciales excepto para la SGAE y VODAFONE.

[396] Folios 14.262, confidencial excepto para la SGAE y VODAFONE y 14.254, confidencial excepto para DAMA y VODAFONE.

[redacted][97].

(447) [redacted]

- [redacted]
- [redacted]

(448) VODAFONE[398] aporta las tarifas de la SGAE para los años 2019, 2020, 2021 y 2022, según el tipo de canal (siguiendo la clasificación de las tarifas) y distinguiendo entre comunicación pública de obra audiovisuales y de obras musicales. También aporta las tarifas de DAMA de los años 2019 y 2020, según el tipo de canal (siguiendo la clasificación de las tarifas)

(449) VODAFONE indica que desconoce el número de obras musicales y audiovisuales que emplea y que esta información no es necesaria para el pago que se establece como un porcentaje de los ingresos que varía según el tipo de canal de que se trate.

4.2.4.4.5. HBO NORDIC AB (HBO)

(450) **HBO** sólo ha liquidado con la SGAE el periodo comprendido desde el lanzamiento de HBO en España (noviembre de 2016) hasta 2019 en virtud de un contrato de 1 de junio de 2020[399]. En este contrato, [redacted][400].

(451) También cuenta con un contrato con DAMA[401] de 1 de abril de 2020 que cubre el mismo periodo. En este contrato se aplica la tarifa de DAMA [redacted]

[397] Apéndice XII, folio 7.127, confidencial excepto para DAMA y VODAFONE.

[398] Tablas 1 y 2 de folio 7.061 confidencial, folio 7.837 no confidencial, folio 14.254 confidencial excepto para DAMA o folio 14.262 confidencial excepto para la SGAE.

[399] Folios no confidenciales 9.058 y siguientes, versión confidencial excepto para la SGAE 9.045-9.057.

[400] Folio no confidencial 9.061, versión confidencial 9.048 excepto para la SGAE.

[401] Folios no confidenciales 9.087 y siguientes, versión confidencial excepto para DAMA 9.071-9.086.

[redacted][402].

(452) Añade que HBO envía periódicamente a las entidades de gestión informes con el desglose de títulos disponibles durante un periodo de tiempo y metadatos y datos de uso (como horas de reproducción)[403].

4.2.4.4.6. AMAZON

(453) AMAZON indica en su respuesta que [redacted][404].

(454) [redacted][405].

(455) [redacted].

(456) [redacted]

4.2.4.4.7. THE WALT DISNEY COMPANY

(457) THE WALT DISNEY COMPANY (TWD) indica que [redacted]

[redacted]

[402] Folio no confidencial 9.090, versión confidencial excepto para DAMA 9.074.

[403] Folio no confidencial 10.832, versión confidencial 9.033.

[404] Folio no confidencial 10.698, versión confidencial salvo para la SGAE 8.987.

[405] Folio confidencial salvo para la SGAE 8.997.

[406] Folio confidencial salvo para la SGAE 8.998.

[redacted]

(458) [redacted]

(459) [redacted]

4.2.4.4.8. COMUNIDAD FILMIN, S.L. (FILMIN)

(460) FILMIN[409] señala que, tras el inicio de negociaciones en el año 2012, año de lanzamiento de FILMIN, en julio de 2015 se firmó un contrato a tres bandas, entre FILMIN, la SGAE y DAMA[410] y que se ha ido prorrogando automáticamente año a año. El expositivo III del contrato establece que [redacted]

(461) [redacted]

[407] Folio confidencial salvo para la SGAE 8.177.

[408] Folio confidencial salvo para la SGAE 9.800, 8.151 versión no confidencial, 8.145 versión confidencial.

[409] Folios no confidenciales 11.456 y 11.457 y folios 6.840 y 6.841, confidenciales excepto para DAMA y la SGAE.

[410] Folios 6.842 y siguientes, confidenciales excepto para la SGAE y DAMA.

[redacted]

- [redacted]
- [redacted]

4.2.4.4.9. OVER THE TOP NETWORKS IBÉRICA, S.L. (AGILE)

(462) Esta entidad indica que no proveía servicios de televisión de pago en 2019 y 2020. OVER THE TOP NETWORKS IBÉRICA, S.L. (AGILE) aporta una tabla[412] en la que aparecen las tarifas aplicadas por la SGAE en 2022 [redacted]

[redacted]

(463) Asimismo, indica que no ha contratado con ninguna entidad de gestión distinta a la SGAE.

4.2.4.4.10. NETFLIX

(464) NETFLIX señala que ha firmado un contrato con la SGAE, cuyo objeto es "(i) el uso de determinadas obras musicales incorporadas en los contenidos disponibles en el servicio de Netflix; y (ii) los derechos de remuneración de los autores no musicales de determinadas obras audiovisuales disponibles en el servicio de Netflix". Indica también que dicha remuneración para cada año natural 2019-2022 es a semestre o año vencido por el proceso de cruce de información que la SGAE y DAMA llevan a cabo respecto a los derechos de remuneración de autores no musicales. Añade que existe un proceso de cruce de información con UNISON, pero como el repertorio de UNISON es muy pequeño para un servicio audiovisual como NETFLIX, el importe de la remuneración correspondiente a UNISON es también muy pequeño[413].

[411] Folio confidencial 6.840. Folio no confidencial 11.456

[412] Folio confidencial salvo para la SGAE 6.939. Folio no confidencial 11.465

[413] Folio no confidencial 7.029.

(465) El importe total a pagar por NETFLIX a la SGAE se calcula según la siguiente fórmula matemática[414]:

- Autores No Musicales: (Ingresos del periodo de referencia) x (Tarifa No Musical [redacted][415] x (Uso del Repertorio SGAE en el Servicio). Ajuste en función del uso de la traducción de adaptaciones en todo el uso relevante durante el periodo de referencia.

- Autores Musicales: los importes correspondientes a la SGAE en cuanto que representante de los Autores Musicales durante el periodo de referencia se calculan de la siguiente manera: (Ingresos del periodo de referencia - Ingresos atribuidos al Repertorio Excluido) x Tarifa Musical de SGAE.

(466) En lo que respecta a la tarifa musical, esta ha sufrido la siguiente evolución[416]:

- Tarifa Musical de SGAE en 2019: [redacted].

- Tarifa Musical de SGAE en 2020: [redacted].

- Tarifa Musical de SGAE en 2021: [redacted].

- Tarifa Musical de SGAE en 2022: [redacted].

(467) En cuanto a UNISON, señala NETFLIX que su remuneración se determina mediante un proceso de reclamaciones, es decir, UNISON presenta una reclamación a NETFLIX basada en su análisis de un informe de uso de NETFLIX y esta reclamación se valida con la SGAE para garantizar que ni la entidad de gestión colectiva ni el operador de gestión independiente presentan reclamaciones respecto del mismo repertorio a efectos de su licencia con NETFLIX. Una vez validada la reclamación, NETFLIX paga a UNISON la remuneración correspondiente por la licencia. Posteriormente, el importe de la remuneración abonada por la licencia de UNISON se descuenta de lo que NETFLIX paga a la SGAE por el mismo período de licencia. NETFLIX añade que como "*el repertorio de UNISON es muy muy pequeño para un servicio audiovisual como Netflix, el importe de la remuneración correspondiente a UNISON es también muy muy pequeño*" [417].

[414] Folios no confidenciales 7.029-7.031.

[415] Folio confidencial 7.022.

[416] Folio confidencial 7.022.

[417] Folios no confidenciales 7.029 y 7.030.

4.3. Evolución de las audiencias de TV y radio

4.3.1. Evolución de las audiencias de las televisiones en abierto en España

(468) El informe de BARLOVENTO COMUNICACIÓN de "Análisis de la industria televisiva-audiovisual 2022"[418] aporta las siguientes cuotas de mercado de las televisiones en abierto medidas en términos de audiencias para el periodo 2013-2022.

Cadenas	Año 2013	Año 2014	Año 2015	Año 2016	Año 2017	Año 2018	Año 2019	Año 2020	Año 2021	Año 2022
A3	13,4	13,6	13,4	12,8	12,3	12,3	11,7	11,8	13,8	13,9
T5	13,5	14,5	14,8	14,4	13,3	14,1	14,8	14,6	14,9	12,3
La1	10,2	10,0	9,8	10,1	10,4	10,5	9,4	9,4	8,8	9,1
AUT	8,7	8,0	7,5	7,4	7,6	7,9	8,2	8,2	8,4	8,4
LA SEXTA	6,0	7,2	7,4	7,1	6,7	6,9	7,0	7,0	6,4	6,1
CUATRO	6,0	6,7	7,2	6,5	6,1	6,0	5,3	5,4	5,3	5,1
La2	2,4	2,8	2,7	2,6	2,6	2,7	2,7	2,8	2,9	3,0
FDF	2,9	3,5	3,5	3,2	3,1	2,9	2,8	2,6	2,4	2,6
ENERGY	1,2	1,5	1,5	1,9	2,0	1,9	2,4	2,3	2,1	2,5
NOVA	2,1	2,5	2,4	2,2	2,2	2,4	2,2	2,5	2,4	2,3
TRECE	1,3	1,6	2,0	2,1	2,1	2,0	2,1	2,3	2,2	2,2
DIVINITY	1,7	2,1	2,3	2,3	2,2	2,0	1,9	1,9	1,9	2,1
NEOX	2,3	2,6	2,6	2,5	2,5	2,4	2,4	2,0	1,8	1,8
ATRESERIES	x	x	0,0	0,8	1,1	1,2	1,4	1,5	1,4	1,7
PARAMOUNT I	1,4	1,9	2,0	1,8	1,9	1,8	1,8	1,8	1,7	1,6
DMAX	1,6	2,1	2,1	1,9	1,7	1,6	1,7	1,7	1,6	1,6
MEGA	x	x	0,9	1,8	1,7	1,6	1,5	1,5	1,4	1,4
DKISS	x	x	x	0,4	0,9	0,8	0,9	1,0	1,1	1,2
24H	0,8	0,8	0,9	0,9	1,0	0,9	1,0	1,1	1,0	1,1
GOL PLAY	x	x	x	0,2	1,0	1,0	1,1	0,8	1,0	1,1
CLAN	2,4	2,3	2,4	2,2	2,0	1,8	1,9	1,6	1,2	0,9
BOING	1,7	1,7	1,6	1,5	1,4	1,3	1,1	1,1	1,0	0,9
TEN	x	x	x	0,3	0,4	0,3	0,4	0,4	0,7	0,8
BEMADtv	x	x	x	0,4	0,6	0,6	0,5	0,7	0,6	0,7
TELEDEPORTE	0,9	0,9	0,9	0,9	0,7	0,6	0,6	0,5	0,6	0,6
DISNEY CHAN	1,5	1,5	1,4	1,1	1,2	1,2	1,1	0,8	0,6	0,6
REAL MADRID	x	x	x	0,2	0,4	0,3	0,3	0,3	0,4	0,5
BOM Cine	x	x	x	x	0,0	0,1	0,2	0,3	0,3	0,4
AUT PRIV	0,8	0,9	0,8	0,8	0,7	0,5	0,4	0,4	0,3	0,4
TEM.PAGO	5,6	6,2	6,8	7,0	7,8	7,6	8,0	8,4	8,6	9,8
LA1+A3+T5	37,1	38,1	38,0	37,3	36,0	36,9	35,9	35,8	37,5	35,3

4.3.2. Evolución de las audiencias de las cadenas de radio en España (2002-2022)

(469) El informe de "Marco General de "Análisis de los Medios en España de 2023"[419] aporta las siguientes cuotas de mercado de las cadenas de radio medidas en términos de audiencias para el periodo 2002-2022[420]:

[418] Folio 13.625

[419] Folios 14.549-14.630.

[420] Folio 14.585.

EVOLUCIÓN DEL SHARE DE LAS CADENAS DE RADIO - 2002-2022

En porcentajes

Radio Generalista	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
TOTAL	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
SER	35,2	39,8	41,2	38,4	38,7	38,7	38,4	38,1	36,2	32,2	34,1	35,5	35,7	35,4	34,0	32,7	30,6	29,7	30,4	29,6	29,5
COPE	12,8	12,3	14,6	17,5		18,2	16,1	14,2	10,6	11,9	11,2	13,1	13,6	15,1	20,8	21,5	22,3	24,6	24,6	25,3	26,7
ONDA CERO	18,4	16,9	15,6	13,4	13,3	14,3	15,5	16,4	17,2	18,9	17,9	19,5	19,0	16,4	12,5	12,4	13,0	12,3	11,9	11,9	11,4
RNE	14,2	12,7	11,0	10,1	9,4	8,1	7,8	8,7	10,4	11,1	11,5	8,5	8,9	9,3	9,5	9,6	9,8	8,7	7,6	7,2	6,3
RAC 1	0,4	0,8	1,0	1,4	2,1	2,3	2,8	3,7	4,5	4,7	5,1	5,5	5,8	6,3	6,0	7,1	7,5	7,0	6,9	7,1	6,3
ESRADIO												1,8	2,4	2,8	2,8	2,7	3,1	3,0	4,2	4,9	4,9
CATALUNYA RADIO	4,3	4,5	4,0	4,2	3,9	3,6	3,6	2,9	3,1	3,4	3,7	3,5	3,4	3,7	3,4	4,2	4,2	4,2	4,2	3,4	3,4
CANAL SUR RADIO	2,2	2,2	2,4	2,4	2,2	2,6	2,8	2,7	2,5	2,6	2,2	2,5	2,4	2,5	2,3	1,9	1,7	2,0	1,5	1,8	1,5
RADIO EUSKADI	2,0	2,0	2,0	2,0	1,8	1,7	1,9	1,6	1,2	1,2	1,1	1,2	1,1	1,3	1,2	1,0	1,1	0,8	1,3	1,0	1,0
RADIO GALEGA	1,0	1,0	1,0	1,1	1,3	1,1	1,0	0,8	0,9	1,0	1,0	1,2	1,0	1,0	0,9	0,9	1,0	1,1	1,5	1,0	0,8
EUSKADI IRRATIA	0,5	0,5	0,5	0,4	0,5	0,5	0,6	0,4	0,5	0,6	0,5	0,6	0,6	0,7	0,5	0,8	0,6	0,5	0,4	0,6	0,6
RADIO CASTILLA-LA MANCHA (3)											0,3	0,3	0,3	0,2	0,3	0,3	0,2	0,2	0,3	0,3	0,3
RADIO VOZ		0,2	0,2	0,2	0,1	0,2	0,2	0,2	0,1	0,3	0,3	0,3	0,5	0,4	0,4	0,5	0,3	0,3	0,2	0,3	0,2
RADIO 9	0,2	0,3	0,3	0,4	0,4	0,3	0,4	0,3	0,4	0,4	0,3	0,4									
ABC PUNTO RADIO (4)				3,4	3,5	3,6	3,5	3,7	4,0	3,2	3,1										
ONA CATALANA/ONA FM (2)	0,5	0,5	0,3					0,2	0,4	0,6	0,4										
ONDA VASCA										0,4	0,3										
ONDA MADRID (1)	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2	0,3	0,2		0,2	0,2											
COM RADIO	0,5	0,6	0,5	0,4	0,3	0,2	0,2	0,3	0,2	0,3											
HERRI IRRATIA	0,2	0,2	0,2	0,2	0,2		0,2														
RESTO	7,4	5,3	5,0	4,3	22,0	4,3	4,8	5,8	7,6	7,0	7,0	6,1	5,3	4,9	5,4	4,4	4,6	4,7	5,0	5,6	7,1

Radio Temática	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
TOTAL	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
LOS40	24,3	21,3	21,5	23,1	25,5	24,2	23,8	22,2	21,9	21,4	20,4	18,8	16,5	15,7	14,7	14,0	14,4	15,3	16,4	16,4	17,0
C100	7,7	6,9	6,9	6,0		5,9	8,7	9,5	11,2	10,3	9,7	9,9	10,1	9,8	10,7	12,5	12,9	11,9	11,5	10,9	10,8
DIAL	17,4	14,9	13,5	13,2	13,3	12,6	13,1	12,4	13,3	13,5	13,4	12,7	13,1	13,1	13,1	13,3	13,5	13,1	11,6	9,9	10,0
ROCK FM (5)						1,0	1,0	1,1	0,8	1,6	2,0	4,0	5,2	5,6	5,8	5,8	6,5	6,0	6,4	5,9	5,8
KISS FM		9,8	10,7	10,5	10,4	8,8	8,7	7,8	6,2	5,7	5,2	4,5	4,5	4,7	5,0	5,0	5,8	5,3	5,5	5,7	5,6
LOS40 CLASSIC (8)	5,9	3,9	4,7	6,3	6,0	5,6	3,8	3,5	3,0	2,7	3,0	3,7	3,2	2,8	2,6	2,2	2,9	3,2	3,7	4,0	5,1
EUROPAFM	1,0	2,1	1,9	1,8	3,1	4,8	5,8	6,2	6,9	8,0	9,4	10,1	10,1	9,9	9,3	8,9	7,2	6,9	6,3	5,2	3,9
RADIO 3	2,9	2,6	2,3	2,2	2,3	2,1	2,4	2,1	2,0	2,0	2,5	2,3	2,5	3,0	2,9	3,0	2,9	3,0	2,8	3,1	3,2
RADIOLÉ	5,1	3,8	3,0	3,7	4,1	4,4	3,7	3,6	3,3	3,6	3,0	3,2	3,3	3,5	3,7	3,5	3,1	3,5	3,1	3,5	3,0
RADIO MARCA	0,5	0,7	1,2	1,9	2,2	2,3	2,7	3,3	3,6	3,2	3,4	2,8	2,8	2,7	2,6	2,1	2,1	2,2	2,3	2,4	2,8
LOS40 URBAN (10)																0,3	0,5	0,4	0,7	1,6	2,1
CANAL FIESTA RADIO	4,1	3,8	4,3	3,6	3,1	2,8	2,6	2,6	2,4	2,2	2,0	2,2	2,4	2,5	2,4	2,7	2,6	2,5	2,0	2,1	1,8
FLAIX	2,0	1,6	1,3	1,0	1,0	1,1	1,3	1,6	1,7	1,9	1,9	1,5	1,3	1,2	1,1	1,1	1,0	1,0	1,2	1,2	1,6
RADIOTELE TAXI	3,3	3,6	2,9	3,2	2,2	2,2	1,9					1,0	0,9	1,2	1,3	1,2	1,2	1,5	1,7	1,8	1,5
RADIO 5 TODO NOTICIAS	5,5	4,9	4,2	3,4	3,0	3,0	2,2	2,0	1,8	1,7	1,6	1,5	1,6	1,6	1,6	1,5	1,4	1,2	1,4	1,5	1,5
FLAIXBAC	1,4	1,4	1,2	1,2	1,1	0,8	0,8	0,7	1,1	1,1	1,2	1,1	1,0	1,3	1,5	1,4	1,1	1,5	1,3	1,3	1,4
RADIO CLASICA RNE	1,2	0,9	1,1	1,0	1,0	0,8	0,8	0,8	0,7	0,8	0,8	0,8	0,9	1,0	0,9	1,1	1,1	1,1	1,1	1,4	1,3
RAC 105	0,5	0,5	0,6	1,1	1,3	1,2	1,1	1,5	1,4	1,4	1,4	1,4	1,3	1,2	1,3	1,4	0,9	1,0	1,0	0,9	1,1
HIT FM										0,5	1,0	0,8	0,9	0,7	0,8	1,1	1,3	1,0	1,0	1,2	0,9
MELODÍA FM (6)									0,5	0,6	0,8	1,1	1,5	1,4	1,4	1,7	1,5	1,2	0,9	0,7	0,9
MEGASTAR FM													1,1	1,5	1,5	1,2	0,9	0,9	0,7	0,8	0,8
CATALUNYA INFORMACIÓ	0,6	0,7	0,6	0,6	0,5	0,5	0,5	0,5	0,6	0,5	0,5	0,5	0,4	0,4	0,4	0,4	0,4	0,4	0,5	0,4	0,5
GAZTEA (7)	0,5	0,4	0,5	0,4	0,3	0,3	0,4	0,4	0,4	0,5	0,5	0,6	0,6	0,4	0,5	0,5	0,4	0,3	0,3	0,4	0,2
INTERECONOMÍA	0,4	0,4	0,4	0,5	0,5	0,8	0,9		1,0	0,9	0,8	0,5	0,1	0,2	0,2	0,1	0,1	0,1		0,2	0,2
CADENA TOP	0,7	0,8	0,6	0,4	0,4	0,6	0,7	0,9	0,6	0,6	0,4	0,3	0,3	0,3	0,3	0,2	0,2	0,4	0,3	0,4	
LOCA FM																		0,7	0,7		
LOS40 DANCE (9)		1,4	1,6	1,5	1,6	1,9	2,3	3,2	3,8	3,9	3,4	3,7	3,5	3,0	2,4	1,9	1,5	0,7	0,5		
RADIO RM	0,9	0,6	0,6	0,6	0,5	0,3	0,4					0,2	0,3								
FUN RADIO												0,3									
RADIO CASTILLA-LA MANCHA (3)	0,5	0,5	0,5	0,4	0,4	0,4	0,4	0,3	0,2												
RADIO NERVIÓN					0,8	1,1	0,9														
RADIO CLUB 25	0,9	0,6	0,6	0,8	0,8																
ONA CATALANA (2)					0,1																
ONA MUSICA	0,3	0,3	0,3	0,5																	
HIT RADIO		2,0																			
RESTO	12,4	9,7	13,0	11,1	14,5	10,5	9,1	13,8	11,6	11,4	11,7	10,5	10,6	11,3	12,0	11,9	12,6	13,7	15,1	17,1	17,0

(1) En 2004 cambia su denominación "Telemadrid Radio" por "Onda Madrid"
(2) A partir de la 3ª Ola de 2005 Ona Catalana pasa de ser generalista a temática y en la 2ª Ola de 2007 vuelve a ser generalista cambiando su denominación "Ona Catalana" por "Ona FM".
(3) A partir de la 3ª Ola de 2011 Radio Castilla-La Mancha pasa de ser temática a generalista.
(4) En 2011 cambia su denominación "Punto Radio" por "ABC Punto Radio".
(5) En 2012 cambia su denominación "Rock&Gol" por "Rock FM".
(6) En 2014 cambia su denominación "Onda Melodía" por "Melodía FM".
(7) En 2018 cambia su denominación "Euskadi Gaztea" por "Gazteaa".
(8) En 2019 cambia su denominación "M80" por "Los40 Classic".
(9) En 2019 cambia su denominación "Máxima FM" por "Los40 Dance".
(10) En 2020 cambia su denominación "Ke Buena" por "Los40 Urban".

4.3.3. Evolución de las audiencias del consumo audiovisual de los grandes grupos audiovisuales en España (2002-2022)

(470) Los informes de BARLOVENTO COMUNICACIÓN de “Análisis de la industria televisiva-audiovisual” para los años 2020, 2021 y 2023 aportan los datos

relativos a las audiencias correspondientes a minutos diarios a nivel mensual de los grandes grupos audiovisuales[421]:

MINUTOS PERSONA/ DÍA MES OCTUBRE						
	2020		2021		2022	
	Minutos	**%**	**Minutos**	**%**	**Minutos**	**%**
TV LINEAL (KANTAR)	265	77,3%	226	73,4%	195	69,6%
TV DIFERIDO (KANTAR)	9	2,6%	9	2,9%	8	2,9%
OTROS USOS TELEVISOR (KANTAR)	26	7,6%	27	8,8%	33	11,8%
YOUTUBE (COMSCORE)	35	10,2%	33	10,7%	33	11,8%
RESTO INTERNET (COMSCORE)	8	2,3%	13	4,2%	11	3,9%
	343	**100%**	**308**	**100%**	**280**	**100%**

Elaboración propia a partir de información de los Informes de Barlovento

(471) Puede apreciarse a la luz de los datos cómo la cuota de audiencia de televisión lineal se encuentra aproximadamente entre el 70%-80% para el periodo considerado, siendo la asociada al consumo de internet entre el 10%-20%. Se aportan datos desde 2020 por ser el año en el cual el Informe comenzó a incorporar este desglose de información, al que Barlovento denomina "El Rosco", por lo que puede inferirse que en los años previos la cuota de Internet sería menor.

4.4. SGAE emplea información sobre el uso efectivo del repertorio para efectuar los repartos

4.4.1. Reparto de la SGAE de los derechos provenientes de la televisión

(472) El sistema de reparto de lo recaudado aparece regulado en el Título II del Libro IV del Reglamento de la SGAE (RS)[422], disponible en la página web de la entidad[423]. Cada modalidad de procedencia de los derechos tiene definida su propia norma de reparto. Concretamente, el Capítulo V es el relativo a la **televisión**, aparatos receptores, televisión por cable y local inalámbrica, aparatos reproductores de videogramas y vídeos comunitarios.

(473) De acuerdo con la SGAE, para efectuar el reparto[424] , en primer lugar, [redacted].

(474) En segundo lugar[425], [redacted]

[421] Folios 13.414, 13.463 y 13.640.

[422] Folios 14.467-14.522.

[423] https://www.sgae.es/sobre-sgae/estatutos/

[424] Folio confidencial 11.433 y no confidencial 11.708 (información complementaria de 9 de junio de 2023).

[425] Folio confidencial 11.433 y no confidencial 11.708 (información complementaria de 9 de junio de 2023).

[redacted].

(475) En tercer lugar, la SGAE indica[427] que [redacted].

(476) De acuerdo con el actual artículo 204[428] del RS los derechos recaudados se distribuirán conservando la trazabilidad de las tarifas de manera independiente entre las correspondientes obras emitidas. También indica dicho artículo que la distribución de las obras de pequeño derecho se realizará conjuntamente en función de las duraciones de las obras emitidas en el período objeto de reparto y de conformidad con las clasificaciones definidas y los coeficientes de valoración adjudicados en los artículos 201 y 202 del RS[429] mencionados previamente. Añade dicho artículo que, en el caso específico de la música audiovisual, cuando no se disponga del contenido de la música dentro del audiovisual, se utilizará como base de ponderación el promedio del tiempo de la música en una obra audiovisual resultante en los últimos dos años naturales.

4.4.2. Reparto de la SGAE de los derechos provenientes de las emisoras de radio

(477) En cuanto al reparto de la recaudación obtenida de las **emisoras de radio**, éste se regula en los artículos 194 a 200[430] del Capítulo IV del RS.

(478) De acuerdo con la SGAE[431] el primer paso es [redacted]. El artículo 195 recoge la información necesaria para el reparto.

---

[426] Folios 14.487-14.488.

[427] Folio confidencial 11.433-11.434 y no confidencial 11.708-11.709 (información complementaria de 9 de junio de 2023).

[428] Modificación aprobada en la Asamblea Ordinaria de 30 de julio de 2020.

[429] Folios 14.487-14.498.

[430] Folios 14.483-14.486.

[431] Folio no confidencial 11.710 y folio confidencial 11.435 de la información complementaria de la SGAE de 9 de junio de 2023.

(479) En segundo lugar, indica la SGAE que se aplican los siguientes parámetros a cada obra emitida en radio para determinar el importe que se reparte a los derechohabientes[432]:

- Aplicación a la obra de una valoración en puntos según el uso de la obra tomando en cuenta la duración (por ejemplo, a las obras sinfónicas les corresponden 20 puntos y a las sintonías 1).

- [redacted]

[redacted].

4.5. Información de los informes de gestión de la SGAE

(480) Los informes de gestión de la SGAE[433] (Tabla 30) muestran que los ingresos en radiodifusión y cable (que incluyen radio, televisión en abierto y televisión de pago) han supuesto en el periodo 2016-2022 alrededor del 40-50% de sus ingresos sociales totales por la gestión en España de derechos de propiedad intelectual (su peso solo cae por debajo del 40% en 2019, por un comportamiento anómalo de los ingresos de televisiones privadas, que se recuperan a partir de 2021[434]). Se trata todos los años de la principal forma de recaudación, por encima de otros mercados como la comunicación pública (en restauración, hospedaje, discobares, establecimientos comerciales, salones de boda, salas de cine, etc.) y de artes escénicas y musicales (obras dramáticas y conciertos).

Tabla 30. Evolución de los ingresos sociales de la SGAE

Ingresos sociales de SGAE							
	2016		2017		2018		[redacted]
	Importe (€)	**% del total**	**Importe (€)**	**% del total**	**Importe (€)**	**% del total**	
TOTAL	**210.614.000**		**216.909.000**		**265.260.000**		
Radiodifusión y cable	100.432.000	47,7%	99.312.000	45,8%	132.585.000	50,0%	
		% dentro de radiodifusión y cable		**% dentro de radiodifusión y cable**		**% dentro de radiodifusión y cable**	
Radios públicas	*3.726.000*	*3,7%*	*4.577.000*	*4,6%*	*5.454.000*	*4,1%*	
Radios privadas	*9.942.000*	*9,9%*	*10.813.000*	*10,9%*	*10.637.000*	*8,0%*	
Televisiones públicas	*26.375.000*	*26,3%*	*33.500.000*	*33,7%*	*32.361.000*	*24,4%*	
Televisiones privadas	*60.389.000*	*60,1%*	*50.422.000*	*50,8%*	*84.133.000*	*63,5%*	

[432] Folio no confidencial 11.710 y folio confidencial 11.435 de la información complementaria de la SGAE de 9 de junio de 2023.

[433] Informes de gestión de la SGAE de 2017 (página 66, folio 12725), 2018 (sección 10, folio 12.797), 2019 (página 57, folio 12.037), 2020 (página 71, folio 12.111), 2021 (página 69, folio 12.183) y 2022 (página 60, folio 12.246).

[434] El informe de la SGAE de 2021 (página 36, folio 12.150) señala que en 2021 se incrementaron fuertemente los ingresos de TVs privadas por la regularización de derechos devengados de años anteriores mediante el pago de atrasos de Mediaset y Atresmedia. El informe de la SGAE de 2020 (página 33, folio 12.073) señala que en 2020 se resintieron los ingresos por retrasos e impagos parciales de Atresmedia, Mediaset y Telefónica.

Ingresos sociales de SGAE						
	2020		2021		2022	
	Importe (€)	**% del total**	**Importe (€)**	**% del total**	**Importe (€)**	**% del total**
TOTAL	**177.442.000**		**221.146.000**		**297.994.000**	
Radiodifusión y cable	77.375.000	43,6%	111.900.000	50,6%	132.785.000	44,6%
		% dentro de radiodifusión y cable		**% dentro de radiodifusión y cable**		**% dentro de radiodifusión y cable**
Radios públicas	*4.408.000*	*5,7%*	*4.612.000*	*4,1%*	*4.573.000*	*3,4%*
Radios privadas	*8.428.000*	*10,9%*	*8.083.000*	*7,2%*	*9.092.000*	*6,8%*
Televisiones públicas	*37.007.000*	*47,8%*	*35.875.000*	*32,1%*	*39.918.000*	*30,1%*
Televisiones privadas	*27.532.000*	*35,6%*	*63.331.000*	*56,6%*	*79.201.000*	*59,6%*

Fuente: Elaboración propia a partir de informes de la SGAE[435]

(481) Los informes de gestión de la SGAE[436] (Tabla 31) muestran que la utilización de su repertorio en el medio de radiodifusión ha supuesto en el periodo 2016-2022 alrededor del 40-50% del reparto de derechos a sus socios (solo cae del 40% en 2019-2020, véase el anterior párrafo (480) sobre la explicación de la evolución de los derechos recaudados en esos años). Se trata todos los años de la principal vía de reparto de derechos a sus socios, por encima de la comunicación pública y las artes escénicas y musicales.

Tabla 31. Evolución de los derechos repartidos por la SGAE

Derechos repartidos por SGAE							
	2016		2017		2018		[redacted]
	Importe (€)	**% del total**	**Importe (€)**	**% del total**	**Importe (€)**	**% del total**	
TOTAL	**239.190.000**		**248.251.000**		**282.221.000**		
Radiodifusión y cable	95.287.000	39,8%	105.120.000	42,3%	131.293.000	46,5%	
		% dentro de radiodifusión y cable		**% dentro de radiodifusión y cable**		**% dentro de radiodifusión y cable**	
Emisoras radio	14.495.000	15,2%	14.567.000	13,9%	14.836.000	11,3%	
Emisoras televisión	80.792.000	84,8%	90.553.000	86,1%	116.457.000	88,7%	
Televisiones públicas	*29.862.000*	*31,3%*	*35.950.000*	*34,2%*	*37.285.000*	*28,4%*	
Televisiones privadas	*50.930.000*	*53,4%*	*54.603.000*	*51,9%*	*78.992.000*	*60,2%*	

[435] De acuerdo con la SGAE las cifras de recaudación del informe reflejan cifras brutas anteriores a la aplicación del descuento de administración y de las bonificaciones e incorporan los importes repartidos a las sociedades extranjeras que representa la SGAE pero no lo recaudado del extranjero.

Folio confidencial 11.663 y siguientes. Folio no confidencial 11.672 y siguientes. Respuesta de la SGAE de 21 de junio de 2023 (versión no confidencial de 22 de junio de 2023).

[436] Informes de gestión de la SGAE de 2017 (página 66, folio 12.725), 2018 (sección 10, folio 12.797), 2019 (página 57, folio 12.037), 2020 (página 71, folio 12.111), 2021 (página 69, folio 12.183) y 2022 (página 60, folio 12.246).

Derechos repartidos por SGAE						
	2020		2021		2022	
	Importe (€)	**% del total**	**Importe (€)**	**% del total**	**Importe (€)**	**% del total**
TOTAL Radiodifusión y cable	[redacted]					
Emisoras radio						
Emisoras televisión						
Televisiones públicas						
Televisiones privadas						

Fuente: Elaboración propia a partir de informes de la SGAE[437]

(482) La SGAE indica que los repartos son siempre posteriores a la recaudación, al ser necesario procesar la información, de modo que, parte de lo repartido en un año habrá sido ingresado el año natural anterior. Asimismo, señala que existen ciertos mecanismos que hacen imposible que ingresos y repartos cuadren de manera exacta como las cuantías asignadas a "obras pendientes de identificación" o la dotación a reservas. Finalmente, indica que los desgloses son distintos en los repartos (por modalidad de explotación y no por tipo de obra) y en los ingresos.

5. FUNDAMENTOS DE DERECHO

5.1. Competencia para resolver

(483) De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la **LCNMC**, 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*"[438]. 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,

[437] En los derechos repartidos sí se incluye la partida internacional para incluir lo repartido a autores internacionales por la gestión de su repertorio en España. Los totales de los derechos repartidos en esta tabla son superiores a los totales en la tabla de recaudación porque el reparto de derechos incluye lo repartido a los autores nacionales por el uso de su repertorio fuera de España (algo que no está incluido en la tabla de recaudación).

En cualquier caso, la SGAE señala que ingresos y repartos no cuadran porque: i) los repartos son siempre posteriores a la recaudación al ser necesario procesar la información, de modo que parte de lo repartido un año habrá sido ingresado el año natural anterior; ii) existen cuantías asignadas a "obras pendientes de identificación" o la dotación a reservas; iii) los desgloses son distintos en los repartos (por modalidad de explotación y no por tipo de obra) y en los ingresos.

Folio confidencial 11.663 y siguientes. Folio no confidencial 11.672 y siguientes. Respuesta de la SGAE de 21 de junio de 2023 (versión no confidencial de 22 de junio de 2023).

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

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*".

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

5.2. Normativa aplicable

(485) La Sala de Competencia debe resolver si las prácticas investigadas son constitutivas de infracción de la normativa de competencia, sobre la base de la instrucción realizada por la DC que se recoge en el informe y propuesta de resolución.

(486) Por lo que respecta a la normativa nacional aplicable, el presente expediente se refiere a una serie de prácticas realizadas durante la vigencia de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que serían contrarias al artículo 2 de dicha norma, mediante el que se prohíbe el abuso de posición de dominio.

5.3. Propuesta de órgano instructor

(487) La Dirección de Competencia propone a la Sala, en su Propuesta de Resolución, que declare la existencia de conductas prohibidas por los artículos 2 LDC y 102 TFUE, consistentes en:

- **Una infracción única y continuada de los artículos 2 LDC y 102 TFUE** consistente en un **abuso de posición de dominio** en los mercados de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de **obras musicales** para el servicio de comunicación audiovisual radiofónico y para el servicio de comunicación televisivo (lineal y bajo demanda) que **comprende (i) el diseño y aplicación de tarifas por disponibilidad y (ii) las prácticas relativas a la presentación del repertorio como universal y la indemnidad frente a reclamaciones de terceros**, **desde al menos el 1 de enero de 2016 hasta al menos el cierre de la fase de instrucción**.

- **Una infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE** consistente en un **abuso de posición de dominio** por el **diseño y aplicación de las tarifas por disponibilidad** en el mercado de la gestión de derechos de remuneración de autores de **obras audiovisuales** a que se refiere el artículo **90.4 del TRLPI** para el servicio de comunicación audiovisual de televisión (lineal o a petición) **desde al menos el 1 de enero de 2016 hasta al menos el 31 de diciembre de 2017**.

(488) La DC propone imponer a la SGAE las siguientes sanciones:

- 4.237.158 euros para la primera infracción.

- 2.607.482 euros para la segunda infracción.

Asimismo, apunta a la posibilidad de que resulte de aplicación la prohibición de contratar a la SGAE.

5.4. Valoración de la Sala de Competencia

(489) Adelantamos que, tal y como se expone pormenorizadamente en las siguientes páginas, **esta Sala comparte la calificación jurídica de los hechos acreditados que lleva a cabo el órgano instructor, estimando acertada la imputación de dos infracciones constitutivas de abuso de posición de dominio**, en el sentido de los artículos 2 LDC y 102 TFUE, según se definen en el párrafo (487) *supra*.

(490) Por los motivos que, sin ánimo de exhaustividad, se sintetizan en esta introducción y que se desarrollan extensamente en las siguientes páginas (párrafos (497) a (961)), consideramos que **la SGAE es dominante en los mercados analizados y que ha abusado de dicha posición de dominio a lo largo de los periodos objeto de investigación**, **al diseñar y aplicar unas tarifas que, en su conjunto pueden considerarse inequitativas y tienen, cuanto menos, la potencialidad de dificultar la entrada o mantenimiento de otros competidores actuales o potenciales**.

(491) **Tanto para los derechos de obras musicales, como para los derechos de obras audiovisuales del artículo 90.4 del TRLPI**, y sin perjuicio de las diferencias entre ambos tipos de derechos y sus respectivas tarifas que también se abordan más adelante y que impiden subsumir estos hechos en una misma infracción (párrafos (937) a (941)), la **SGAE ha diseñado y aplicado unas tarifas por uso efectivo tan elevadas, en comparación con las tarifas de disponibilidad promediada, que no suponían, en términos generales, una verdadera alternativa a estas últimas, ni para las emisoras de radio ni para las de televisión**.

(492) Todo ello, de tal modo, que **se ha empujado a la vasta mayoría de los usuarios a pagar tarifas de disponibilidad promediada del repertorio de la SGAE en vez de verdaderas tarifas por uso efectivo** consideradas preferibles a las anteriores por la práctica decisoria y jurisprudencial tanto nacional como de la UE. **De lo anterior se derivan, principalmente, dos consecuencias desfavorables, desde una perspectiva de competencia**, que se entrelazan.

(493) En primer lugar, **la inmensa mayoría de los usuarios paga un precio a la SGAE total o parcialmente desligado de la utilización real que hacen de su repertorio**, tanto en lo que se refiere al número de obras como a la intensidad de su uso. **En un contexto en el que la SGAE ha ostentado una posición de dominio muy destacada y en el que la aplicación de tarifas por disponibilidad responde, al menos en gran medida, a que la TUE ofrecida no constituía una verdadera alternativa, la aplicación generalizada de tarifas que no reflejan la intensidad del valor de uso debe llevar a considerarlas inequitativas.** Conviene subrayar, a este respecto, que, tal y como se expondrá más adelante, el órgano de instrucción ha acreditado adecuadamente que, al contrario de lo mantenido por la empresa imputada, la

SGAE hubiese podido ofrecer una tarifa de uso efectivo que supusiese una verdadera opción para una porción no marginal de usuarios, sin incurrir en costes desproporcionados.

(494) **Además del efecto explotativo que implica aplicar de forma ampliamente predominante, en la práctica, una tarifa sin relación con el uso efectivo**, por no ofrecer una TUE que pudiera constituir una verdadera alternativa para una parte no insignificante de usuarios, **la aplicación prevalente de una TDP deriva en otro efecto anticompetitivo, esta vez de tipo exclusionario, por la aptitud de este tipo de tarifas para obstaculizar la entrada y expansión de competidores.**

(495) **Las tarifas de disponibilidad constituyen, de hecho, una importante barrera de entrada.** La razón de esto último es que si se está abonando una TDP (asimilable a una tarifa plana) por el uso de un repertorio tan nutrido como el de la SGAE, los usuarios ven drásticamente limitados los incentivos para la contratación de otros repertorios alternativos, ya que tendrían que seguir pagando la misma tarida de disponibilidad a la SGAE, aun reduciendo el uso de su repertorio, y sumarle el coste derivado de emplear los derechos del repertorio del proveedor alternativo.

Por tanto, las actuaciones de la SGAE relativas al diseño y negociación de sus tarifas que han cristalizado en que se apliquen, a una muy amplia mayoría de usuarios, tarifas por disponibilidad en detrimento de una tarifa por uso efectivo, deben calificarse como sendos abusos de posición de dominio, por lo que se refiere, por un lado, a los derechos audiovisuales y, por otro lado, a los derechos musicales.

(496) **El caso de los <u>derechos de obras musicales</u>, el efecto de exclusión señalado se ve, además, reforzado por la conducta de la SGAE consiste, en incluir, en sus relaciones contractuales con usuarios de radio y televisión, cláusulas o declaraciones en las que se presenta su repertorio como universal, así como, también, cláusulas de indemnidad** frente a eventuales reclamaciones de terceros, por el uso de derechos no pertenecientes su repertorio lo que limita, todavía en mayor medida, los incentivos de dichos usuarios para contratar con competidores de la SGAE**.**

5.4.1. Concepto de empresa en el sentido del derecho de la competencia

5.4.1.1. Principios

(497) De acuerdo con reiterada jurisprudencia, en el contexto del Derecho de la Competencia, el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha

entidad y de su modo de financiación[439] y con independencia de la existencia o no de ánimo de lucro[440].

5.4.1.2. Aplicación a este caso: la SGAE es una empresa en el sentido del derecho de la competencia

(498) A los efectos de este expediente, puede afirmarse que la SGAE, como entidad de gestión, puede subsumirse en el concepto de empresa, bajo la perspectiva de Derecho de la Competencia.

(499) En este sentido, el TRLPI (en su artículo 147) define estas entidades como entidades legalmente constituidas que tengan establecimiento en territorio el español y pretendan dedicarse, en nombre propio o ajeno, a la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual.

(500) Es preceptivo para su correcta constitución la autorización del Ministerio de Cultura y Deporte, que habrá de publicarse en el «Boletín Oficial del Estado».

(501) Además, se establece en el mismo artículo que son propiedad de sus socios y estarán sometidas al control de los mismos, destacándose también que han de estar constituidas sin ánimo de lucro.

(502) En virtud de autorización, podrán ejercer los derechos de propiedad intelectual confiados a su gestión por sus titulares mediante contrato de gestión y tendrán los derechos y obligaciones que aparecen establecidos en el TRPLI, hacer efectivos los derechos a una remuneración y compensación equitativas en los distintos supuestos previstos en el mismo cuerpo legal, y a ejercitar el derecho de autorizar la distribución por cable.

(503) En lo que respecta a la CNMC, el artículo 194 del TRLPI, referido a las tarifas establecidas por las entidades de gestión y control de las mismas, señala, por un lado, que la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual podrá dictar resoluciones actualizando o desarrollando la metodología para la determinación de las tarifas generales referida en el artículo 164.3, previo informe de la CNMC. Por otro lado, este artículo destaca que en caso de apreciarse un incumplimiento de las obligaciones establecidas para estas entidades se comunicará esta circunstancia a la CNMC, a los efectos oportunos.

(504) En este sentido, desde el punto de vista del derecho de la competencia, las entidades de gestión reciben el trato de operadores económicos que ejercen su actividad en un mercado de doble cara (véase la introducción del apartado 3.3). Por una parte, estaría la cara de los titulares propietarios de los derechos. Por

[439] Ver, por todas, sentencia de 23 de abril de 1991, Klaus Höfner and Fritz Elser v Macrotron GmbH, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, apartado 21.

[440] Véase sentencia de 16 de noviembre de 1995, Fédération Française des Sociétés d'Assurance, Société Paternelle-Vie, Union des Assurances de Paris-Vie and Caisse d'Assurance et de Prévoyance Mutuelle des Agriculteurs v Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, C-244/94, ECLI:EU:C:1995:392, apartados 17 a 22.

otra, la cara de los usuarios, a quienes las entidades de gestión conceden licencias para llevar a cabo la explotación de los antedichos derechos.

(505) Las numerosas resoluciones de la CNMC, sentencias, pronunciamientos y doctrina jurisprudencial derivadas de conflictos asociados a conductas anticompetitivas por parte de las entidades de gestión (cuestión que se aplica a nivel nacional, pero también en otros países y en el ámbito comunitario[441] y extracomunitario) califican estos entes como operadores económicos cuando realizan actividades análogas a las analizadas en este expediente (sin perjuicio de que tengan características especiales derivadas de su configuración, funciones y especiales obligaciones).

(506) Existe consenso a nivel jurisprudencial en torno al concepto de empresa bajo el prisma de competencia. De tal manera que, siempre que la entidad se encuentre desarrollando una actividad económica, es irrelevante el estatuto jurídico y modo de financiación[442], y ello con independencia de que tenga o no ánimo de lucro[443].

(507) En el caso que nos ocupa, en lo que se refiere al régimen jurídico, todas las entidades de gestión existentes en España, en la práctica, se han constituido como asociaciones. En este sentido, la LPI no prejuzga la naturaleza jurídica, pero de algunos preceptos se deduce que han de ser personas jurídicas de base asociativa, no fundacional, lo que significa que han de constituirse como asociaciones o cooperativas.

---

[441] Así, el Tribunal de Justicia ha considerado que las entidades de gestión pueden incurrir en infracciones de las normas de competencia en el desempeño de estas actividades, incardinando por tanto su actividad dentro del concepto te empresa en el sentido del derecho de la competencia. Véase, a título de ejemplo, la sentencia de 11 de diciembre de 2008, Kanal 5 y TV-4, C-52/07, ECLI:EU:C:2008:703, que señala, en el marco de una cuestión prejudicial (énfasis añadido): "*El **artículo 82 CE** debe interpretarse en el sentido de que, al calcular las tarifas percibidas en concepto de retribución debida por la difusión por televisión de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual de modo diferente según se trate de sociedades de televisión privadas o de sociedades de servicio público, **una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual puede explotar de forma abusiva su posición dominante a efectos de dicho artículo** cuando aplica a estas sociedades condiciones desiguales para prestaciones equivalentes y les ocasiona por este motivo una desventaja competitiva, salvo que tal práctica pueda estar objetivamente justificada*."

[442] Ver, por todas, sentencia de 23 de abril de 1991, Klaus Höfner and Fritz Elser v Macrotron GmbH, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, apartado 21 que establece que *"procede precisar, en el contexto del Derecho de la competencia, que, por un lado, el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación"*

[443] Véase Sentencia de 10 de enero de 2006, Cassa di Risparmio di Firenze, C-222/04, ECLI:EU:C:2006:4 y otros; párrafos 122 y 123; STJCE de 1 de julio de 2008 en el caso C-49/07-MOTOE, ECLI:EU:C:2008:376, apartado 27.

(508) En este sentido existe abundante jurisprudencia tanto nacional[444] como comunitaria[445] que establece cuándo las asociaciones pueden actuar también como empresas en el sentido del derecho de la competencia cuando realizan una actividad económica. En el caso concreto de la SGAE, la autoridad nacional de competencia ha considerado en múltiples ocasiones que se trata de una empresa a efectos del Derecho de la competencia[446] y ha sancionado su conducta por abusiva en varios pronunciamientos refrendados por los tribunales[447].

---

[444] La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2018 (Nº de recurso 4389/2017) establece lo siguiente en su fundamento de derecho segundo (énfasis añadido):

El Tribunal de Justicia ya desde su temprana jurisprudencia - sentencia de 29 de octubre de 1980 (asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/789)-, consideró que las previsiones del derecho comunitario (en la actualidad de la Unión Europea) referidas a la defensa de la competencia también eran aplicables "[...] a las asociaciones cuya propia actividad o la de las empresas que las integran tienda a producir los efectos que dicha disposición pretende impedir", pues las previsiones en defensa de la competencia no dejan de aplicarse por el solo hecho de haber sido aprobada por una asociación. Y así se volvió a repetir en la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 1975, Frubo/Comisión, 71/74, Rec. p. 563, apartado 30). (…)

Y este Tribunal ya en su sentencia de 17 de marzo de 2003 (rec. 10.329/1997), consideró que la actividad prohibida puede serlo cualquier acuerdo o conducta tendente a falsear la libre competencia, incluyéndose en ella la recomendación colectiva y que :

"[...] la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico -término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquéllos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado-; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos".

Por ello, cabe concluir que tanto los empresarios individuales como las asociaciones de estos, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, están sujetos a las normas sobre competencia.

[445] Sentencia del Tribunal General de 26 de enero de 2005 en el caso T-193/02 ECLI:EU:T:2005:22 (apartado 72) confirmado por el Tribunal de Justicia (C-171/05, ECLI:EU:C:2006:149).

[446] En su resolución de 16 de diciembre de 2004 (Expte. R 609/04, Ediciones Musicales) el Tribunal de Defensa de la Competencia indicó que "*las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual deben considerarse, a los efectos del Derecho de competencia, como empresas, en cuanto realizan una actividad de carácter económico, percibiendo ingresos de los usuarios de obras amparadas por la Ley de Propiedad Intelectual, concretamente de obras musicales en el caso de la SGAE, y abonando a los titulares de los derechos la parte correspondiente a la utilización de sus obras*".

[447] Véase la resolución del Consejo de la CNMC de 6 de noviembre de 2014 en el asunto S/0460/13 SGAE CONCIERTOS confirmada por sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2019 (nº de recurso 2454/2018). En esta resolución se sancionó a la SGAE por abusar de su posición de dominio al establecer tarifas excesivas en la concesión de licencias para la comunicación pública de obras musicales protegidas por derechos de autor a través de su ejecución en conciertos celebrados en España. Véase también la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de enero de 2002 (expte. 511/01, Vale Music/SGAE) en el que se sancionó a la SGAE por abusar de su posición de dominio al establecer tarifas discriminatorias a los productores de fonogramas. Esta resolución de 2002 fue confirmada por sentencia firme de la Audiencia Nacional de 25 de febrero de 2004 (nº 201/2002) pues el Tribunal Supremo inadmitió el recurso de la SGAE contra la sentencia).

(509) En cuanto al modo de financiación (véase explicación detallada en apartado 3.1), el hecho de que sean entidades carentes de ánimo de lucro es irrelevante (véase el apartado 5.4.1.1) a la hora de calificarlas como empresas si están desarrollando una actividad económica. Y se cumple plenamente que la SGAE realiza una actividad económica, pues gestiona activamente los derechos de los autores de su repertorio recaudando de los usuarios que emplean el repertorio de la SGAE las tarifas correspondientes y procediendo posteriormente al reparto de derechos a los autores.

5.4.2. Posición de dominio

5.4.2.1. Principios

Ni el artículo 2 de la LDC ni el artículo 102 del TFUE definen el concepto de posición de dominio, si bien sí se acota el mismo en reiterada jurisprudencia europea[448] y nacional, en una Comunicación de la Comisión[449], así como en numerosas resoluciones de la autoridad española de competencia[450]. La posición de dominio es la situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que le permite impedir que exista una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores.

(510) Por lo tanto, la posición dominante de un operador vendrá determinada por la facultad de este de mantener, de forma significativa, un comportamiento independiente respecto de sus fuentes de presión competitiva. Este margen de independencia frente a competidores y clientes no debe ser absoluto, sino que basta con que sea “apreciable” o “considerable”[451].

---

[448] SSTJCE United Brands c. Comisión, C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22; Hoffman – La Roche c. Comisión, C- 85/76, ECLI:EU:C:1979:36 (Rec. 1979); Michelin c. Comisión, C-3222/81, ECLI:EU:C:1983:313, (Rec- 1983), Télémarketing, C-311/84, ECLI:EU:C:1985:394, (Rec-1985) y TeliaSonera Sverige c.Comisión, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, (Rec 2011).

[449] Comunicación de la Comisión Europea “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes”.

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

[451] Resolución de la CNC de 17 de marzo de 2011 (Expediente S/0153/09 Mediapro).

(511) La existencia de una posición dominante resulta, en general, de la concurrencia de varios factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente determinantes[452].

(512) A la hora de establecer la posición de dominio de una empresa, como ha señalado la citada Comunicación de la CE[453]:

> *"las cuotas de mercado proporcionan una primera indicación útil para la Comisión en lo que respecta a la estructura del mercado y a la importancia relativa de las distintas empresas activas en el mercado".*

(513) Cuotas de mercado muy elevadas pueden constituir por sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, prueba de la existencia de una posición dominante[454]. Este es el caso cuando una empresa ostenta una cuota de mercado del 50% o superior[455]. El hecho de tener una cuota de mercado muy alta puede situar a la empresa que la posee durante cierto tiempo, por el volumen de producción y de oferta que representa −que podría impedir que aquellos que posean cuotas sensiblemente más bajas puedan satisfacer rápidamente la demanda de quienes querrían apartarse de la empresa que tiene la cuota más alta−, en una situación de fuerza que haga que sea inevitable mantener relaciones comerciales con ella y que, ya solo por eso, le proporcione, al menos durante períodos relativamente largos, la independencia de comportamiento característica de la posición dominante[456]. También resulta relevante la comparación entre la cuota de mercado de la empresa dominante y la de sus rivales más próximos[457].

(514) No obstante, tal y como ha precisado también el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (**TJUE**), este no es el único criterio a tener en cuenta y deben

---

[452] Sentencia TJUE de 14 de febrero de 1978, United Brands, C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22, (apartado 66), A nivel nacional, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2006, recurso 5468/2003 (Fundamento Jurídico Tercero).

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

[454] Sentencia del TJUE de 13 de febrero de 1979, Hoffman-La Roche, C-85/76, ECLI:EU:C:1979:36, apartado 41 y Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de octubre de 2003, T-65/98, Van den Bergh Foods, ECLI:EU:T:2003:281, (apartado 154).

[455] Sentencia del TJUE de 3 de julio de 1991, Akzo, C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286 (apartado 60), Sentencia TJUE de 30 de enero de enero de 2007, France Télécom, T-340/03, ECLI:EU:T:2007:22, (apartado 100), Sentencia del TJUE de 29 de marzo de 2012, Telefónica y Telefónica de España, T-336/07, ECLI:EU:T:2012:172 (apartado 150).

[456] Sentencia del TJUE de 13 de febrero de 1979, Hoffman-La Roche, C-85/76, ECLI: EU:C:1979:36, (apartado 41), Sentencia del TJUE de 22 de noviembre de 2001, AAMS, T-139/38, ECLI:EU:T:2001:272 (apartado 51), Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de octubre de 2003, Van den Bergh Foods, T-65/98, ECLI:EU:T:2003:281, (apartado 154) y Sentencia del TJUE de 29 de marzo de 2012, Telefónica y Telefónica de España, T-336/07, ECLI:EU:T:2012:172, (apartado 149).

[457] Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 2003, British Airways/Comisión, T-219/99, ECLI:EU:T:2003:343, apartado 310.

examinarse asimismo las condiciones del mercado de referencia, y, en especial, la dinámica del mercado:

> *"La existencia de una posición dominante es, en general, el resultado de una combinación de diversos factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente decisivos"*[458].

(515) Por ello, una cuota de mercado elevada no basta para concluir la existencia de una posición de dominio. Para la evaluación de la posición de dominio, resulta necesario realizar un análisis estructural del mercado y tener en cuenta otros factores determinantes, como la probabilidad de entrada de competidores potenciales o la expansión futura de competidores reales, junto con las barreras de entrada y el poder de negociación de los clientes de la empresa (poder compensador de la demanda)[459].

(516) A la hora de valorar el poder compensador de la demanda, cabe recordar lo que señala la citada Comunicación de la CE[460]:

> *El poder de negociación de la demanda puede ser fruto del tamaño de los clientes o de su importancia comercial para la empresa dominante y de su capacidad para cambiar rápidamente a proveedores competidores, promover nuevas entradas en el mercado o integrarse verticalmente y amenazar con hacerlo de forma verosímil. Si el poder de negociación es de una magnitud suficiente, puede disuadir o impedir cualquier intento de la empresa de incrementar los precios de forma rentable. Sin embargo, el poder de negociación no puede considerarse una presión suficientemente eficaz si sólo se limita a proteger a un segmento de clientes concreto o limitado frente al poder de mercado de la empresa dominante.*

(517) Otro factor importante para evaluar la posición de dominio es la existencia de barreras que prevengan y obstaculicen a competidores potenciales o actuales la entrada en el mercado o la expansión de su actividad[461]. Ejemplo de estas barreras son las ventajas técnicas y comerciales de las que disfruta un operador, como una red implantada de distribución y venta[462], economías de escala de las que no puede aprovecharse un operador recién llegado al mercado[463] o los efectos de red que implicarían un coste adicional para la atracción de nuevos

---

[458] STJUE de 6 de diciembre de 2012, Astrazeneca AB y Astrazeneca plc contra Comisión, ECLI:EU:C:2012:770.

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

[460] Apartado 18 de la Comunicación de la Comisión Europea "Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes".

[461] Sentencia del TJUE de 14 de febrero de 1978, United Brands. C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22 (apartados 91 y 122) y Sentencia del TJUE de 13 de febrero de 1979, Hoffman-La Roche, C-85/76, ECLI:EU:C:1979:36 (apartado 48).

[462] Sentencia del TJUE de 13 de febrero de 1979, Hoffman-La Roche, C-85/76, ECLI:EU:C:1979:36 (apartado 48).

[463] Sentencia del TJUE de 14 de febrero de 1978, United Brands, C-27/76, ECLI: EU:C:1978:22 (apartado 122).

clientes[464]. Otro ejemplo de barreras de entrada sería el constituido por las inversiones de capital excepcionalmente elevadas que los competidores tendrían que igualar[465]. Los obstáculos a la expansión o a la entrada pueden ser también de índole legal o normativa[466].

(518) Por otra parte, resulta irrelevante para la aplicación del derecho de la competencia que la posición de dominio venga amparada por una disposición normativa. A este respecto, la jurisprudencia de la UE ha señalado en numerosas ocasiones que la posición originada o favorecida por disposiciones legales o reglamentarias no excluye la aplicación de la normativa del derecho de la competencia relativa a la interdicción del abuso de posición de dominio:[467]

> *"La circunstancia de que la inexistencia de competencia o la limitación de ésta en el mercado de que se trata haya sido originada o favorecida por disposiciones legales o reglamentarias, no excluye en modo alguno la aplicación del artículo 86 [actual 102 TFUE], como ha reconocido el Tribunal de Justicia, entre otras, en sus sentencias de 13 de noviembre de 1975, General Motors (26/75, Rec. p. 1367); de 16 de noviembre de 1977, Inno (13/77,<-> Rec. p. 2115), y de 20 de marzo de 1985, Italia/Comisión (41/83,<-> Rec. p. 873)."*

(519) Esta posición se ha incorporado expresamente al ordenamiento jurídico español mediante el artículo 2.3 de la LDC que prevé que "*la prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal*".

(520) Asimismo, y en relación con sectores regulados como el del presente expediente, varios precedentes nacionales en el sector de la energía determinaron que la existencia de un privilegio administrativo derivado de la regulación[468] puede dar lugar a una posición de dominio y que, en caso de que se abuse de la misma, puede constituir infracción del artículo 2 de la LDC (y artículo 102 del TFUE).

5.4.2.2. Aplicación al caso: posición de dominio de la SGAE

(521) Respecto a los **mercados aguas arriba** objeto de este expediente:

---

[464] Sentencia de 17 de septiembre de 2007, *Microsoft v Comisión*, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, apartado 558.

[465] Sentencia del TJUE de 14 de febrero de 1978, United Brands, C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22 (apartados 91 y 122).

[466] Apartado 17 de la Comunicación de la Comisión Europea "Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes.

[467] Sentencia 311/84 Centre belge d'études de marché – Télémarketing v CLT, ECLI:EU:C:1985:394, apartado 16.

[468] Expedientes de la extinta CNC: 641/08 CENTRICA/ENDESA; 642/08 CENTRICA/UNIÓN FENOSA; 643/08 CENTRICA/ELÉCTRICA DEL VIESGO; 644/08 CENTRICA/IBERDROLA; 645/08 CENTRICA/HIDROCANTÁBRICO.

- De acuerdo con la Resolución del Consejo de la CNMC S/DC/0590/16[469], de 30 de mayo de 2019, la SGAE ostentó una posición de dominio en el mercado aguas arriba de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales en España durante todo el periodo analizado en el expediente (desde al menos 2016 hasta el cierre de la instrucción de dicho expediente S/DC/0590/16 el 8 de noviembre de 2018). Conviene señalar, en este punto, que la anulación de la referida resolución por parte de la AN mediante sentencia de 19 de diciembre de 2023 (rec.1510/2019), no invalida las conclusiones relativas a la posición de dominio de SGAE en este mercado. De hecho, no solo no se ponen en cuestión, en dicha sentencia los mercados relevantes considerados ni la posición de la SGAE en los mismos, sino que la Sala basa su fallo en el análisis realizado al respecto por la CNMC, apuntando a la ausencia concordancia entre el periodo infractor considerado y el tiempo en que la SGAE fue dominante en uno de los mercados relevantes analizados. A continuación, se explicará que los factores que motivaron esta consideración se siguen manifestando en la actualidad y que la información obrante en el presente expediente permite sostener que la SGAE **mantiene una posición de dominio en el mercado aguas arriba de gestión colectiva derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales en España desde al menos el 1 de enero de 2016 hasta, al menos, el cierre de la fase de instrucción del presente expediente**.

- De acuerdo con la Resolución del Consejo de la CNMC S/DC/0590/16[470], de 30 de mayo de 2019, la SGAE tuvo una posición de dominio aguas arriba en la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de autores de obras audiovisuales en España hasta por lo menos finales de 2017. A continuación, se explicará que la información obrante en el presente expediente S/0641/18 permite sostener que:

  - La SGAE mantuvo una posición de dominio desde al menos el 1 de enero de 2016 hasta por lo menos el 31 de diciembre de 2017 en el mercado aguas arriba de gestión en España de los derechos de remuneración previstos en el artículo 90.4 del TRLPI correspondientes a directores.

  - La SGAE mantuvo una posición de dominio desde al menos el 1 de enero de 2016 hasta por lo menos el 31 de diciembre de 2017 en el mercado aguas arriba de gestión en España de los derechos de remuneración previstos en el artículo 90.4 del TRLPI correspondientes a autores del argumento.

  - La SGAE mantiene una posición de dominio desde al menos el 1 de enero de 2016 hasta la actualidad en el mercado aguas arriba de gestión en España de los derechos de remuneración previstos en el artículo 90.4 del TRLPI correspondientes a autores de obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual.

[469] Página 49 de dicha Resolución S/DC/0590/16.

[470] Páginas 43-45 y 49 de dicha Resolución S/DC/0590/16.

(522) Respecto a los **mercados aguas abajo** objeto de este expediente[471] a continuación se explicará que la información obrante en el presente expediente permite sostener que:

- La SGAE mantiene una posición de dominio desde al menos el 1 de enero de 2016 hasta la actualidad en los mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales, en concreto:

  - La SGAE mantiene una posición de dominio desde al menos el 1 de enero de 2016 hasta la actualidad en el mercado aguas abajo de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual radiofónico.

  - La SGAE mantiene una posición de dominio desde al menos el 1 de enero de 2016 hasta la actualidad en el mercado aguas abajo de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual de televisión (independientemente de que el servicio lineal y a petición sean considerados de forma conjunta o separada).

- La SGAE mantuvo una posición de dominio desde el al menos el 1 de enero de 2016 hasta por lo menos el 31 de diciembre de 2017 en el mercado aguas abajo de gestión de derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales a que se refiere el artículo 90.4 del TRLPI para el servicio de comunicación audiovisual de televisión (independientemente de que el servicio lineal y a petición sean considerados de forma conjunta o separada).

(523) A continuación, se va a analizar la posición de dominio de la SGAE atendiendo a los diversos factores considerados en la jurisprudencia (así como en la Comunicación de la Comisión Europea y la práctica decisional de la propia Comisión Europea y de la CNMC).

[471] La Resolución del Consejo de la CNMC S/DC/0590/16, de 30 de mayo de 2019, analizaba usuarios (y por tanto mercados) distintos a los del presente expediente S/0641/18, sin perjuicio de que algunas de las conclusiones del análisis apliquen al presente caso. En este sentido es relevante que dicha Resolución S/DC/0590/10 señala (en su página 49) que la SGAE ostentó una posición de dominio durante todo el periodo analizado en el expediente (desde 2016 hasta el cierre de la instrucción de dicho expediente S/DC/0590/16 el 8 de noviembre de 2018) en los mercados de autorizaciones y remuneración por los derechos de reproducción y comunicación pública de contenidos audiovisuales y musicales en establecimientos de los sectores de hospedaje y restauración en España. En el ámbito musical dicha Resolución (página 46) señala a la SGAE en aquel momento como la única entidad de gestión habilitada para autorizar la comunicación pública y reproducción de obras musicales en sus distintas formas (incluyendo la radiodifusión o la distribución por cable). En el ámbito audiovisual dicha Resolución (páginas 47-48) señala a la SGAE como único oferente efectivo hacia hospedaje y restauración y señala la relevancia de la red de representantes y acuerdos de la SGAE.

5.4.2.2.1. Cuotas de mercado

5.4.2.2.1.1. Mercados aguas arriba de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores de obras musicales y de autores de obras audiovisuales

5.4.2.2.1.1.1. Mercado de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores de obras musicales

(524) En la Resolución S/DC/0590/16[472] de 30 de mayo de 2019, el Consejo de la CNMC consideró que la SGAE tenía monopolio de facto en el mercado aguas arriba de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales, al ser el único operador con un catálogo significativo de estos derechos. En aquel momento era la única entidad de gestión habilitada para la gestión de este tipo de derechos. A ello se unían la relevancia de los acuerdos de reciprocidad de la SGAE con entidades extranjeras, la escasísima presencia de operadores alternativos (como OGIs o entidades de gestión de ámbito autonómico) y las barreras de entrada por las economías de escala, de alcance y de red. Tal y como se destacó en la antedicha Resolución, aunque algunos de estos derechos no son de gestión colectiva obligatoria, la realidad es que el uso de alternativas no es en la práctica lo habitual. Por tanto, no existía en el mercado ningún otro operador con un catálogo significativo de derechos de autor de contenidos musicales que pudiese competir de forma relevante con la SGAE, conclusión que comprendía el periodo objeto de análisis de dicho expediente: de 2016 a finales de 2018.

(525) La información obrante en este expediente permite corroborar que efectivamente la SGAE contaba con una cuota cercana (o idéntica) al 100% de 2016 a 2018, y que la situación de 2019 hasta la actualidad apenas ha variado. Pese a la aparición de competidores, el peso de los mismos es muy reducido en comparación con el de la SGAE. Es el caso tanto de SEDA (nueva entidad de gestión creada en 2020), como de EKKI en su calidad de entidad de gestión de ámbito autonómico. Y también de los OGIs que han comenzado a prestar servicios en los últimos años (siendo UNISON el más relevante en España). Como se señaló en el apartado 3.4.1.1 (véase particularmente la conclusión del apartado 3.4.1.1.4) desde 2019 la SGAE mantiene una cuota de mercado superior al 90% en términos de importe repartido a autores/titulares en el mercado de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales[473]. Antes de 2019 (cuando no existían los OGIS ni SEDA) la cuota de la SGAE era superior y probablemente muy cercana al 100% (véase apartado 3.4.1.1 y especialmente su introducción).

[472] Página 43 de dicha Resolución.

[473] Otras métricas ofrecen resultados similares, ya sea el número de autores (con cuotas de la SGAE superiores al 90%) o el número de obras (con cuotas de la SGAE superiores al 80%).

5.4.2.2.1.1.2. Mercados de gestión de los derechos de remuneración de derechos de propiedad intelectual previstos en el artículo 90.4 del TRLPI correspondientes a autores de obras audiovisuales

(526) En la Resolución S/DC/0590/16[474], el Consejo de la CNMC manifestó que la SGAE había ostentado una posición de dominio en el mercado de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de obras audiovisuales desde 2016 hasta al menos 2018. Destacaba dicha Resolución que la cuota de la SGAE se había mantenido estable entre 2013 y 2017 en el 80%-90% (por un 10%-20% para DAMA) en términos de repertorio gestionado. Si bien la situación cambiaba en 2018, donde la cuota de la SGAE pasaba al 30%-60% (por un 40%-70% para DAMA).

(527) La información obrante en el presente expediente permite corroborar que efectivamente la SGAE contaba con una cuota elevada con anterioridad a 2018, en general superior al 80% (en función de la métrica), si bien la situación ha cambiado a partir de 2018 (con mayor o menor intensidad en función de la métrica), ganando DAMA una relevancia considerable para directores-realizadores y para autores del argumento.

(528) Como se señaló en el apartado 3.4.1.2 (véase particularmente la conclusión del apartado 3.4.1.2.4.1):

- En el mercado de gestión de los derechos de directores de obras audiovisuales y en el mercado de gestión de los derechos de autores del argumento, la SGAE tiene una cuota en 2019-2022 del 20%-40% en términos del importe repartido a cada categoría de autores. En los años anteriores a 2018 la cuota de la SGAE era al menos del 80%[475].

- En el mercado de gestión de los derechos de autores de obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual, la cuota de la SGAE es del 100% en todo el periodo (no compitiendo ni habiendo competido nunca DAMA ni ninguna otra entidad de gestión en este ámbito).

(529) Utilizando la métrica del repertorio ponderado por el uso en TV (excluyendo la parte musical creada especialmente para la obra audiovisual y refiriéndose por tanto solo a la parte de dirección y literaria), la cuota de la SGAE se sitúa en el 20%-30% en 2022 (por un 70%-80% de DAMA en 2022), en descenso desde el 30%-40% que ha ostentado entre 2018 y 2021 (por un 60%-70% de DAMA en 2018-2021). En 2017 y años anteriores la SGAE tenía al menos un 80%-90% (por un 10%-20% de DAMA).

[474] Páginas 43-44 de dicha Resolución.

[475] Otras métricas ofrecen resultados similares. Por ejemplo, en el número de obras la cuota de la SGAE ha oscilado entre el 40% y el 60% en 2019-2022, siendo al menos superior al 70% en los años anteriores a 2018.

5.4.2.2.1.2. Mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones de uso de los derechos de reproducción y comunicación pública de obras musicales y de gestión de los derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales

5.4.2.2.1.2.1. Mercados de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales

5.4.2.2.1.2.1.1. Mercado de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual radiofónico

(530) La información obrante en el presente expediente permite constatar que en el mercado de concesión de autorizaciones para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual radiofónico la SGAE ha contado con una cuota superior al 90% (en el importe recaudado de todos los usuarios) desde al menos 2016 (véase apartado 3.4.2.1.1, introducción en el apartado 3.4.2.1 y conclusión en el apartado 3.4.2.3).

5.4.2.2.1.2.1.2. Mercado de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual de televisión (lineal o a petición)

(531) Se ha acreditado que, en el mercado de concesión de autorizaciones para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual de televisión, la SGAE ha contado con una cuota superior al 90% (en el importe recaudado de todos los usuarios) desde al menos 2016 (véase apartado 3.4.2.1.2 e introducción en el apartado 3.4.2.1 y conclusión del apartado 3.4.2.3). La consideración conjunta o separada del servicio de televisión lineal y a petición no altera las conclusiones del análisis (véase apartado 3.4.2.1.2).

5.4.2.2.1.2.2. Mercado de gestión de derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales a que se refiere el artículo 90.4 del TRLPI para el servicio de comunicación audiovisual de televisión (lineal o a petición)

(532) Ha quedado acreditado que, en el mercado de gestión de derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales por su uso en el servicio de comunicación audiovisual de televisión, la SGAE ha contado con una cuota del 30-40% (en el importe recaudado de todos los usuarios) en 2019-2022 (véase apartado 3.4.2.2 y conclusión en el apartado 3.4.2.3). Previamente a 2018 la cuota de la SGAE se situaba al menos en el 80-90%. La consideración conjunta o separada del servicio de televisión lineal y a petición no altera las conclusiones del análisis (véase apartado 3.4.2.2).

5.4.2.2.1.3. Conclusión sobre las cuotas de mercado

(533) Como se ha señalado (véanse párrafos (512) y (513)), un factor importante a la hora de determinar la posición de dominio de una empresa es la existencia de cuotas de mercado extremadamente elevadas. Las cuotas son relevantes no solo desde un punto de vista estático (situación actual) sino también desde un punto de vista dinámico. En este sentido, cabe recordar lo que señala al respecto la Comunicación de la CE relativa al artículo 102 del TFUE[476] y la jurisprudencia[477]:

> *"La experiencia sugiere que cuanto mayor es la cuota de mercado y cuanto mayor es el período de tiempo durante el cual se tiene dicha cuota, más probable es que constituya un indicio preliminar importante de la existencia de una posición dominante y, en ciertas circunstancias, de una conducta abusiva con posibles efectos graves, que justifique una intervención de la Comisión de conformidad con el artículo".*

(534) En algunos mercados objeto de análisis en este expediente la SGAE ha mantenido cuotas muy elevadas durante todo el periodo analizado (desde al menos 2016 hasta la actualidad). Se trata de los siguientes:

- En los mercados aguas arriba:
  - En el mercado aguas arriba de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores y otros titulares de derechos sobre obras musicales (véase apartado 3.4.1.1 y 5.4.2.2.1.1), donde la cuota de la SGAE se mantiene en niveles muy elevados (por encima del 90% en la mayoría de métricas relevantes) sin haberse visto alterada sustancialmente pese a la aparición de alternativas.
  - En el mercado aguas arriba de gestión de los derechos de remuneración derechos de propiedad previstos en el artículo 90.4 del TRLPI correspondientes a autores y editores de obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual (véase apartado 3.4.1.2 y 5.4.2.2.1.1.2), donde la cuota de la SGAE es y ha sido en todo el periodo del 100%, sin haber competido ninguna otra entidad en este ámbito.
- En los mercados aguas abajo:
  - En el mercado aguas abajo de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual radiofónico (véase apartado 3.4.2.1.1 y 5.4.2.2.1.2.1), donde la cuota de la SGAE se mantiene en niveles muy elevados (por encima del 90% en importe recaudado de los usuarios) sin haberse visto alterada sustancialmente pese a la aparición de alternativas.

[476] Apartados 13 y 15 de la Comunicación de la CE relativa al artículo 102 del TFUE.

[477] Sentencia del TJUE, de 7 de octubre de 1999, *Irish Sugar plc,* T-228/97, ECLI:EU:T:1999:246 (apartado 186).

- En el mercado aguas abajo de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual en TV (véase apartado 3.4.2.1.2 y 5.4.2.2.1.2.1.2), donde la cuota de la SGAE se mantiene en niveles muy elevados (por encima del 90% en importe recaudado de los usuarios) sin haberse visto alterada sustancialmente pese a la aparición de alternativas.

(535) En otros mercados objeto de análisis en este expediente, sí se ha desarrollado una alternativa significativa que ha minorado de manera relevante la cuota de la SGAE respecto a sus valores muy elevados previos a 2018. Se trata de los siguientes:

- En los mercados aguas arriba de gestión de los derechos de remuneración derechos de propiedad previstos en el artículo 90.4 del TRLPI correspondientes a directores-realizadores (véase apartado 3.4.1.2 y 5.4.2.2.1.1.2) y a autores del argumento (véase apartado 3.4.1.2 y 5.4.2.2.1.1.2), donde la cuota de la SGAE se sitúa en 2019-2022 en el entorno del 20%-40% en términos del importe repartido (correspondiendo a DAMA un 60%-80%), partiendo la SGAE de niveles superiores al 80% en los años previos a 2018 (con DAMA en niveles inferiores al 20%). Es preciso señalar, como complemento a lo anterior, que en el repertorio ponderado por el uso (véase apartado 3.4.1.2.4) la cuota de la SGAE se sitúa también en el entorno del 20%-40% en 2018-2022 (DAMA en un 60%-80%), cuando en 2017 y años anteriores la cuota de la SGAE se situaba por encima del 80% (con DAMA en niveles inferiores al 20%).

- En el mercado aguas abajo de gestión de derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales a que se refiere el artículo 90.4 del TRLPI para el servicio de comunicación audiovisual de televisión (véase apartado 3.4.2.2 y 5.4.2.2.1.2.2), donde la cuota de la SGAE se sitúa actualmente en -el entorno del 30%-40% en 2019-2022 (correspondiendo a DAMA el 60-70% de cuota), cuando en 2017 y años anteriores se situaba al menos en el 80%-90% (y DAMA en el 10-20% como máximo).

(536) Finalmente, a la luz de (i) las tendencias observadas en las cuotas y (ii) la falta de indicios de que estas tendencias se hayan invertido en 2023, se considera que las cuotas de mercado de la SGAE en 2023 serán actualmente similares a las de 2022 (sin existir ninguna razón que justifique un cambio sustancial en las mismas).

5.4.2.2.2. Poder compensador de la demanda

5.4.2.2.2.1. Mercados aguas arriba de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores de obras musicales y autores de obras audiovisuales

(537) En lo que respecta a los mercados aguas arriba, a nivel general puede decirse que el poder compensador de la demanda es muy reducido, a tenor de distintos factores (véase párrafo (516)).

(538) En primer lugar, cabe reseñar que la demanda está constituida por clientes muy atomizados, dado que se trata de miles de autores. El ámbito musical (véase apartado 3.4.1.1.2) presenta un grado de atomización mayor que el audiovisual (véase apartado 3.4.1.2.2).

(539) Pueden existir autores especialmente reputados con un mayor poder de negociación, pero esto no puede considerarse una presión suficientemente eficaz al proteger solo a un segmento concreto del poder de mercado de la empresa dominante[478].

(540) Los autores, debido a factores como los costes de transacción (véanse párrafos (129) y (173)) y las economías de red, escala y alcance (véase apartados 5.4.2.2.3.2, 5.4.2.2.3.3 y 5.4.2.2.3.4), tienen una capacidad reducida para ejercer una gestión directa, por lo que dicha gestión directa no supone una alternativa generalizada realista.

(541) Finalmente, la capacidad para cambiar rápidamente a proveedores competidores es limitada por diversas razones.

- En el caso de los autores de obras musicales, como se ha señalado (véase apartado 3.4.1.1 y 5.4.2.2.1.1), existen alternativas a la SGAE pero su desarrollo ha sido escaso, lo que limita su atractivo. En el caso de los autores de obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual (véase apartado 3.4.1.2 y 5.4.2.2.1.1.2), no existen de hecho alternativas a la SGAE, al ser un ámbito de gestión colectiva obligatoria donde no participa ninguna otra entidad de gestión. Es cierto que en el caso del resto de autores de obras audiovisuales (véase apartado 3.4.1.2 y 5.4.2.2.1.1.2), sí se ha desarrollado una alternativa a la SGAE como es DAMA, con un peso relevante desde 2018.

- Incluso en los casos donde existen alternativas (más o menos atractivas) a la SGAE, el cambio de entidad suele ser un proceso costoso que generalmente se materializa de un año para otro (véase, por ejemplo, en el apartado 3.4.1.2.4, cómo el trasvase del repertorio se acuerda para el periodo siguiente). El hecho de que exista un cierto decalaje entre la recaudación aguas abajo y el reparto aguas arriba (produciéndose el reparto más tarde que la recaudación e incluso en otro año natural, véase párrafo (257)) también puede desalentar el cambio a otra entidad.

5.4.2.2.2.2. Mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones de uso de los derechos de reproducción y comunicación pública de obras musicales y de gestión de los derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales

(542) En lo que respecta a los mercados aguas abajo, a tenor de los factores analizados (véase párrafo (516)), a nivel general puede decirse que el poder compensador de la demanda será también limitado.

[478] Apartado 18 de la Comunicación de la Comisión Europea "Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes".

(543) Es cierto que la demanda aguas abajo está menos atomizada que la demanda aguas arriba, al ser los usuarios en los mercados objeto de este expediente prestadores del servicio de comunicación audiovisual radiofónico o de TV un número mucho menor que el número de autores. No obstante, su poder de negociación queda limitado por la relevancia que tiene para su actividad el uso del repertorio musical y/o audiovisual.

(544) En el caso de algunos prestadores del servicio de comunicación audiovisual radiofónico, como las radiofórmulas, el uso del repertorio musical es necesario para su actividad. En el caso de prestadores del servicio de comunicación audiovisual en TV el uso del repertorio musical también es muy relevante. En radio y TV los contenidos musicales son empleados en la emisión de sus espacios, ya sea con carácter accesorio a su programación o bien como contenido principal del programa. Estos contenidos musicales constituyen un factor fundamental en la producción de la programación, incluso indirectamente en la música sincronizada con contenido publicitario (siendo la publicidad la principal fuente de ingreso de los radiodifusores privados). Ello implica que no existe ningún tipo de sustituibilidad, dado que ningún otro derecho puede suplir este, siendo necesaria la autorización para poder hacer uso del repertorio protegido. Para el caso del repertorio audiovisual, este es igualmente fundamental para los prestadores del servicio de comunicación audiovisual en TV.

(545) Es cierto que pueden existir usuarios con un mayor poder de negociación por su mayor importancia comercial para la empresa dominante, pero de nuevo esto no puede considerarse una presión suficientemente eficaz si solo protege a un segmento concreto del poder de mercado de la empresa dominante[479].

(546) Asimismo, la capacidad para cambiar rápidamente a proveedores competidores es limitada, especialmente para los usuarios del repertorio musical donde, como se ha señalado (véase apartado 3.4.2.1 y 5.4.2.2.1.2.1), existen alternativas a la SGAE, pero su desarrollo ha sido escaso, siendo la SGAE la única entidad con un repertorio relevante. Incluso en el ámbito audiovisual, donde DAMA sí se ha constituido como una alternativa a la SGAE (con un peso relevante desde 2018 (véase apartado 3.4.2.2 y 5.4.2.2.1.2.2), la importancia del repertorio de la SGAE (especialmente antes de 2018) hace que los principales usuarios contraten también con la SGAE[480].

---

[479] Apartado 18 de la Comunicación de la Comisión Europea "Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes".

[480] Para una misma obra audiovisual un titular (por ejemplo, el director) puede ser socio de una entidad de gestión (como la SGAE) y otro titular (por ejemplo, el guionista) y otro titular puede ser socio de otra entidad de gestión (como DAMA), siendo esta situación más frecuente cuantos más autores haya de una misma obra (por ejemplo, si hay varios coguionistas).

Véase páginas 23 y 24 de la Resolución del Consejo de la CNMC S/DC/0590/16, de 30 de mayo de 2019: "*Sin embargo, desde el punto de vista de la demanda de los usuarios finales, aguas abajo, debido a que el repertorio de cada una de estas entidades de gestión es*

5.4.2.2.3. Barreras de entrada

(547) A continuación, se desgranan las principales características de los mercados en los que operan las entidades de gestión, que determinan la existencia de importantes barreras a la entrada y a la expansión en el mismo.

(548) Estos factores tienen como efecto limitar la capacidad de los competidores de la SGAE (actuales y potenciales) para hacer frente a la independencia de comportamiento de este operador en el mercado. De esta manera, se reduce la presión competitiva a la que están sometidas las empresas ya presentes en el mercado.

5.4.2.2.3.1. Barreras legales

(549) Existen en estos mercados distintas barreras de índole legal que pueden afectar a la capacidad de entrada y expansión de competidores actuales y potenciales.

(550) En primer lugar, la existencia de "*derechos de gestión colectiva obligatoria*"[481] para los que el TRLPI impone el ejercicio exclusivo a través de una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual (véanse párrafos (126) a (128)). La Autoridad de Competencia Española, en su Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de 2009 (E-2008-04), calificó la gestión colectiva obligatoria[482] como una de las barreras legales que dificulta la entrada y limita la presión competitiva.

(551) En relación con los mercados objeto de análisis en este expediente, esto afecta al ámbito audiovisual[483], tanto a los mercados aguas arriba de gestión de los derechos de remuneración previstos en el artículo 90.4 del TRLPI correspondientes a autores de obras audiovisuales como a los mercados aguas abajo donde se recauda por la utilización de dicho repertorio por parte de los usuarios. En estos mercados solo operan la SGAE y DAMA, y de hecho DAMA no opera en el mercado de gestión de los derechos de autores de obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual.

(552) Es preciso añadir que las entidades de gestión colectiva deben obtener la oportuna autorización del Ministerio de Cultura y Deporte en virtud del artículo 147 del TRLPI (véase párrafo (131)). El Ministerio, para asegurar que la autorización se adecúe a la protección de la propiedad intelectual y la eficaz administración de los derechos en todo el territorio español, tendrá particularmente en cuenta como criterios de valoración la capacidad de una

---

diferente, en la práctica la competencia entre ambas es con frecuencia limitada, ya que para el caso de que los usuarios deseasen tener cobertura respecto a todo el repertorio de obras audiovisuales disponibles, deberían disponer de la licencia de ambas entidades de gestión."

[481] Nomenclatura utilizada extensamente tanto por la doctrina como por el propio TRLPI en sus artículos 117.1 *in fine*, 181.1, 183.2 y el ya citado 194.3.

[482] Véase página 7 y párrafos 114-123 de dicho Informe E-2008-04.

[483] Artículo 90.7 del TRLPI *"7. Los derechos contemplados en los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo se harán efectivos a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual."*

gestión viable de los derechos encomendados, la idoneidad de sus estatutos y sus medios materiales para el cumplimiento de sus fines y la posible efectividad de su gestión en el extranjero (véase artículo 148 del TRLPI).

(553) La autoridad de competencia española, en el citado Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de 2009, estimó que la propia exigencia legal de autorización por parte del Ministerio[484] es en sí una barrera que desalienta la entrada de nuevas entidades de gestión que el mercado pudiese demandar. Además, consideró que los requisitos exigidos y los criterios de valoración son ambiguos (sometidos asimismo a la discrecionalidad del Ministerio). Este informe también estimó que esto puede reducir la capacidad de entrada de nuevos competidores[485]. La DC estima que las mismas conclusiones siguen siendo aplicables actualmente y que la imprecisión de requisitos y criterios de valoración se mantiene como una barrera de entrada al mercado[486].

(554) Otra posible barrera de entrada para las entidades de gestión es la exigencia legal de que se trate de entidades sin ánimo de lucro (véase artículo 147 del TRLPI), cuestión también señalada en el citado informe E-2008-04[487].

(555) Además, el establecimiento en el TRLPI de determinados límites y obligaciones a las relaciones entre entidades de gestión colectiva y autores también tiene relevancia desde el punto de vista de la incidencia de condicionantes legales al funcionamiento del mercado.

(556) Estas barreras legales tienen una mayor incidencia en el ámbito audiovisual, dado que los derechos de remuneración previstos en el artículo 90.4 del TRLPI correspondientes a autores de obras audiovisuales son de gestión colectiva obligatoria y solamente pueden ser gestionados por entidades de gestión colectiva.

(557) En el caso de las obras musicales existe la alternativa de los Operadores de Gestión Independientes (OGIs, véase párrafo (134)), que pueden "*gestionar derechos de explotación u otros de carácter patrimonial en nombre y beneficio colectivo de varios titulares de derechos, como único o principal objeto*", deben tener ánimo de lucro y pueden iniciar sus actividades con una comunicación al Ministerio de Cultura y Deporte (véase artículo 153.1 del TRLPI).

(558) No obstante, también existe una serie de disposiciones legales que pueden actuar como barreras de entrada y a la expansión, tanto en los derechos de gestión colectiva obligatoria del ámbito audiovisual como en los derechos de gestión colectiva voluntaria del ámbito musical. Por ejemplo, las obligaciones de

[484] Véase página 7 y párrafos 114-123 de dicho Informe E-2008-04.

[485] Véase página 7 y párrafos 105-113 de dicho Informe E-2008-04.

[486] Resulta sintomático en este sentido que las siete primeras entidades de gestión fueran autorizadas entre 1988 y 1990, DAMA en 1999 y no haya sido hasta el año 2020 cuando se autoriza una nueva entidad (SEDA).

[487] Véase página 7 y párrafos 90-95 de dicho Informe E-2008-04.

negociación o de información y transparencia (véanse párrafos (139) a (147)) pueden favorecer a los operadores históricos y/o de mayor tamaño.

(559) En conclusión, existen ciertas barreras legales de entrada. A estas barreras legales se unen otras barreras de entrada que se analizan a continuación.

5.4.2.2.3.2. Economías de red

(560) El hecho de tratarse de un mercado de doble cara implica que, por la propia naturaleza de esta modalidad de mercados, ambos lados generan externalidades positivas el uno sobre el otro. Por un lado, las entidades de gestión que tengan el repertorio más amplio atraerán a un mayor número de usuarios. Por otro lado, un mayor número de usuarios hará a la entidad de gestión más atractiva para los titulares de los derechos, de manera que éstos preferirán ceder la gestión de sus obras a aquellas entidades con mayores posibilidades de obtener un contrato.

(561) Consecuentemente, esto implica que cuanto mayor sea el repertorio de una entidad de gestión, mayor será el atractivo para los usuarios y, consiguientemente, mayor la posibilidad de suscribir nuevos contratos de licencia, lo que a su vez facilita la captación de nuevos titulares, generándose economías de red positivas.

(562) Esta característica conduce a que los mercados donde se producen estos efectos de red tiendan a una mayor concentración que en ausencia de ellos y a que un entrante deba alcanzar una determinada cuota de mercado (masa crítica) para poder hacer entrar en juego estos efectos y hacerse hueco en el mercado atrayendo tanto a titulares de derechos como a usuarios. En definitiva, estas externalidades de red actúan como una barrera de entrada. Esta cuestión ya fue apreciada por el Consejo de la CNMC en el expediente S/DC/0590/16[488] y el contexto jurídico-económico de las conductas objeto del presente expediente permite mantener dicha aseveración.

(563) Al ser la SGAE, como se ha podido comprobar, el operador histórico en estos mercados, con cuota especialmente relevante en el ámbito musical, es la SGAE la principal beneficiaria de estos efectos de red, fortaleciendo su preminencia *caeteris paribus*.

5.4.2.2.3.3. Economías de escala

(564) La gestión de derechos de propiedad intelectual presenta economías de escala. El coste medio de gestionar un derecho disminuye con el aumento del volumen de los derechos gestionados.

(565) Esto supone para las potenciales entrantes un posible desincentivo a la hora de valorar entrar a competir en estos mercados, lo que aumenta el poder de mercado de los operadores establecidos.

[488] Véase página 43 de la Resolución del Consejo de la CNMC S/DC/0590/16, de 30 de mayo de 2019.

(566) Las economías de escala surgen fundamentalmente debido a los costes asociados a esta actividad como pueden ser los derivados de las tareas de autorización, vigilancia, defensa frente a infracciones o recaudación. En este sentido, la desventaja comparativa en términos de coste que sufre un potencial competidor con respecto a la entidad de gestión tradicionalmente monopolística por ser los costes medios de la segunda más reducidos terminan conllevando que los incentivos por parte de los titulares de derechos a acudir a la nueva entrante se reduzcan, puesto que en última instancia el beneficio que pueden obtener por el conjunto de sus obras es mayor en la incumbente, al compartirse los costes fijos de gestión con el resto de titulares.

(567) Esto hace que se generen situaciones de desventaja comparativa en lo relativo a los costes a soportar por las nuevas entidades entrantes, dado que, si el coste medio unitario de gestión de estas es más elevado que el de las ya operantes, los titulares tendrán preferencia por las segundas al existir una mayor probabilidad de obtención de beneficios por el conjunto de sus obras o prestaciones, ya que comparten los costes fijos de gestionarla con más titulares. Así, a medida que el volumen de repertorio gestionado se incrementa, la posibilidad de aparición de nuevas competidoras se reduce, constituyendo por tanto estas economías de escala una barrera de entrada al mercado.

(568) En adición a esto, las entidades reducen los costes de transacción entre titulares y usuarios, puesto que además de facilitar una mayor coordinación entre ellos, se reducen los costes de negociación a la hora de otorgarse las autorizaciones y licencias. Además, el hecho de que la negociación la lleve a cabo la entidad y no el propio titular supone un atractivo para este.

(569) Otro factor que incrementa las eficiencias derivadas de las economías de escala son las autorizaciones generales de uso que otorgan estas entidades, y que otorgan un permiso general para poder utilizar el repertorio, lo cual abarata la vigilancia, pues en lugar de llevarse a cabo caso por caso cada vez que se utiliza una obra determinada por parte de un usuario, se vigilan todas de una vez sin tenerse en cuenta cuáles o cuantas se hayan utilizado, sino el haberse o no concedido esa autorización.

5.4.2.2.3.4. Economías de alcance

(570) La gestión de derechos de propiedad intelectual presenta economías de alcance. El coste medio de gestionar un derecho disminuye al gestionar más modalidades.

(571) Esto supone para las potenciales entrantes un posible desincentivo a la hora de valorar entrar a competir en estos mercados, lo que aumenta el poder de mercado de los operadores establecidos.

(572) En el presente caso, el hecho de que la SGAE opere tanto en el ámbito de las obras musicales como en el de audiovisuales supone una serie de ventajas. Por ejemplo, por la amortización de unos costes fijos que son comunes a ambas actividades, como costes de estructura. Adicionalmente, por la minimización de

costes de transacción de negociación (de contratos), información y garantía (incluyendo supervisión y vigilancia a un perfil de usuarios similares).

(573) En el ámbito musical la SGAE es la única entidad con una actividad relevante. Ello le da una ventaja comparativa para operar en el ámbito audiovisual (a pesar de existir en este caso DAMA como competidor que ejerce presión) y viceversa. Esto se estaría dando tanto aguas arriba como aguas abajo.

(574) Y es que el hecho de gestionar ya una modalidad de derecho supone un ahorro en términos de costes, como pueden ser de personal, costes fijos, etc. con respecto a un potencial nuevo entrante, ya sea entidad de gestión u otro operador. Como quiera que la SGAE opera en el ámbito musical bajo prácticamente nula presión competitiva, tiene cubiertos una serie de gastos en el ámbito audiovisual en los que un nuevo entrante tendría que incurrir para comenzar a operar, ostentando por tanto una ventaja que puede constituir una barrera.

5.4.2.2.4. Alegaciones de SGAE sobre la ausencia de posición de dominio en los mercados relevantes analizados

(575) Atendiendo a las anteriores consideraciones, la DC concluyó en la Propuesta de Resolución que SGAE ha mantenido una posición de dominio al menos desde el 1 de enero de 2016 hasta, por lo menos, el cierre de la fase de instrucción en los mercados aguas arriba de gestión de derechos de autores y otros titulares de derechos sobre obras musicales y de gestión de derechos de remuneración (de gestión colectiva obligatoria) previstos en el artículo 90.4 del TRLPI correspondientes a compositores de obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual, así como en los mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales en los servicios de comunicación audiovisual radiofónico y comunicación audiovisual en televisión.

(576) Todo ello a la luz de que en estos mercados confluyen: (i) cuotas de mercado de la SGAE muy elevadas (siempre por encima de 90%, con una reducida relevancia relativa de las alternativas competitivas existentes), (ii) falta de poder compensador de la demanda y (iii) altas barreras a la entrada.

(577) Asimismo, la DC concluyó que la SGAE mantuvo una posición de dominio desde al menos el 1 de enero de 2016 hasta por lo menos el 31 de diciembre de 2017 en los mercados agua arriba de gestión de derechos de remuneración (de gestión colectiva obligatoria) previstos en el artículo 90.4 del TRLPI correspondientes tanto a directores-realizadores como a autores de argumento, así como en el mercado aguas abajo de gestión de derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales a que se refiere el artículo 90.4 del TRLPI para el servicio de comunicación audiovisual de televisión.

(578) Lo anterior teniendo en cuenta que la SGAE mantuvo cuotas de mercado elevadas en estos mercados (superiores al 80%), a lo que se añadían las barreras de entrada y el insuficiente poder compensador de la demanda. Sin

embargo, a partir de 2018, se produjeron singulares circunstancias externas que coadyuvaron al incremento de cuota de DAMA, que logró la suscripción de convenios de reciprocidad con las entidades homólogas norteamericanas y británica, hasta entonces con acuerdos de representación con SGAE, coincidiendo con la tramitación de un procedimiento sancionador a SGAE en el seno de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC)[489]. En 2018 DAMA aumentó su repertorio audiovisual (principalmente de directores y guionistas de EE.UU. y Reino Unido que antes eran gestionados por la SGAE)[490] y las cuotas de DAMA han pasado a ser incluso superiores a las de la SGAE ya no puede decirse que sea dominante en estos mercados a partir de 2018 (aunque sigan siendo relevantes las barreras de entrada y el limitado poder compensador de la demanda).

(579) En sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, SGAE rechaza estas conclusiones, negando que tuviera posición de dominio en los referidos mercados durante los periodos considerados[491]. Sostiene, a este respecto, que la valoración de la DC se fundamenta esencialmente en un análisis limitado a la cuota de SGAE en esos mercados, pero que el órgano de instrucción no habría tenido en cuenta el resto de los factores, que, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia consolidada sobre el concepto de posición dominante, han de considerarse a la hora de determinar la posición dominante de una empresa.

(580) Esta Sala no puede más que rechazar dicho planteamiento. La Propuesta de Resolución recoge expresamente que "*una cuota de mercado elevada no basta*

[489] Tras un extenso procedimiento de investigación de la SGAE en el seno de la CISAC se produjo el inicio de un procedimiento sancionador en 2018, su retirada del Consejo de la CISAC en marzo de 2018 y a su expulsión temporal de la Confederación en mayo de 2019 y hasta marzo de 2021, con motivo de la infracción de las normas de la Confederación internacional, trato discriminatorio a los titulares de derechos e irregularidades en la distribución de derechos. https://www.cisac.org/es/Sala-de-prensa/notas-de-prensa/readmision-de-la-sgae-en-la-cisac

https://www.cisac.org/es/Sala-de-prensa/news-releases/declaracion-de-la-cisac-sobre-la-sgae.

[490] Tal como reconoce DAMA en sus Informes de Gestión y Cuentas Anuales 2017 y 2018, tras lograr suscribir los correspondientes convenios de reciprocidad en 2017 y 2018, desde el 1 de enero de 2018 empezó a gestionar el extenso repertorio de Estados Unidos ["DGA" (Directors Guild of America) y "WGA" (Writers Guild of America)] y el correspondiente a las entidades de guionistas "ALCS" (Author's Licensing and Collecting Society) y de directores británicos: "Dicho incremento es el resultado del aumento del repertorio gestionado por la entidad en este año, que unido al ya administrado, se ha incorporado el de Estados Unidos y Reino Unido. Aumento que también se aprecia en el porcentaje de facturación que tiene DAMA respecto a SGAE en el bloque audiovisual y que ha pasado de un 7,98% en 2017 a un 48,32% en 2018"; "[…] con un número de obras registradas de 1.094.039 frente a las 419.762 del año anterior. Este incremento de la amplitud del repertorio de DAMA es consecuencia de la incorporación de los derechos de directores y guionistas de Estados Unidos y Reino Unido" y "En el 2018, con la incorporación del repertorio de Estados Unidos y los guionistas de Reino Unido, se ha pasado de una facturación de 4.082.818 € a 15.041.385 €."

https://www.damautor.es/pdf/MEMORIA2017.pdf
https://www.damautor.es/pdf/MEMORIA_2018.pdf.

[491] Alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (párrafos 41 a 70; folios 20.557 a 20.566).

para concluir la existencia de una posición de dominio" de tal modo que "[p]*ara la evaluación de la posición de dominio, resulta necesario realizar un análisis estructural del mercado y tener en cuenta otros factores determinantes, como la probabilidad de entrada de competidores potenciales o la expansión futura de competidores reales, junto con las barreras de entrada y el poder de negociación de los clientes de la empresa (poder compensatorio de la demanda)*"[492]. Estas afirmaciones del órgano de instrucción no se limitan a una mera declaración formal. Antes, al contrario, la DC lleva a cabo un análisis de la estructura de los mercados considerados en la Propuesta de Resolución[493] que resulta acorde con la jurisprudencia relevante en la materia[494], fijándose tanto en el poder compensador de la demanda como en la presencia de barreras de entrada, en los términos que se han recogido previamente (párrafos (537) a (574)). No cabe por tanto afirmar que las conclusiones de la DC en cuanto a la posición de dominio de la SGAE (ni tampoco las que figuran en la presente resolución) se fundamenten, exclusivamente, en las cuotas de mercado de esta última.

(581) Por lo que se refiere concretamente a los mercados relacionados con los derechos de obras musicales, la SGAE alega que el poder compensador de la demanda ejercido por las radios y televisiones debe llevar a excluir que pudiera contar con una posición de dominio. Subraya, a este respecto, que casi la mitad de los ingresos de SGAE durante los dos últimos años auditados (2021 y 2022) proviene de emisoras de radio y televisiones. Sobre el nivel de concentración de este tipo de operadores, precisa, en lo que se refiere a la radio, que las tres principales emisoras (SER, COPE y ONDA CERO) acumulan una audiencia superior al 65% y, en lo que concierne a la televisión, que más del 50% de la audiencia corresponde a ATRESMEDIA y MEDIASET, que configurarían un duopolio muy estable a lo largo de los años investigados.

(582) Como pretendida evidencia la ausencia de poder de mercado de SGAE frente al supuesto poder compensador de la demanda, SGAE señala que a pesar de haber elaborado en 2016 y 2023 unas nuevas tarifas generales para radios y televisiones, SGAE no ha podido aplicar estas tarifas a los usuarios pues estos se han negado a aceptarlas. Ello sería la prueba de que SGAE no es dominante, pues según el planteamiento de sus alegaciones, de haber ostentado una posición de dominio, SGAE habría sido capaz de imponer tales tarifas a los usuarios y ello "*sin necesidad de negociar*"[495].

(583) Esta Sala tampoco pude acoger tal alegación. La SGAE parte de una interpretación reduccionista de la definición tradicional de posición de dominio según la cual ésta implica una "*situación de poder económico que ostenta una empresa que le da la facultad de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de comportamientos, en medida apreciable, independientes respecto*

[492] Párrafo 493 de la Propuesta de Resolución.

[493] Véanse los apartados 5.1.2.2.2 y 5.1.2.2.3 de la Propuesta de Resolución.

[494] Entre otras, Sentencia de 14 de febrero de 1978, United Brands, c-27/76, ECLI:EU:C:1978:22.

[495] Párrafo 57 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.563).

de sus competidores, sus clientes y, en definitiva, los consumidores"[496]. De acuerdo con el planteamiento de la SGAE, únicamente cabría establecer la existencia de una posición de dominio cuando la independencia de comportamiento resulta total, hasta el punto de conferir al operador dominante la facultad imponer las tarifas o precios deseados a sus clientes. Resulta evidente que tal posicionamiento debe ser rechazado pues constituye un principio de microeconomía básica que hasta las empresas monopolistas ven limitada su libertad de actuación a la hora de fijar sus precios. No cabe confundir la libertad de comportamiento "apreciable", característica de la posición de dominio, con una libertad de comportamiento "absoluta", pues ello implicaría que únicamente pudiera apreciarse una posición dominante en casos muy excepcionales de monopolio en los que la demanda resulta perfectamente inelástica[497].

(584) Nótese, además, en cualquier caso, que tal y como se analizará en detalle más adelante (apartado 5.4.3.1.1), la SGAE ha sido capaz de imponer, en la práctica, a una parte considerable de sus clientes de radio y televisión, precios para el licenciamiento de las obras de su repertorio música, con los que dichos usuarios no se muestran conformes, y que resultan inequitativos. Ello no hubiese sido posible en caso de que tales usuarios de radio y televisión contasen realmente con el poder compensador que les atribuye la SGAE, pretendidamente apto para excluir la posición de dominio de esta última, pese a su situación en los mercados considerados en términos de cuota de mercado (párrafos (524) a (525) y (530) a (531) y (534)), a la existencia de importantes barreras de entrada, previamente analizadas (párrafos (547) a (574)) así como a la atomización y ausencia de poder negociador del grueso de los titulares de derechos de propiedad intelectual.

(585) En relación con este último punto, tal y como se ha expuesto previamente (párrafo (147)), se aprecia, en lo que respecta a las obras musicales, una demanda particularmente fragmentada con una gran cantidad de autores. Ello sin perjuicio de que un reducido número de autores con mayor relevancia comercial puedan contar con cierto poder de negociación. Procede reiterar, en este punto, lo señalado en el párrafo 18 de las "Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes" en cuanto a que "*el poder de negociación no puede considerarse una presión suficientemente eficaz si sólo se limita a proteger a un segmento de clientes concreto o limitado frente al poder de mercado de la empresa dominante*". Así, el que un limitado número de autores cuenten con cierto poder de negociación no puede considerarse que sean susceptibles de ejercer una presión suficientemente eficaz para limitar el poder de mercado de la entidad dominante.

---

[496] Sentencia de 14 de febrero de 1978, United Brands, C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22, párrafo 65.

[497] O'Donoghue, Robert and Padilla, A Jorge, The Law and Economics of Article 82 EC, first edition, 2006, Great Britain, p. 107 p: "*Strictly speaking, only a monopolist operating in a market protected by insurmountable barriers to entry and facing a completely inelastic demand would be able to behave independently of its competitors, customers and consumers*".

(586) Atendiendo a las consideraciones anteriores, esta Sala debe rechazar la alegación de la SGAE según la cual el poder compensador de la demanda ejercido por las radios y televisiones llevaría a excluir que SGAE pudiera contar con una posición de dominio en los mercados analizados relativos a los derechos sobre obras musicales.

(587) Por lo que se refiere a los mercados relacionados con los derechos de obras audiovisuales, SGAE rechaza que fuese dominante en el periodo investigado. Para ello apela nuevamente a que la DC habría limitado su análisis a las cuotas de mercado que, además, se fueron reduciendo de forma gradual por la competencia de DAMA durante el referido periodo, lo que demuestra que su situación no resultaba inexpugnable[498] excluyendo la existencia de una posición de dominio.

(588) A lo anterior procede contestar, en primer lugar, que, al igual que la DC no basó sus conclusiones sobre la posición de dominio de SGAE en los mercados considerados relativos a obras audiovisuales, apoyándose exclusivamente en las cuotas de mercado, la Propuesta de Resolución, ciñéndose a la doctrina jurisprudencial, pondera otros elementos -que también se recogen en la presente resolución como las barreras a la entrada y expansión[499], las economías de red, escala y alcance[500], la estructura de la oferta[501] y la ausencia de poder compensador de la demanda[502].

(589) En cuanto al crecimiento de DAMA a costa de la cuota de mercado de la SGAE, la consecuencia de ello ha sido perfectamente tenida en cuenta, en la medida en que se reconoce que la SGAE perdió su posición de dominio en los mercados relativos a obras audiovisuales en 2018 de tal modo que el periodo investigado en relación con dichos mercados finaliza el 31 de diciembre de 2017. No cabe acoger el posicionamiento de la SGAE en sus alegaciones a la PR según el cual solo cabría atribuir una posición de dominio a un operador dominante cuando esta resulta inexpugnable. Ello llevaría al absurdo de asumir que únicamente pueden incurrir en conductas abusivas contrarias a los artículos 2 LDC y 102 del TFUE aquellas empresas capaces de mantener una posición de dominio perpetua.

(590) Conviene subrayar, adicionalmente, que la evolución de las cuotas en los mercados de obra audiovisual en favor de DAMA a partir de 2018, en modo alguno refleja que dichos mercados se caractericen por una dinámica competitiva fluida entre los operadores existentes o por resultar fácilmente accesibles a la competencia potencial, de tal modo que proceda descartar que

[498] Párrafos 65 a 70 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución, (folios 20.564 a 20.526).

[499] Párrafos 527 y siguientes de la Propuesta de Resolución.

[500] Párrafos 538 y siguientes de la Propuesta de Resolución.

[501] Párrafo 513 de la Propuesta de Resolución.

[502] Párrafos 515 y siguientes de la Propuesta de Resolución.

un operador que cope la totalidad o buena parte de dichos mercados en un momento dado pueda calificarse de dominante.

(591) Tal y como se explica en la Propuesta de Resolución[503], la evolución significativa de cuotas a favor de DAMA no responde a la dinámica habitual de dichos mercados, sino a una circunstancia puntual consistente en la decisión, por parte de las entidades de gestión anglosajonas, de cambiar de entidad nacional con la cual suscribir sus acuerdos de reciprocidad. Ello implicó que se produjera un trasvase en bloque de un volumen relevante de autores audiovisuales de una entidad de gestión a la otra lo que constituye un suceso inusual. Buena prueba de la excepcionalidad de este hecho es que, pese a haber sido autorizada como entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual en 1999, DAMA fue un operador relativamente irrelevante con anterioridad a 2018, manteniendo SGAE antes de ese año cuotas superiores al 80% en los mercados analizados relacionados con la obra audiovisual. Como reflejo adicional de la relativa inmutabilidad que caracteriza a estos mercados, cabe referirse al mayor número de titulares de repertorio audiovisual español que no fueron objeto del referido cambio en bloque decidido por las entidades de gestión anglosajonas.

5.4.2.2.5. Conclusión en cuanto a la posición de dominio de SGAE

(592) A luz de lo anterior, esta Sala concluye, por un lado, que SGAE ha contado con una **posición dominante durante el periodo comprendido desde al menos** el 1 de enero de **2016 hasta la actualidad en estos mercados:**

- **Mercado aguas arriba de gestión de derechos de autores y otros titulares de derechos sobre obras musicales.**

- **Mercado aguas arriba de gestión de derechos de remuneración (de gestión colectiva obligatoria) previstos en el artículo 90.4 del TRLPI correspondientes a compositores de obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual**

- **Mercado aguas abajo de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales en el servicio de comunicación audiovisual radiofónico.**

- **Mercado aguas abajo de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales en el servicio de comunicación audiovisual en televisión.**

(593) Asimismo, esta Sala concluye que la SGAE mantuvo **una posición dominante desde al menos** el 1 de enero de **2016 hasta por lo menos el 31 de diciembre de 2017 en estos mercados:**

[503] Véanse, por ejemplo, los párrafos 576 a 577 de la Propuesta de Resolución.

- **Mercado aguas arriba de gestión de derechos de remuneración (de gestión colectiva obligatoria) previstos en el artículo 90.4 del TRLPI correspondientes a directores-realizadores.**

- **Mercado aguas arriba de gestión de derechos de remuneración (de gestión colectiva obligatoria) previstos en el artículo 90.4 del TRLPI correspondientes a autores del argumento (guionistas).**

- **Mercado aguas abajo de gestión de derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales a que se refiere el artículo 90.4 del TRLPI para el servicio de comunicación audiovisual de televisión**.

5.4.3. Abuso

5.4.3.1. Principios

(594) Una vez establecida la posición de dominio de la SGAE en los referidos mercados durante el periodo analizado, procede determinar si la SGAE ha abusado de dicha posición de dominio en el sentido de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE.

(595) Los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE mencionan distintos comportamientos comerciales considerados abusivos, que no constituyen un catálogo cerrado[504] de prácticas abusivas. En concreto, el artículo 2 de la LDC establece que:

"1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.

b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.

c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.

d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos."

[504] Sentencia del TJUE de 21 d febrero de 1973, Europemballage y Continental Can v Comisión, C-6/72, ECLI:EU:C:1973:22, apartados 26; y de 17 de febrero de 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, apartado 26; de 29 de marzo de 2012, Telefónica y Telefónica de España v Comisión, T 336/07, ECLI:EU: T:2012:172, apartado 174).

(596) A su vez, el art. 3.2 del (CE) No 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (actualmente artículos 101 y 102 del TFUE establece:

> *"Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros a tenor de esa disposición, aplicarán también a dichos acuerdos, decisiones o prácticas el artículo 81 del Tratado. Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a una práctica abusiva prohibida por el artículo 82 del Tratado, aplicarán también a la misma el artículo 82 del Tratado."*

(597) Como ha establecido la jurisprudencia nacional,[505] la interpretación de la normativa española debe respetar los criterios y principios establecidos por la jurisprudencia de la UE a la hora de interprtar los referidos artículos 101 y 102 del TFUE.

(598) Así, ni detentar ni adquirir una posición dominante en el mercado constituyen en sí una infracción de las normas de defensa de la competencia, pero sí lo es reforzarla por medios anticompetitivos o abusar de ella, dado que, de acuerdo con la jurisprudencia europea, recae sobre la empresa dominante el elemento de responsabilidad especial consistente en "*no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común*",[506] teniendo prohibido contribuir con su conducta a mermar la competencia en un mercado en el que ésta ya se encuentra debilitada por dicha posición dominante. Todo ello es jurisprudencia consolidada reiterada recientemente por el TJUE, de acuerdo con la cual la empresa dominante podrá defender sus intereses, pero al mismo tiempo, tiene una **especial responsabilidad de no perjudicar la competencia efectiva** (énfasis añadido):

> *"[…] la existencia de una posición dominante no priva a una empresa que se encuentra en dicha posición ni del derecho a proteger sus propios intereses comerciales cuando estos son atacados, ni de la facultad, en una medida razonable, de realizar los actos que juzgue adecuados para proteger dichos intereses (sentencia de 14 de febrero de 1978, United Brands y United Brands Continental/Comisión, 27/76, EU:C:1978:22, apartado 189). […]. **No obstante, tales conductas no son admisibles cuando su finalidad es, precisamente, reforzar la posición dominante de su autor y abusar de ella** (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de febrero de 1978, United Brands y United Brands Continental/Comisión, 27/76,*

[505] Sentencia del Tribunal Supremo nº 2567/2016 de 9 de diciembre de 2016 y Sentencia firme de la Audiencia Nacional de 22 de noviembre de 2011 confirmando la sanción por art. 2 de LDC de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria del caso *Bronner* en el expediente S/0034/08 OLYMPUS MEDICAL SYSTEMS EUROPA GMBH.

[506] Sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 1983, MICHELIN I, C-322/81,ECLI:EU:C:1983:313, apartado 57; France Telecom, C-202/07P, ECLI:EU:C:2009:214, apartado 105 y STJEU de 6 septiembre 2017, Intel, C-413/14 P, apartado 135; Decisión de 10 febrero, 2021, Aspen, AT.40394 apartados 78-79.

EU:C:1978:22, apartado 189). En efecto, sobre la empresa que ocupa una posición dominante recae una responsabilidad especial, la de no perjudicar, con su conducta, a la competencia efectiva y no falseada en el mercado interior (sentencia de 6 de septiembre de 2017, Intel/Comisión, C-413/14 P, EU:C:2017:632, apartado 135 y jurisprudencia citada) […]".[507]

(599) Para calificar una conducta como constitutiva de un abuso de posición de dominio hay que determinar que la misma es susceptible de tener efectos de exclusión o explotación restrictivos de la competencia. Para ello resulta necesario analizar, por una parte, que la conducta va más allá de la competencia en los méritos[508], y, por otra, que la misma puede tener un efecto restrictivo de la competencia. De acuerdo con el Tribunal de Justicia en su sentencia de 12 de mayo de 2022 en el asunto Servizio Elettrico Nazionale[509] *"una autoridad de competencia cumple con la carga de la prueba que le incumbe si demuestra que una práctica de una empresa que ocupa una posición dominante puede menoscabar, sirviéndose de recursos o medios distintos de los que rigen una competencia normal, una estructura de competencia efectiva, sin que sea necesario que demuestre que dicha práctica puede, además, causar un perjuicio directo a los consumidores."* Para ello han de analizarse todas las circunstancias fácticas pertinentes que rodean al comportamiento en cuestión[510]. En cuanto a la competencia basada en los méritos, es aquella que se basa en los recursos que rigen una competencia normal. El TJUE ha considerado ejemplos de competencia en los méritos la oferta de menor precio, mayor calidad o mayor innovación[511].

---

[507] En su sentencia de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52.

[508] Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2021, GOOGLE SHOPPING, T 612/17 ECLI:EU:T:2021:763, apartado 161: "*A este respecto, corresponde a la Comisión, para caracterizar tal «explotación abusiva», identificar en qué ha consistido el recurso, por parte de la empresa de que se trate, a medios distintos de los que rigen una competencia normal, utilizando su posición dominante (véase el anterior apartado 151)*."

[509] Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 2022, Servizio Elettrico Nazionale y otros, C 377/20, ECLI:EU:C:2022:379, apartado 47. Asimismo, en el apartado 61 de esta sentencia se indica que "*para demostrar el carácter abusivo de una práctica excluyente, una autoridad de competencia* ***debe demostrar, por una parte****, que dicha práctica tenía* ***la capacidad****, cuando se aplicó,* ***de producir tal efecto excluyente****, en el sentido de que podía dificultar la penetración o el mantenimiento de los competidores en el mercado en cuestión, y que, de este modo, esa práctica podía afectar a la estructura del mercado y,* ***por otra parte, que la referida práctica se basaba en la explotación de medios distintos de los propios de una competencia basada en los méritos***" (énfasis añadido).

[510] Sentencia del TJUE de 19 de enero de 2023, Unilever Italia Mkt. Operations, C 680/20, ECLI:EU:C:2023:33, apartado 40; Sentencia del TJUE de 12 de enero de 2023, Lietuvos geležinkeliai v Comisión, C-42/21 P, ECLI: EU:C:2023:12, apartado 78.

[511] De acuerdo con la Sentencia del TJUE de 27 de marzo de 2012, Post Danmark I, C-209/10 ECLI:EU:C:2012:172, apartado 22: "[p]*or definición, la competencia basada en los méritos puede entrañar la desaparición del mercado o la marginalización de los competidores menos eficaces y, por tanto, menos interesantes para los consumidores, especialmente en cuanto a precios, oferta, calidad o innovación."*. A su vez en el apartado 85 de su sentencia de 12 de

(600) También es abusiva la conducta de una empresa dominante encaminada a extender esa posición dominante a otro mercado separado, vecino o adyacente distorsionando la competencia[512].

(601) En este sentido, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, no es necesario que la práctica abusiva se produzca en un mercado en que existe posición de dominio ni que los efectos del abuso tengan lugar en ese mismo mercado. Esto se expone con claridad en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de febrero de 2011 en el asunto C 52/09[513]:

> *"A este respecto, procede subrayar que el artículo 102 TFUE no contiene ninguna indicación explícita sobre exigencias relativas a la localización del abuso en el mercado de los productos. De este modo, el ámbito de aplicación material de la especial responsabilidad que pesa sobre una empresa dominante debe apreciarse a la luz de las circunstancias específicas de cada caso, que demuestren que la competencia está debilitada (sentencia Tetra Pak/Comisión, antes citada, apartado 24).*
> *(…)*
> *Por consiguiente, pueden calificarse de abusivos determinados comportamientos en mercados distintos de los dominados y que producen efectos sobre éstos o en los propios mercados no dominados (véase, en este sentido, la sentencia Tetra Pak/Comisión, antes citada, apartado 25).*
> *(…)*
> *En efecto, si bien la aplicación del artículo 102 TFUE presupone la existencia de un vínculo entre la posición dominante y el comportamiento supuestamente abusivo, vínculo que normalmente no existe cuando un comportamiento en un mercado distinto del mercado dominado produce efectos en ese mismo mercado, no es menos cierto que cuando se trata de mercados distintos, pero conexos, la existencia de circunstancias especiales puede justificar la aplicación del artículo 102 TFUE a un comportamiento que se desarrolla en un mercado conexo, no dominado, y que tiene repercusiones en ese mismo mercado (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de octubre de 1985, CBEM, 311/84, Rec. p. 3261, apartado 26, y Tetra Pak/Comisión, antes citada, apartado 27)".*

---

mayo de 2022, Servizio Elettrico Nazionale y otros, C-377/20, ECLI:EU:C:2021, el TJUE indica que "*el concepto de competencia basada en los méritos se refiere, en principio, a una situación de competencia de la que los consumidores se benefician gracias a precios más bajos, una mejor calidad y una gama más amplia de bienes y servicios nuevos o más eficientes*".

[512] Sentencia de 3 de octubre de 1985, Centre belge d'études de marche - Télémarketing (CBE) v SA Compagnie luxemburgeoise de télédiffusion (CLT) e Information pubilicité Benelux (IPB), C-311/84, ECLI:EU:C:1985:394, apartado 27; sentencia de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión, C-333/94 P, ECLI:EU:C:1996:436, apartado 25; sentencia de 7 de octubre de 1999, Irish Sugar plc/Comisión, T-228/97, ECLI:EU:T:1999:246, apartado 166; sentencia de 17 de septiembre de 2007, Microsoft v Comisión, T-201/04, ECLI:EU: T:2007:289, apartado 1344.

[513] Cuestión prejudicial relativa al procedimiento entre Konkurrensverket y TeliaSonera Sverige AB, ECLI:EU:C:2010:483 párrafos 84-86, subrayado añadido.

(602) La teoría de mercados conexos también ha sido aplicada por la autoridad nacional de competencia y ratificada por el Tribunal Supremo (Sentencia de 10 de febrero de 2011, Número de Recurso: 3042/2008).

(603) El concepto de "explotación abusiva de una posición dominante" en el sentido del artículo 102 del TFUE (y por ende del artículo 2 LDC) es un concepto objetivo que el TJUE ha confirmado en su sentencia de 30 de enero de 2020[514], indicando que "*las actividades de una empresa en posición dominante que, en un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia".*

(604) En el ámbito nacional, el TS ha definido el abuso de posición dominante como "una modalidad singular de abuso de derecho; un tipo cualificado de éste, que con sustento en la privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante, sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho para obtener ventajas de las transacciones, carentes de justificación, que no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz, lesionando directamente los intereses de terceros o el interés general al que atiende el sistema de defensa de la competencia. Es, en suma, un ejercicio antisocial de la excepcional libertad económica que otorga una posición de dominio en el mercado"[515].

(605) El TS ha puntualizado no obstante que "n*o toda restricción en la estructura competitiva del mercado hecha desde una posición de dominio merecerá ser calificada como explotación abusiva[516], siendo necesario que la conducta abusiva no tenga justificación objetiva y limite o impida la entrada de competidores o suponga la explotación directa de los socios comerciales o consumidores*".

(606) El carácter objetivo del concepto de abuso de posición de dominio no obsta para tener en cuenta la intencionalidad cuando resulta acreditado que el operador dominante tenía precisamente el objeto de obstaculizar la competencia, tal y como estableció la sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2000.[517] Recientemente, el TJUE ha puntualizado a menudo que, si bien no se exige que se acredite la existencia de una intención anticompetitiva imputable a la empresa

[514] Sentencia del TJUE de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, apartado 148 y jurisprudencia en ella citada.

[515] Sentencia del TS, de 8 de mayo de 2003, Tándem Transportes y Ruta Sur, Recurso de Casación nº 4495/1998, FD 12º.

[516] Sentencia del TS 583/2018, de 10 de abril de 2018.

[517] Sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2000, P Compagnie Maritime Belge, asuntos acumulados C-395/96 P y C-396/96, ECLI: EU:C:2000:132.

dominante, la prueba de dicha intención[518] "*constituye una circunstancia de hecho que puede ser tenida en cuenta a efectos de la determinación de un abuso de posición dominante*".

5.4.3.1.1. Sobre tarifas de propiedad intelectual inequitativas

(607) Muchas resoluciones e informes de la autoridad nacional de competencia (extintos TDC y CNC, y también la CNMC) y sentencias de los tribunales nacionales y comunitarios han indicado que las tarifas sobre derechos de propiedad intelectual por uso efectivo (asociadas a la aplicación de un porcentaje sobre los ingresos mensuales obtenidos por el operador, proporcional al tiempo efectivo de explotación de los derechos) son preferibles a las tarifas por disponibilidad (consistentes en la aplicación de un porcentaje sobre los ingresos mensuales obtenidos por el operador, pero "promediada", es decir, sin considerar el tiempo efectivo), pues las tarifas por disponibilidad son susceptibles de crear situaciones de abuso.

(608) En esta línea, la resolución de la CNC de 4 de febrero de 2008 en el **expediente 651/08 Artistas Intérpretes o Ejecutantes**[519] sancionó como práctica abusiva

---

[518] Sentencia de 30 de enero de 2020, Generics (UK), C-307/18 , ECLI:EU:C:2020:52 y otros, apartado 162; véase, en este sentido, la sentencia de 19 de abril de 2012, Tomra Systems y otros/Comisión, C-549/10P, ECLI:EU:C:2012:221, apartados 20, 21 y 24). Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2018, Servier SAS y otros contra Comisión Europea, T-691/14, ECLI:EU: T:2018:922.

[519] En esta resolución se sanciona a la entidad Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de gestión de España por abuso de posición de dominio contrario a los artículos equivalentes a los actuales 2 LDC y 102 TFUE al haber exigido unas tarifas inequitativas y discriminatorias en relación con la remuneración de los derechos de artistas intérpretes o ejecutantes por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales. Esta resolución fue confirmada por la sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de junio de 2011 (nº de recurso 0000646/2009) salvo en lo relativo a la aplicación del equivalente al actual art. 102 TFUE pues no se consideró acreditada la afectación al comercio intracomunitario. Posteriormente el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de noviembre de 2014 (nº de recurso 4816/2011) casó la sentencia de la Audiencia Nacional tan sólo en lo relativo a la afectación al comercio intracomunitario confirmando la resolución del Consejo. En el fundamento jurídico sexto de la resolución se indica en relación con al establecimiento de una tarifa inequitativa:

"El Consejo entiende que acierta la DI cuando considera que no es aceptable que las tarifas generales estén basadas simplemente en un porcentaje sobre ingresos de explotación, sobre todo si se tiene en cuenta que en los convenios suscritos por AIE con otras televisiones ha sido posible introducir diferentes elementos y consideraciones que aproximan la remuneración de este derecho a un conjunto de variables que determinan un pago basado en el uso que efectivamente se hace del repertorio gestionado por AIE para este derecho concreto.

En este sentido, tal y como ha señalado la DI en cuanto a la razonabilidad, los ingresos obtenidos tienen que tener relación con el uso de ese repertorio. Es razonable que la exigencia de una tarifa general a un usuario contemple un criterio que permita, en un primer paso, medir la intensidad de uso en la medida de lo posible (tiempo de comunicación, ponderación respecto del producto televisivo final, etc.), pero, también, que mida el valor que tiene ese uso, teniendo en cuenta que en la comunicación pública de las televisiones hay franjas horarias asociadas a distintos valores económicos, reflejados por la audiencia, los

(además de la discriminación) que la entidad de gestión estableciera unas tarifas inequitativas pues se calculaban como un porcentaje de los ingresos de explotación cuando era posible introducir en la tarifa parámetros variables que aproximasen la remuneración al uso efectivo. El Consejo consideró que con esta conducta la entidad de gestión sesgó las negociaciones con los usuarios (televisiones) a su favor ocasionando una distorsión generalizada en los precios y condiciones de mercado[520].

(609) A su vez, el TS en su sentencia de 24 de noviembre de 2014 (nº de recurso 4816/2011)[521], confirmó esta resolución señalando que *"[l]a Sala de instancia aplica correctamente aquellos criterios cuando califica como abuso de posición de dominio la pretensión de AIE de cobrar una remuneración a "Gestevisión Telecinco" sobre la base de unas tarifas generales no equitativas, pues prescindían de cuál fuera el uso efectivo del repertorio*" (énfasis añadido). Añade esta sentencia del alto tribunal que "[e]*l carácter abusivo quedaba demostrado en cuanto que el método de cálculo no atendía al uso del repertorio musical y sólo se fijaban las tarifas como un porcentaje fijo sobre los ingresos de explotación del operador televisivo, razones por las cuales la antes citada sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2009 ya se pronunció específicamente declarando que las exigidas por AIE a "Gestevisión Telecinco" no eran equitativas*" (énfasis añadido).

(610) Resulta también destacable la resolución del **expediente S/0157/09 (EGEDA)** de 2 de marzo de 2012 en la que el Consejo de la CNC sancionó a la entidad de gestión EGEDA por un abuso de posición de dominio explotativo consistente en el establecimiento de unas tarifas[522] por comunicación pública abusivas por inequitativas, excesivas y discriminatorias. En su resolución el Consejo señaló que la tarifa general que EGEDA establecía resultaba inequitativa con el siguiente razonamiento (énfasis añadido):

> *"Es evidente que EGEDA al fijar las tarifas generales no ha tenido en cuenta criterio alguno que permitiera calcular la remuneración en función del uso efectivo de los*

---

ingresos por publicidad, etc. Es evidente que ninguno de estos criterios aparece en las tarifas generales publicadas por AIE (Hecho Probado 5) y que estas tarifas son las exigidas unilateralmente a T5 por vía judicial, por lo que no cabe sino afirmar el carácter inequitativo de esas tarifas generales."

[520] En esta resolución el Consejo señaló en su fundamento jurídico octavo relación con el impacto de la práctica:

"Por otra parte, desde el punto de vista del interés público, AIE como monopolista, ha introducido en el mercado un tipo de tarifa general inequitativa, discriminatoria y poco razonable, no fundada en criterios de uso efectivo de su repertorio, por lo que ha sesgado en su propio favor el contenido de las negociaciones con todas las televisiones, ocasionando una distorsión generalizada en los precios y condiciones de mercado que debe ser sancionado como abusivo en el orden legal de la defensa de la competencia".

[521] ECLI:ES:TS:2014:4745.

[522] EGEDA es la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales. Las tarifas consideradas abusivas en la resolución se refieren a la remuneración por el derecho de comunicación pública, correspondiente a las retransmisiones efectuadas en las habitaciones de los huéspedes de hoteles.

derechos, computando por ejemplo la "ocupación" del hotel en lugar de las plazas "disponibles" (Ver por todas Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 y de 19 de mayo de 2009, relacionadas con contenciosos de EGEDA). Y es evidente que podía hacerlo sin que eso aumentara "desproporcionadamente los gastos a que da lugar la gestión" (según la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 11 de diciembre de 2008, Asunto C-52/07, Kanal 5-STIM) puesto que en las tarifas aplicables sí que ha tenido en cuenta la ocupación hotelera provincial, variable más próxima al uso que las plazas disponibles, sin coste adicional alguno, puesto que tomaba como dato las medias de la estadística del INE sobre ocupación hotelera provincial. Esta misma estadística la ha tenido en cuenta EGEDA en la nueva definición de las tarifas generales comunicadas en mayo de 2011.

Por tanto, el Consejo considera que la decisión de EGEDA de cobrar un precio en función de las plazas disponibles del hotel y no utilizar en la tarifa general hasta 2011, la información de que disponía sobre ocupación hotelera, y por tanto sobre usuarios potenciales, para aproximar el importe del precio que representa la tarifa general al uso del derecho, debe considerarse abusivo por inequitativo.

(611) El Consejo consideró que esta conducta en su conjunto (estas tarifas, además de inequitativas, se consideraron excesivas y discriminatorias) había condicionado la negociación de los contratos y había podido resultar en mayores costes para los hoteles que habrían podido ser trasladados a los consumidores.

(612) Esta resolución de la CNC de 2 de marzo de 2012 ha sido confirmada por la sentencia del TS de fecha 23 de noviembre de 2017 (nº de recurso 150/2016, ECLI:ES:TS:2017:4263)[523].

(613) En las dos resoluciones sancionadoras citadas (exptes. 651/08 y S/0157/09) el Consejo de la CNC recuerda la jurisprudencia del TS que establece que las tarifas generales no son de aplicación automática y los órganos judiciales pueden no aplicarlas en el cálculo de una indemnización si no resultan equitativas. Así, la sentencia de la Sala Primera (de lo Civil) del TS de 7 de abril de 2009 (nº de recurso 1163/2004)[524] casó la sentencia de la Audiencia Provincial que condenaba a SOGECABLE al pago del importe resultante de la aplicación de las tarifas generales aprobadas por la entidad de gestión AISGE y comunicadas al Ministerio de Cultura. En el fundamento jurídico décimo de su sentencia el TS señala que ni el haber comunicado al Ministerio unas tarifas generales ni haber negociado unas tarifas implica que las mismas sean equitativas. Asimismo, el

[523] Esta sentencia indica en su fundamento jurídico segundo:

"Cabe subrayar, al respecto, que el pronunciamiento del Tribunal de instancia se sustenta en la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo fijada en la sentencia de 19 de marzo de 2013 (RC 2125/2009), en que, siguiendo los razonamientos jurídicos expuestos en las sentencias de la Sala Primera de este Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2008, de 18 de febrero de 2009, 7 de abril de 2009, 13 de diciembre de 2010 y 22 de marzo de 2011, corroboramos que para determinar el importe de la remuneración no cabe acudir a tarifas generales si éstas no tienen un «carácter equitativo», y no lo tienen cuanto adoptan como base exclusiva de cálculo los rendimientos obtenidos por el operador televisivo y prescinde del uso efectivo."

[524] ECLI:ES:TS:2009:2216.

alto tribunal indica en los siguientes términos que al establecer tarifas resulta más equitativo el criterio de uso efectivo:

> *"Por otra parte, la existencia de un proceso negociador previo no justifica que la aplicación de las tarifas generales se ajuste al requisito de equidad que se halla implícito en el propio concepto de remuneración equitativa configurado, en lo que aquí interesa, en el* artículo 108.3 *LPI (hoy,* artículo 108.5 *LPI).*
>
> *De no reconocerse así, la imposibilidad de llegar a un acuerdo en la negociación comportaría automáticamente la posibilidad de que las sociedades de gestión impusieran unilateralmente sus tarifas generales, aun cuando estas no tuvieran carácter equitativo, en contra de lo dispuesto en la ley.*
>
> *Ambas partes reconocen que las tarifas generales están fijadas atendiendo exclusivamente a los rendimientos de explotación de la sociedad demandante. Este criterio no puede ser aceptado. Como hemos puesto de manifiesto en la* STS de 21 de enero de 2009, RC n.º 2157/2003*, es evidente, en principio, que resulta más equitativo el criterio de efectividad de uso del repertorio, en la medida que sea posible su aplicación, que el criterio de disponibilidad o de cuantificación en función de los rendimientos de explotación de las empresas".*

(614) Igualmente, en las resoluciones del TDC y la CNC de los expedientes 593/05 Televisiones[525], R 714/07 Tele5/AIE[526] se indica en relación con las tarifas impuestas por entidades de gestión que el sistema de remuneración por uso es

[525] En esta resolución se sanciona a AGEDI (entidad de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y vídeos musicales) por explotar su posición de dominio en la gestión de los derechos de propiedad intelectual que tiene encomendados, al aplicar para el uso de su repertorio condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, si bien no se considera acreditado que las tarifas fueran excesivas. Esta resolución fue confirmada por sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 5 de febrero de 2019 (Nº de recurso: 0000378/2006) que fue a su vez confirmada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de marzo de 2013 (Nº de recurso 2125/2009). En el fundamento jurídico décimo de la resolución se señala:

"Por último, este Tribunal considera de interés señalar, con independencia de que la cuestión sea analizada con todo detenimiento y a través de los cauces oportunos, que desde el punto de vista de la libre competencia resulta deseable que la base para el cálculo de las tarifas generales se establezca con relación fundamentalmente al uso real de los fonogramas. Es decir, al espacio de tiempo de emisión que ocupan estas producciones fonográficas en la programación de las emisoras de televisión, como tienen acordado con AGEDI en el caso de los vídeos musicales, cuando, además ese es también el sistema que aplica AGEDI como base de reparto de los derechos recaudados y dadas las mejoras técnicas experimentadas en los sistemas de medición."

[526] Resolución del Consejo de 4 de febrero de 2008 que estima el recurso interpuesto por Gestevisión Telecinco, S.A., contra el acuerdo de sobreseimiento del Servicio de Defensa de la Competencia y se interesa a la Dirección de Investigación a continuar la tramitación del al observar indicios de posibles tarifas abusivas y discriminatorias. En el fundamento jurídico segundo de la resolución el Tribunal señala:

"No será equitativa o será excesiva si el repertorio que gestiona es más reducido del que se dice ser y si el criterio de "disponibilidad" (admitido por el Tribunal pero desaconsejado) es más gravoso o injusto que el de "uso efectivo".

en todo caso preferible al de disponibilidad, pues la tarifa debe tender a captar el uso efectivo del repertorio referencia.

(615) Adicionalmente, el Informe de la CNC de 2009[527] explica por qué las tarifas por disponibilidad constituyen una importante barrera de entrada. Señala que cuando una entidad con poder de mercado fija una tarifa que no tiene en cuenta el uso del repertorio, el usuario tendrá pocos incentivos a sustituir el repertorio del incumbente por el del nuevo entrante pues seguirá pagando lo mismo al incumbente, aunque use menos su repertorio. Por el contrario, si el usuario pudiera anticipar y controlar su uso podría beneficiarse de una mayor competencia entre entidades.

(616) Por su parte, las resoluciones de los expedientes 714/07, Tele5/AIE y 156/08 AISGE de la CNC también analizaron tarifas por disponibilidad. En el expediente S/156/08 se analizaba si AISGE[528] había abusado de su posición de dominio mediante la imposición de tarifas generales inequitativas y discriminatorias por determinados actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales en las que se encuentren fijadas interpretaciones actorales[529]. Este expediente fue objeto de una terminación convencional[530] por la que AISGE se comprometió a introducir en sus tarifas parámetros que reflejasen el uso y a identificar el repertorio gestionado durante el periodo de liquidación.

(617) También la jurisprudencia comunitaria ha considerado abusivas por inequitativas tarifas de entidades de gestión colectiva que no guardaban relación con el valor

---

[527] "Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual", párrafo 160 y siguientes.

[528] Entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual de actores, dobladores, bailarines y directores de escena cuyas actuaciones o interpretaciones hayan sido fijadas en soporte audiovisual.

[529] De acuerdo con la resolución del Consejo de 23 de marzo de 2011 que declara la terminación convencional del expediente, en el marco de la instrucción se imputó a AISGE en el pliego de concreción de hechos un abuso de posición de dominio en relación con las siguientes conductas:

-"Estableció mediante unas Tarifas generales y exigió de las emisoras de televisión, una remuneración no equitativa, por la utilización de los derechos que gestiona. Las Tarifas generales se consideraron no equitativas, en la medida en que:

No guardaban relación respecto al valor económico de la prestación ofrecida.

No eran transparentes ni permitían conocer los elementos remunerables por los que se exigen esas Tarifas.

No eran transparentes con respecto a la remuneración exigida por esos mismos derechos a otros operadores que actúan en el mismo mercado.

- AISGE impuso condiciones comerciales no equitativas, mediante una estrategia negociadora y judicial abusiva, a SOGECABLE y otros operadores; aplicando, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes y colocando, en esa medida, a unos competidores en situación desventajosa frente a otros."

[530] Con fecha 30 de mayo de 2014 el Consejo de la CNMC resolvió dar por concluida la vigilancia por considerar que AISGE había cumplido los compromisos.

de uso. Así, el asunto *SABAM*[531] recuerda en el marco de una cuestión prejudicial la cuestión de si determinadas tarifas de propiedad intelectual podrían ser consideradas excesivas y constitutivas de un abuso de posición de dominio explotativo, señalando que "[c]*omo ya ha tenido ocasión de subrayar el Tribunal de Justicia, la remuneración aplicada por una entidad de gestión colectiva debe tener en cuenta la cantidad de obras musicales protegidas por los derechos de autor realmente utilizada*". Aunque el caso analizado en esta resolución difiere del asunto *SABAM* al no tratarse de un caso de tarifas excesivas, resulta relevante que el TJ establezca que la remuneración de una entidad de gestión ha de tener en cuenta la cantidad de obras del repertorio efectivamente utilizada. En esta línea el Tribunal de Justicia en su sentencia *Kanal 5*[532] se había pronunciado sobre otra cuestión prejudicial relativa a si el establecimiento de tarifas por el uso del repertorio musical por parte de emisoras de televisión que aplican un porcentaje sobre la facturación de la emisora que varía en función de la cantidad de música emitida era abusiva (énfasis añadido):

> *"En consecuencia, procede responder a las cuestiones primera a tercera que el artículo 82 CE debe interpretarse en el sentido de que una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual que tiene una posición dominante en una parte sustancial del mercado común no explota de forma abusiva dicha posición cuando, en concepto de retribución debida por la difusión por televisión de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual, aplica a las cadenas de televisión privadas un sistema de tarifas según el cual los importes de dichas tarifas corresponden a una parte de los ingresos de esas cadenas, siempre que dicha parte sea globalmente proporcional a la cantidad de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual realmente emitida o que pueda emitirse y salvo que exista otro método que permita identificar y cuantificar de forma más precisa la utilización de dichas obras así como la audiencia, sin que por ello aumenten desproporcionadamente los gastos a que da lugar la gestión de los contratos y el control de la utilización de dichas obras".*

5.4.3.1.2. Sobre el deber de transparencia de las entidades de gestión

(618) Como corolario de lo anterior, la extinta CNC ha señalado que la ausencia de transparencia por parte de entidades de gestión dominantes puede resultar abusiva pues los precios deben ser también transparentes en el sentido de que

[531] Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de noviembre de 2020, SABAM, C-372/19, ECLI:EU:C:2020:959, apartado 50.

[532] Sentencia de 11 de diciembre de 2008, Kanal 5 y TV-4, C-52/07, ECLI:EU:C:2008:703, apartado 41. En este caso la cuestión prejudicial se refería a las tarifas de una entidad sueca en situación de monopolio de hecho en el mercado de la puesta a disposición de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual con la finalidad de su difusión por televisión. Esta entidad establecía a las televisiones una remuneración por la percepción de derechos de comunicación que correspondía a un porcentaje de sus ingresos que variaba en función de la música emitida.

el usuario debe conocer con exactitud los derechos y obras que cubren las tarifas aplicables y cuya utilización genera la obligación de pago[533].

(619) El Consejo de la CNC en el fundamento jurídico cuarto de la citada resolución de 2 de marzo de 2012 (expte. S/0157/09 EGEDA) indica en conexión con el análisis del carácter discriminatorio de las tarifas la importancia de la transparencia sobre los descuentos aplicados a otros usuarios. En este contexto el Consejo recuerda (énfasis añadido):

> *"Y como ha subrayado este Consejo reiteradamente, el incumplimiento de la obligación de transparencia que compete a las entidades de gestión por su condición de monopolistas legales de unos derechos es contrario al artículo 2 de la LDC. La RCNC de 9 de diciembre de 2008, (Expte. 636/07, FONOGRAMAS)[534] decía: "Así pues, la infracción por una entidad de gestión de ese deber legal de especial transparencia mediante el ocultamiento a un usuario con el que se negocian las condiciones de acceso al repertorio que administra, de los acuerdos previamente alcanzados con otro u otros usuarios competidores o que están sujetos a una cierta presión competitiva en los mercados en los que operan, sería para este Consejo susceptible de constituir una conducta autónoma de abuso de posición dominante, […] En consecuencia, el Consejo considera que el adecuado cumplimiento del citado deber especial de transparencia obliga a las entidades de gestión a poner a disposición de los usuarios de su repertorio las condiciones o criterios económicos previamente acordados con otros usuarios equivalentes, aunque no operen strictu sensu en los mismos mercados, de forma tal que el usuario pueda establecer que las condiciones de autorización y/o remuneración sobre las que se establece la negociación que demanda la LPI son similares o equivalentes a las previamente pactadas con sus competidores o con usuarios sometidos a una cierta presión competitiva recíproca. Por ello, de conformidad con el artículo 46.2 b) LDC, el Consejo considera necesario, en orden a mitigar el riesgo de que se produzcan nuevos comportamientos discriminatorios, imponer a las entidades de gestión imputadas que en todo proceso de negociación de las condiciones de acceso y remuneración de su repertorio de derechos informen al usuario demandante sobre las bases económicas de los acuerdos previamente alcanzados con usuarios que desarrollen igual o similar actividad y realicen un uso equivalente del repertorio".*

(620) También la citada resolución del Consejo de la CNMC de 23 de marzo de 2011 (expte. S/0156/08 AISGE) al evaluar la idoneidad de los compromisos

---

[533] El Tribunal Supremo ha considerado que la obligación de transparencia exige la no ocultación a los usuarios de las tarifas más ventajosas aplicadas a otros usuarios que se encuentran en una situación comparable. Vid. SSTS de 26 de septiembre de 2013 AGEDI, Recurso de Casación núm. 2877/2010 y de 19 de marzo de 2013 AIE; Recurso de Casación núm. 2125/2009.

[534] En esta resolución se sancionó a las entidades de gestión AGEDI y AIE por abusar de su posición de dominio al imponer tarifas discriminatorias en relación con el uso de fonogramas protegidos por derechos de propiedad intelectual por parte de emisoras de televisión. El Consejo consideró que esta conducta de discriminación pura de clientes ocasionó desventajas competitivas en terceros contratantes afectando a la situación competitiva. Esta resolución fue confirmada por la Audiencia nacional en su sentencia de 10 de marzo de 2010 (Nº de recurso 75/2009) y por la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2013 (Nº de recurso 2877/2010).

presentados se pronunció sobre la relevancia de que el repertorio de la entidad de gestión sea conocido por los usuarios (énfasis añadido):

> *"Un elemento fundamental en esta valoración positiva de los compromisos formulados por AISGE es la posibilidad de que su repertorio pueda ser efectivamente conocido por los operadores en toda su extensión, identificando el repertorio y la tipología de obras que gestiona AISGE".*

(621) A su vez, la resolución del Consejo de la CNC de 23 de febrero de 2011 (expte. 2785/07 AIE) en la que se sanciona a una entidad de gestión por haber abusado de su posición de dominio al establecer tarifas inequitativas y discriminatorias recuerda la importancia de la transparencia señalando que "[h]*ay que tener en cuenta que la entidad de gestión colectiva es un monopolista y que su responsabilidad en términos de transparencia, objetividad y razonabilidad es mucho mayor que la de otros operadores de mercado, tanto por su condición de monopolista como por los privilegios de diverso tipo que le concede la legislación de propiedad intelectual*".

(622) Asimismo, el Consejo de la CNMC, en su resolución de 30 de mayo de 2019 (expte. S/DC/0590/16 DAMA VS SGAE) en la que se sancionaba a la SGAE por abusar de su posición de dominio por (entre otras conductas) limitar la capacidad de los socios para gestionar libremente sus derechos, señaló:

> *"En este punto, es necesario recordar que, como ha venido siendo reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la posición privilegiada que el ordenamiento jurídico español atribuye a las entidades de gestión, en una posición de monopolio de hecho, les obliga a actuar con especial responsabilidad y, en especial, a guardar un deber de transparencia en su gestión, lo que les impediría "imponer restricciones contrarias al principio de libre competencia" (énfasis añadido).*

(623) En definitiva, la CNC ha señalado en distintos pronunciamientos relacionados con entidades de gestión que ciertas empresas en posición de monopolio o cuasi-monopolio en determinados mercados tienen una obligación específica de transparencia.

(624) Al margen de los tradicionales precedentes en materia de derechos de autor, la importancia de la transparencia se recoge también en la Resolución de 25 de abril de 2011 (expte. S/0206/09 ECOEMBALAJES)[535] en la que el Consejo archivó las actuaciones seguidas contra Ecoembes por posible abuso de posición de dominio. En esta resolución el Consejo indicó:

> *"Por todo ello, y a pesar de que en el presente caso no existan indicios de conducta anticompetitiva, el Consejo considera conveniente recordar que como monopolista de hecho no expuesto a presión competitiva alguna, Ecoembes tiene frente a sus clientes un deber de especial transparencia respecto del método de cálculo y variaciones de esas tarifas, cuyo cumplimiento le obliga a poner a disposición de las empresas adheridas, accionistas o no del SIG y con antelación suficiente para que pueden hacer las provisiones correspondientes, información adecuada para que*

[535] Expte. S/0206/09, FD 2.º.

puedan evaluar que no son ni excesivas ni discriminatorias, y con ello favorecer el objetivo último de la legislación sectorial: el reciclaje".

5.4.3.2. Aplicación al caso: Abuso por parte de la SGAE

(625) Es necesario analizar las actuaciones de la SGAE objeto de este expediente para determinar si desde su acreditada posición de dominio ha realizado conductas que puedan ser calificadas como abusivas de acuerdo la normativa y jurisprudencia y, por tanto, constitutivas de una infracción del artículo 2 LDC y del artículo 102 TFUE, tal y como ha defendido el órgano de instrucción en la Propuesta de Resolución.

5.4.3.2.1. Sobre el diseño y aplicación de tarifas por disponibilidad a usuarios de televisión y radio

(626) Procede aclarar, a título preliminar, que, **si bien los derechos asociados a las obras musicales y audiovisuales presentan determinadas diferencias, por su características propias** sobre las que se incidirá más adelante (párrafos (936) a (941)), dado que las tarifas aplicadas, respectivamente a radios y televisiones, por el uso de dichos derechos se publican (en el caso de las tarifas generales) o negocian con los usuarios (en caso de las tarifas acordadas de forma bilateral) generalmente de forma simultánea por parte de la SGAE, **se ha optado por analizar dichas tarifas en un mismo apartado por una cuestión de economía procedimental**.

5.4.3.2.1.1. Competencia no basada en los méritos

(627) A continuación, se valorará la conducta de la SGAE consistente en el diseño y aplicación práctica de tarifas que no guardan relación con el uso efectivo de su repertorio para determinar si puede considerarse que ha incurrido, como operador dominante, en una conducta restrictiva de la competencia no basada en los méritos.

(628) Conviene empezar recordando que la SGAE prevé, con carácter general, dos sistemas tarifarios para el licenciamiento de los derechos musicales y audiovisuales de su repertorio en el mercado de la radiodifusión: la tarifa por uso efectivo (a la que nos hemos referido también como **TUE**) y la tarifa por disponibilidad promediada (a que nos hemos referido como **TDP**).

(629) A este respecto, se ha acreditado (ver secciones 4.2.1.2 y 4.2.4), sin que la SGAE lo hay negado, que, **durante el periodo investigado, la SGAE únicamente ha aplicado tarifas por disponibilidad a las emisoras de radio por el uso su repertorio musical**, **no habiéndose aplicado en ningún caso tarifas basadas en uso efectivo de los derechos licenciados.**

(630) Lo anterior, sin perjuicio de que en 2016 la SGAE aprobase una TUE general para las emisoras de radio. Así, desde 2016 hasta la actualidad las emisoras de radio usuarias han venido empleando en la práctica tarifas que tan sólo prevén la modalidad de disponibilidad. Estas tarifas consisten en un porcentaje que se aplica sobre los ingresos totales de las radios. A cada radio se le aplica uno de

cuatro porcentajes posibles según el tipo de emisora de que se trate, pero en ningún caso se toma en cuenta el repertorio de la SGAE efectivamente empleado ni la intensidad de uso efectivo de cada emisora. Asimismo, si bien las tarifas generales de 2023 sí prevén una TUE además de la tarifa por disponibilidad (ver 4.2.1.1), ésta nunca habría llegado a aplicarse en la práctica.

(631) ATRESMEDIA ha sostenido, en este sentido, a lo largo del expediente que las tarifas que se han aplicado son las TDP pactadas y que las tarifas generales de 2015 (que no incluían la TUE) no se han llevado a la práctica, cuestión se ha precisado en el párrafo anterior (629).

(632) Ha quedado asimismo acreditado, a partir de los contratos (ver apartado 4.2.4.2) y convenios (ver apartado 4.2.4.1.2) disponibles que, en los mismos, tan solo se contemplan tarifas por disponibilidad de estructura similar a las tarifas generales de 2015 sin que en ningún caso se haya pactado de forma bilateral, con los usuarios de radio una tarifa por uso efectivo. En definitiva, ni las tarifas generales de 2015 contemplan una tarifa por uso efectivo (si bien se ha introducido una TUE en tarifas generales posteriores que nunca se han llevado a la práctica), ni los convenios y contratos aplicados en la práctica que obran en el expediente dan la posibilidad a las emisoras de radio de acogerse a una tarifa de uso efectivo.

(633) Por lo que respecta a las emisoras de televisión que emplean el repertorio musical y audiovisual de la SGAE, se ha acreditado que en el periodo analizado han podido optar entre una tarifa por disponibilidad y una TUE general que aplica una tarifa en función del porcentaje de tiempo de uso del repertorio (ver apartados 4.2.2. y 4.2.4). En este sentido la SGAE también denomina TUE a la tarifa que se aplica a canales temáticos donde en función del tiempo de uso de contenidos musicales o audiovisuales por parte de un canal se aplica una tarifa u otra (véase párrafo (385)). Ahora bien, dado que esta tarifa para canales temáticos no tiene en cuenta el concreto uso efectivo del repertorio de la SGAE por parte del usuario, sino tan solo un indicador de la intensidad de uso no puede calificarse como una verdadera tarifa de uso efectivo.

(634) **Se ha acreditado también que las emisoras de televisión han optado muy mayoritariamente por tarifas de disponibilidad.** En particular, de acuerdo con la SGAE, tan solo [redacted] tienen una audiencia reducida (ver 4.3) y [redacted]**.** Además, no consta si se trata de la TUE general o de la tarifa especial para canales temáticos.

536 [redacted].

(635) ATRESMEDIA y MEDIASET son las cadenas de televisión en abierto de mayor audiencia en España que conjuntamente han supuesto en torno al 50% de la audiencia durante el periodo considerado (ver apartado 4.3). Explican que eligieron la TDP porque la TUE de las tarifas generales resultaba mucho más costosa (ver apartados 4.2.4.4.1 y 4.2.4.3.5). Concretamente ATRESMEDIA señala que "[s]*in perjuicio de los acuerdos suscritos entendemos que también hemos tenido la posibilidad de optar por suscribir las tarifas generales publicadas por la entidad aplicables estos años, pero la aplicación de las tarifas generales, tanto las tarifas por disponibilidad, como las tarifas por uso, habrían supuesto un incremento sustancial del precio a pagar por Atresmedia*[537]." Añade ATRESMEDIA que, dado el uso de contenido musical y audiovisual de sus canales, siempre resultará más barata una tarifa por disponibilidad que la TUE por la que podían optar.

(636) En particular, en relación con el diferencial entre las TUE y las TDP **ATRESMEDIA señala**:

- En las tarifas generales de la SGAE para el año 2019 que corresponde a los derechos exclusivos por comunicación pública y reproducción de obras musicales se observa que la TDP equivale a la TUE si el tiempo de emisión de obras musicales en la programación es igual al 42,6% del tiempo total de emisión. **Sólo si es inferior al 42,6% será la TUE más barata. Dado que ATRESMEDIA estima que el tiempo de emisión de música en sus canales generalistas supone entre el 60% y el 70% del tiempo total de emisión, la TUE será superior a la TDP**.

- En cuanto a los derechos de remuneración por la comunicación pública de obras audiovisuales, ATRESMEDIA indica que el tiempo de emisión de contenido audiovisual en canales generalistas es del 25-30% por lo que los niveles de las tarifas generales determinan que le resulte siempre más barata la TDP que la TUE:

  - En lo que respecta a la parte musical, si el tiempo de emisión de obras audiovisuales es superior a 8,5% del tiempo total de emisión, la TDP será más barata[538].

  - En lo que respecta a la parte literaria y dirección/realización, si el tiempo de emisión de obras audiovisuales es superior a 14% del tiempo total de emisión, la TDP será más barata[539].

(637) **A su vez MEDIASET indica que opta por la TDP como consecuencia de la "*desproporcionada diferencia que existe entre ésta*** [la tarifa por disponibilidad] ***y la tarifa oficial por uso efectivo, mucho más gravosa*"**[540]

[537] Folio no confidencial 9.333.

[538] Folio no confidencial 9.335.

[539] Folio no confidencial 9.335.

[540] Folio no confidencial 9.380.

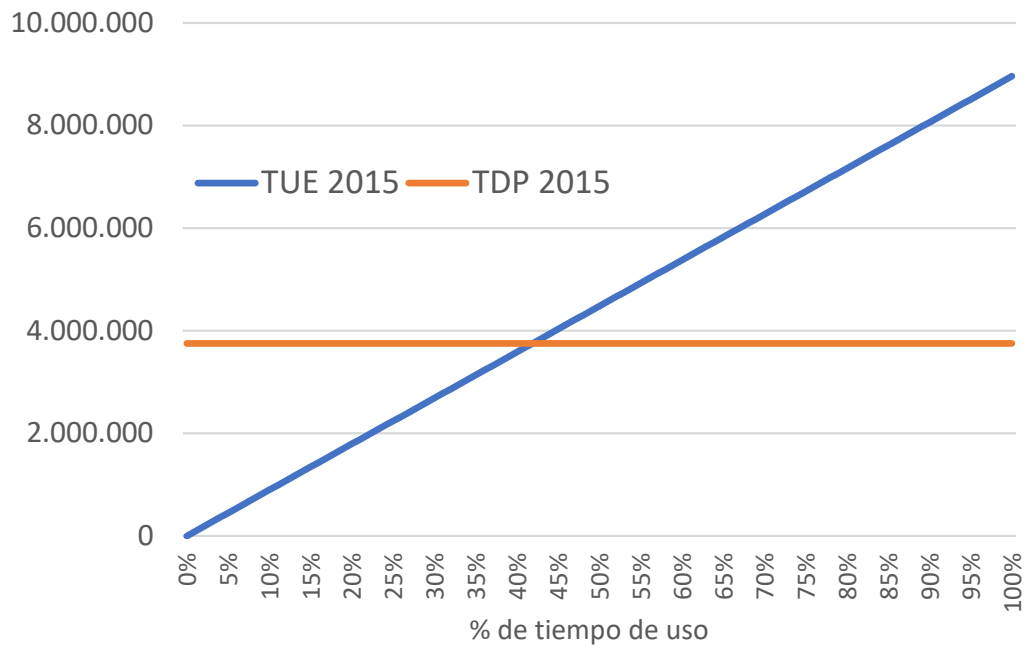
(énfasis añadido) y que la SGAE nunca ofreció una TUE negociada distinta de la de las tarifas generales.

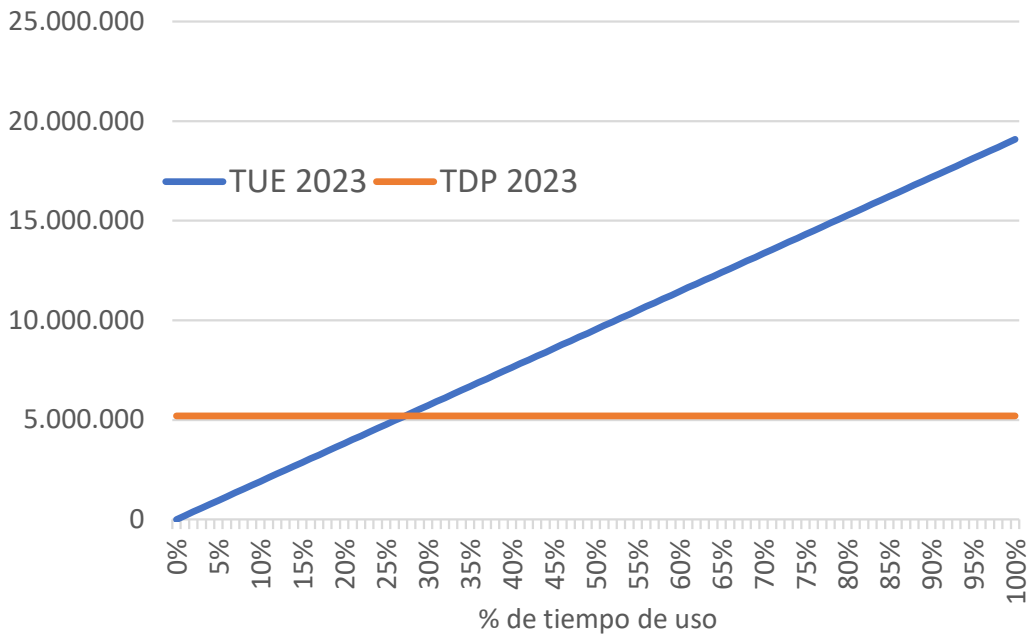
(638) En este sentido, si se comparan las tarifas por disponibilidad efectivamente aplicadas durante el periodo investigado según se ha probado en los hechos acreditados (véase el apartado 4.2.4) con las TUE de 2015 para **emisoras de televisión** (véanse los párrafos (375) y (382)) se observa que, prescindiendo de los descuentos y bonificaciones, salvo para usos inferiores al 42% la TDP es sistemáticamente inferior a la TUE. Ha de recordarse que estas TDP suponen en torno al 3,75% (antes de descuentos y bonificaciones) de los ingresos de las emisoras de televisión y por tanto suponen un coste relevante para estos operadores.

(639) Asimismo, si se comparan las TDP con las TUE de las tarifas generales de 2023 que figuran en los hechos acreditados puede observarse que, prescindiendo del eventual impacto de los descuentos y bonificaciones, a partir de una intensidad de uso superior al 28% las TUE resultan sistemáticamente más caras que las TDP.

(640) En el siguiente Gráfico 1 se puede observar la comparación entre estas tarifas según incrementa el tiempo de uso del repertorio en %.

Gráfico 1. Pagos bajo las distintas tarifas de la SGAE simulados para operadores de TV en función del tiempo (en %) de uso del repertorio de la SGAE



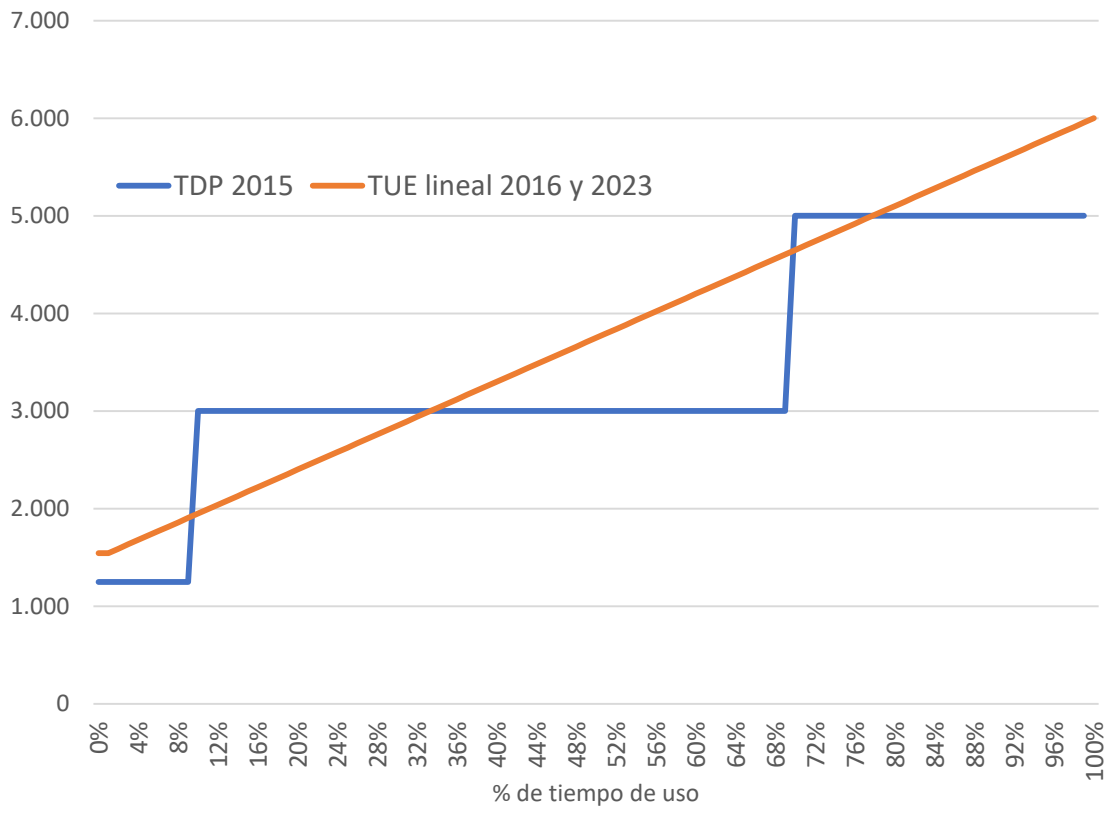


Fuente: elaboración propia (pagos simulados para un operador con ingresos de 100M€)

(641) En cuanto a las **emisoras de radio**, si se comparan las tarifas por disponibilidad promediada de las tarifas generales de 2015, que son muy similares a las que se han venido aplicando en la práctica con carácter general, con las TUE de las tarifas generales de 2016 (idénticas a las de febrero de 2023) se observa que con carácter general la TUE resulta más cara que la TDP, salvo en dos

intervalos: para intensidades de uso de entre 10% y 33% y de entre 71% y 78%. En cualquier caso, el siguiente Gráfico 2 ilustra estas diferencias:

Gráfico 2. Pagos bajo las distintas tarifas de la SGAE simulados para emisoras de radio en función del tiempo (en %) de uso del repertorio de la SGAE



Fuente: elaboración propia (pagos simulados para un operador con ingresos de 100.000€)

(642) De acuerdo con las alegaciones de ATRESMEDIA relativas a las tarifas de las emisoras de radio y los cálculos que anexa a su escrito (documento 11[541]) estas diferencias serían aún más notables si se comparasen las tarifas generales con las tarifas pactadas (que incluyen descuentos, etc.).

(643) Por tanto, **a pesar de que la SGAE presenta estos dos sistemas tarifarios como alternativos para los <u>operadores de televisión</u>, se ha acreditado que, en la práctica, existe un número muy reducido de operadores o usuarios finales del mercado de radiodifusión que haya optado por un sistema tarifario de uso efectivo**.

(644) **Esto responde a que, atendiendo al uso medio que hacen los principales operadores de televisión de contenidos musicales y audiovisuales** (dato que SGAE no puede desconocer) **las tarifas por uso efectivo resultan sistemáticamente más gravosas que las tarifas por disponibilidad,** lo que

[541] Folio 17.270, confidencial salvo para SGAE y la propia ATRESMEDIA.

empuja a los usuarios a optar por esta segunda modalidad tarifaria que no tiene en cuenta el uso efectivo que hacen del repertorio de la SGAE.

(645) **Igualmente, en el caso del uso del repertorio musical de SGAE por parte de los operadores de radio, se observa que si se comparan las TDP de 2015 con las TUE de 2016 y 2023 salvo para ciertas franjas las TUE son sistemáticamente más caras. Esto explica que todas las emisoras de radio hayan empleado TDP pactadas (generalmente inferiores a las TDP 2015) y no la TUE de las tarifas generales**.

(646) Resulta también pertinente destacar los **notables incrementos entre las tarifas generales de la SGAE en 2015 y 2023, en la medida en que los mismos pueden servir de instrumento de presión en las negociaciones llevadas a cabo por el operador dominante**.

(647) Así, para las emisoras de televisión las TDP totales (sumando, por tanto, los distintos conceptos) de las tarifas generales de 2023 son un 38,58% superiores a la de las tarifas generales de 2015 que [redacted] Más elevada aún es la diferencia entre la TUE de las tarifas generales de 2023 y la TUE de las tarifas generales de 2015, que, para un 100% de tiempo de uso, en total ascienden a 19,08% y 8,96% respectivamente, lo cual supone un incremento del 112,98%.

(648) Por lo que respecta a las emisoras de radio corresponde precisar que las tarifas generales de 2016[542] establecen unas TUE y TDP idénticas a las de febrero de 2023. Si se compara la TDP de las tarifas generales 2015 con la TDP para emisiones lineales de las tarifas generales de 2016 se observa que, para una intensidad de uso superior al 70%, las mismas pasan del 5% al 6%, lo cual supone un incremento del 20%. A su vez, si se comparan estas mismas tarifas para una intensidad de uso superior al 10% e inferior al 70%, éstas pasan del 3% al 3,6% lo cual también supone un incremento del 20%.

(649) Además, **ATRESMEDIA destaca que la TUE introducida en 2016 suponía ya *de facto* un encarecimiento de la tarifa y que, en consecuencia, no supuso una opción efectiva**.

(650) Ha afirmado asimismo ATRESMEDIA que "***lo correcto es afirmar que SGAE estratégicamente diseñó una TUE en un nivel que la hacía mucho más cara que la TDP pactada para los principales usuarios, con el objetivo de desincentivar la sustitución de la TDP pactada por un modelo de TUE, haciendo con la creación de la TUE un auténtico paripé que supone, de facto, un resultado equivalente a la negativa a ofrecer una TUE***"[543] (énfasis añadido).

[542] Véanse los folios no confidenciales 17.708 y siguientes correspondientes al Anexo 3 de las alegaciones de SGAE al PCH.

[543] Alegaciones de ATRESMEDIA al PCH.

(651) Los datos analizados corroboran este planteamiento de ATRESMEDIA en cuanto a que el diseño de una TUE más gravosa que la TDP desincentiva sustituir la TDP pactada por la TUE de las tarifas generales. Añade ATRESMEDIA, y esta Sala lo comparte, que dicha estrategia de la SGAE se ha visto reforzada por la aprobación de unas tarifas generales, tanto de TDP como TUE, muy superiores a las tarifas pactadas de tal modo que funcionan como instrumento de presión en las negociaciones.

(652) En efecto, la correspondencia de SGAE y AERC aportada por SGAE en el marco del presente procedimiento es coherente con el planteamiento de ATRESMEDIA (párrafo (758)).

(653) Nótese, a este respecto, que la utilización abusiva por parte de un operador dominante de tarifas generales elevadas como instrumento de presión en las negociaciones con los usuarios ya ha sido puesta de manifiesto por la extinta CNC, tal y como ha señalado ATRESMEDIA. Concretamente en la resolución del Consejo de la CNC de 19 de diciembre de 2011 (S/0208/09 AISGE) se indica:

> *"El Consejo coincide con la Dirección de Investigación en que estos criterios han sido obviados por AISGE cuando en 2005 decidió duplicar su Tarifa General de forma unilateral, convirtiéndola así en un instrumento de presión en las negociaciones y consiguiendo trasladar esos inequitativos incrementos a las tarifas efectivamente aplicadas en los convenios con las asociaciones sectoriales, que se han visto casi triplicadas en el periodo objeto de la infracción".*

(654) Esta decisión fue confirmada por STS de 24 de febrero de 2017 (Recurso núm.: 1314/2014) que en su fundamento de derecho cuarto indica:

> *"En el caso de autos, en el que no se discute la posición de domino de la entidad sancionada, dicho comportamiento está descrito como la elevación de las tarifas generales que la entidad cobraba a los cines en un 100% en 2005, sin que dicha subida fuese explicada suficientemente en el momento de su aprobación a los sujetos afectados o AISGE haya aportado una justificación razonable de una elevación tan drástica y, en fin, considerando que dicha subida suponía una presión indudable para la negociación de posteriores acuerdos particulares".*

(655) Aunque en aquel expediente se analizaba la práctica tarifaria bajo la óptica de precios excesivos y discriminatorios, y por tanto el concreto abuso no coincidía con el que se imputa en esta resolución, pone de manifiesto que tarifas generales elevadas pueden servir de instrumento de presión en las negociaciones.

(656) En definitiva, se considera acreditado que las emisoras de radio y la mayoría de las emisoras de televisión que usan el repertorio de SGAE optaron por una TDP pactada no relacionada con el uso efectivo del repertorio de la SGAE pues ésta diseñó la TUE de las tarifas generales de forma que resultase sustancialmente más cara para el grueso de usuarios de tal modo que no constituía una alternativa efectiva.

La normativa de propiedad intelectual relativa a las tarifas

(657) La normativa sectorial establece los criterios que las entidades de gestión han de seguir en la elaboración de sus tarifas (apartado 3.1.3). Por una parte, el

artículo 164 del TRLPI establece con carácter imperativo los criterios con arreglo a los cuales deben diseñarse e implementarse las tarifas generales de las entidades de gestión colectiva. Destaca que **las tarifas deben ser *"simples y claras"*, estableciendo con un orden de prelación los criterios para las TUE, y enfatizando la importancia de atender al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra**. Priman uso efectivo y el grado, relevancia e intensidad de uso como criterios prioritarios a la hora de establecer las tarifas.

(658) La Orden CUD/330/2023[544], en vigor desde el 6 de abril de 2023, mantiene la misma prelación de criterios que la establecida en la Orden ECD/2574/2015, que establecía:

> *"El importe de la tarifa será mayor cuanto mayor sea el grado, la intensidad y relevancia del uso del repertorio, y la amplitud del mismo, así como cuanto mayores sean los ingresos económicos obtenidos por la explotación comercial y el valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión".*

(659) Los apartados 2 y 3 del artículo 5 de la citada Orden ECD/2574/2015 establecían:

> *"La determinación del grado de uso efectivo se realizará a través de la identificación individualizada de la utilización de las obras o prestaciones que formen parte del repertorio de la entidad de gestión correspondiente en los términos indicados, atendiendo a criterios mesurables y objetivos"*
>
> *"La intensidad del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario se identificará con el mayor o menor grado de uso cuantitativo de las obras o prestaciones que formen parte del repertorio representado por la entidad de gestión, de modo que una mayor utilización de las obras o prestaciones protegidas en la actividad del usuario indica un uso más intensivo del repertorio".*

---

[544] El artículo 2.1. de esta orden establece que "[e]*l importe de las tarifas generales se establecerá en condiciones razonables, atendiendo al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad de los usuarios, y buscando el justo equilibrio entre los titulares y los usuarios de los derechos*." A su vez, el artículo 4 establece los criterios para el establecimiento del importe de las tarifas generales, siendo el primero de ellos "el grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario", el segundo "la intensidad y relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario" y el tercero "la amplitud del repertorio de la entidad de gestión".

El artículo 13.2. de esta orden establece que: "[e]*xcepcionalmente, las entidades de gestión no estarán obligadas a establecer tarifas de uso efectivo en aquellos supuestos en los que de manera conjunta no sea posible reflejar en el precio por el uso de los derechos el grado de uso efectivo, la intensidad de uso y los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio en el conjunto de su actividad, por la dificultad o coste de delimitar o verificar éstos o porque el coste en la obtención y verificación de la información precisa en la determinación del grado de uso efectivo del repertorio y de su intensidad sea muy elevado, para la entidad de gestión o para el usuario, en relación con el precio que resultaría de aplicarse dicha variable.*

Igualmente, excepcionalmente, las entidades de gestión no estarán obligadas a establecer tarifas de uso puntual respecto de aquellas modalidades de explotación ajenas a este tipo de uso.

Ambas excepciones deberán motivarse, en caso de aplicación por las entidades de gestión, en la memoria económica a la que se refiere el artículo 17".

(660) Finalmente, el apartado 4 del artículo 13 de la citada Orden ECD/2574/2015 establecía:

> *"Excepcionalmente las entidades de gestión no estarán obligadas a establecer tarifas de uso efectivo en aquellos supuestos en los que de manera acumulativa no sea posible reflejar en el precio por el uso de los derechos, el grado real de uso efectivo, la intensidad real de uso y los ingresos económicos reales obtenidos por el usuario vinculados a la explotación comercial del repertorio en el conjunto de su actividad, por la dificultad y coste de delimitar o verificar éstos o porque el coste en la obtención y verificación de la información precisa en la determinación del grado de uso efectivo del repertorio y de su intensidad sea muy elevado, para la entidad de gestión o para el usuario, en relación con el precio que resultaría de aplicarse dicha variable. Las entidades de gestión no estarán obligadas a establecer tarifas de uso puntual respecto de aquellas modalidades de explotación ajenas a este tipo de uso. Ambas excepciones deberán motivarse, en caso de aplicación por las entidades de gestión, en la memoria económica a la que se refiere el artículo 17".*

(661) Si bien no corresponde en este expediente evaluar la conformidad de las distintas tarifas generales y acordadas aplicadas durante el periodo investigado a las previsiones de la legislación de propiedad intelectual, sí resultan relevantes los parámetros que la normativa considera que las tarifas han de reflejar.

Criterios jurisprudenciales para considerar abusivas las tarifas que no guardan relación con el uso efectivo

(662) Como se ha señalado *ad supra*, tanto la normativa sectorial como la práctica de la CNMC y la jurisprudencia en la materia (apartado 5.4.3.1.1) han establecido que, sin perjuicio de poder establecer tarifas por disponibilidad, alternativamente, **los entes que gestionan derechos de propiedad intelectual deben ofrecer tarifas que reflejen la intensidad de uso y el uso efectivo de su repertorio cuando ello resulta posible sin incurrir en costes desproporcionados**. La consecuencia de ello es que, si se da esta última posibilidad y **únicamente se ofrecen, de facto, tarifas que no guardan verdadera relación con el uso efectivo o cuando éstas no constituyen una verdadera alternativa a las tarifas no basadas en el uso efectivo del repertorio, el ente de gestión en cuestión podrá estar incurriendo en una práctica abusiva**.

(663) En efecto, de acuerdo con las resoluciones del Consejo de la CNC, confirmadas por el TS, en los asuntos 651/08 y S/157/09 EGEDA (ya citadas en el apartado 5.4.3.1.1) relativas al establecimiento de tarifas por parte de entidades de gestión, la imposición de tarifas que no atienden al uso efectivo del repertorio cuando existe información que permite aproximar el uso resulta abusiva por inequitativa. Son plenamente aplicables a este asunto las consideraciones del Consejo y las del TS en aquellos casos relativos a derechos de remuneración similares a los que son objeto de este expediente (respectivamente se trataba de derechos de artistas intérpretes o ejecutantes por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales y de comunicación pública de los productores audiovisuales a los establecimientos hoteleros por actos de comunicación pública en las habitaciones de los huéspedes) que gestionan entidades en posición dominante (monopolistas). En aquellos casos y en éste se analiza la

imposición por parte de una entidad de gestión dominante de tarifas de propiedad intelectual que no guardan relación con el uso efectivo cuando existía información que permitía aproximar la remuneración al uso efectivo, como se verá a continuación.

(664) En materia de adopción de tarifas por las entidades de gestión, cabe reiterar **la doctrina asentada** derivada de las resoluciones de la autoridad nacional de la competencia (confirmada por la jurisprudencia contenciosa y plenamente coincidente con la jurisprudencia civil[545]) y que puede sintetizarse en los siguientes puntos, en lo que atañe al presente expediente:

- en primer lugar, **la mera comunicación de tarifas generales a la administración competente no garantiza que éstas sean razonables y equitativas**[546], al contrario de lo que defiende SGAE en sus alegaciones a la PR[547];
- en segundo lugar, **el mero hecho de que se haya producido una negociación con los usuarios, tampoco garantiza que las tarifas "negociadas" sean razonables y equitativas**[548], en contra de lo que también ha venido defendiendo SGAE[549]; resulta a este respecto evidente, que si las tarifas generales resultan elevadas y existe la posibilidad de negociar unas tarifas particulares, el usuario preferirá entablar una negociación, lo cual no es óbice para que el ente de gestión, que ostenta una oposición de dominio, explote su poder de mercado para establecer, en el marco de dicha negociación, unas tarifas particulares abusivas.
- en tercer lugar, y en relación con lo que acaba de apuntarse, **la fijación unilateral de las tarifas generales por la entidad dominante, aun de no imponerse en la práctica, puede servir como instrumento de presión en el proceso negociador** tal y como se ha razonado *supra* (párrafos (646) a (655)); ha apuntado en este sentido la Sala Primera del TS, en sentencias de 18 de febrero y 7 de abril de 2009 que:

  "[…] resulta evidente que el hecho de no llegar a un acuerdo en un proceso negociador no puede convertirse en un criterio justificado para la imposición de unas tarifas más gravosas que aquellas que responden objetivamente a criterios

[545] SSTS de 18 de febrero de 2009, 7 de abril de 2009 (RJ 2009/ 3286 y RJ 2009/ 3289), 13 de abril de 2010 y 15 de septiembre de 2010 (todas de la Sala Primera de lo Civil), establecen los criterios para la fijación de la remuneración, no considerando que las tarifas generales sean de aplicación automática, sino que el propio órgano judicial se reserva la posibilidad de no aplicarlas en el caso de que considere que no son equitativas.

[546] STS, Sala de lo Civil, de 13 de diciembre de 2010: "*no es aceptable la posición de la sentencia recurrida […] por el hecho de que la Administración no haya puesto objeciones, puesto que la LPI no le atribuye facultades de aprobación de las tarifas, sino una mera facultad para la recepción de la comunicación […]".*

[547] Párrafo 7 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución, (folio 20.544).

[548] Resolución TDC de 27 de julio de 2000, Expte. 465/99, Propiedad Intelectual Audiovisual.

[549] Véase, por ejemplo, el párrafo 57 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución, (folio 20.563).

de equidad ponderados en función de las tarifas aplicadas a otros organismos en los correspondientes convenios".

(665) Por lo que respecta a la jurisprudencia del TJUE, también citada *supra*, en la cuestión prejudicial C-372/19 (*SABAM*) el Tribunal de Justicia recordó la doctrina según la cual *"la remuneración aplicada por una entidad de gestión colectiva debe tener en cuenta la cantidad de obras musicales protegidas por los derechos de autor realmente utilizada"*. En esta línea el Tribunal de Justicia en su sentencia *Kanal 5*[550] señaló que una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual no abusa de su posición de dominio si aplica una remuneración a las televisiones privadas por la difusión de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual si la tarifa:

"i. corresponden a una parte de los ingresos de esas cadenas,

ii. "siempre que dicha parte sea globalmente proporcional a la cantidad de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual realmente emitida o que pueda emitirse y salvo que exista otro método que permita identificar y cuantificar de forma más precisa la utilización de dichas obras, así como la audiencia,

iii. sin que por ello aumenten desproporcionadamente los gastos a que da lugar la gestión de los contratos y el control de la utilización de dichas obras".

(666) Aunque este pronunciamiento no se refiere al mercado español y se ciñe al uso por parte de emisoras de televisión del repertorio musical de un monopolista de hecho, los principios enunciados son plenamente aplicables al uso del repertorio musical de una entidad de gestión por parte de emisoras de radio y al uso del repertorio musical y audiovisual por parte de emisoras de televisión por tratarse en ambos casos de la imposición por parte de un operador con posición de dominio de tarifas por el uso de obras protegidas por derechos de propiedad intelectual a un grupo de usuarios que las emplea como insumo para elaborar su programación.

(667) A la vista de la práctica y la jurisprudencia descrita, a continuación se analizarán tanto para las emisoras de radio como para las emisoras de televisión si se dan las notas que de acuerdo con la jurisprudencia determinan que sea abusivo por inequitativo establecer unas tarifas que no guardan relación con el uso efectivo: que habría sido factible diseñar y aplicar tarifas basadas en el uso efectivo empleando para ello información disponible y sin que ello aumentase desproporcionadamente los costes de gestión.

[550] Sentencia de 11 de diciembre de 2008, Kanal 5 y TV-4, C-52/07, ECLI:EU:C:2008:703, apartado 41. En este caso la cuestión prejudicial se refería a las tarifas de una entidad sueca en situación de monopolio de hecho en el mercado de la puesta a disposición de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual con la finalidad de su difusión por televisión. Esta entidad establecía a las televisiones una remuneración por la percepción de derechos de comunicación que correspondía a un porcentaje de sus ingresos que variaba en función de la música emitida.

(668) Con carácter previo a este análisis procede recordar que la regulación indica con respecto a los repartos (art. 159 TRLPI) que ha de "*garantizarse que la participación de los titulares en el reparto sea proporcional a la utilización de sus obras y prestaciones protegidas y, en consecuencia, a la recaudación que contribuyan a generar para la entidad de gestión*". Como se verá, para efectuar, de acuerdo con la normativa aplicable, los repartos entre sus socios de lo que recauda tanto de emisoras de radio como de emisoras de televisión, la SGAE parte del uso efectivo de obras de su repertorio, por lo que dispone necesariamente de esa información.

5.4.3.2.1.1.1. Emisoras de radio

(669) En primer lugar, por lo que respecta a las emisoras de radio, debe recordarse, que ha quedado acreditado que, durante el periodo analizado en convenios y acuerdos de la SGAE con emisoras de radio, **tan sólo se han aplicado tarifas por disponibilidad promediada que no guardaban relación con el uso efectivo del repertorio musical** ya sea sobre la base de las tarifas generales o en virtud de convenios o acuerdos.

(670) En segundo lugar, se ha acreditado que **la SGAE dispone de información pormenorizada sobre la emisión de obras de su repertorio musical por parte de las emisoras de radio**. De acuerdo con la propia SGAE (véase párrafo (395))[551]:

> *"el método actual permite una identificación de prácticamente del 100% de utilización del repertorio en todas las emisiones en cadena nacionales o regionales y así como en una selección muestral de emisoras locales o independientes. Este sistema de identificación se realiza a través de un tercero (BMAT) que graba las programaciones y mediante uso de tecnología reconoce las obras explotadas en su base de datos".*

(671) De hecho, **la SGAE cuenta con esta información, pues es necesaria para el reparto de derechos según se hace constar en el artículo 194 de su reglamento**. La propia SGAE[552] indica (véase párrafo (478)), en relación con el reparto de los derechos provenientes de los derechos de radio, que el primer paso es [redacted]

(672) Por tanto, **la SGAE ya dispone de información que permitiría aproximar la remuneración al uso efectivo de su repertorio musical** por parte de las emisoras de radio y en consecuencia recabar esta información no supondría un coste desproporcionado en relación con la situación actual.

[551] Respuesta de la SGAE de 25 de mayo de 2023, folio no confidencial 11.249.

[552] Folio no confidencial 11.710 y folio confidencial 11.435 de la información complementaria de la SGAE de 9 de junio de 2023.

(673) En tercer lugar, en el caso de las emisoras de radio la CNMC ya ha señalado que es viable y no supondría un coste desproporcionado la elaboración y aplicación de tarifas por uso efectivo. En este sentido resulta destacable el informe de 18 de enero de 2018 emitido en el marco del procedimiento de determinación de tarifas de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (SPCPI) en el expediente E/2017/001 AGEDI-AERC[553]. En él se pronuncia la CNMC sobre una solicitud de informe de 13 de diciembre de 2017 relativo al procedimiento admitido a trámite por la SPCPI el 19 de mayo de 2017 en relación con la tarifa general por estos derechos aprobada conjuntamente por AGEDI y AIE y comunicada al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte el 6 de julio de 2016: *"esta CNMC entiende que la SPCPI debe centrarse en elaborar una tarifa por uso efectivo en el procedimiento de determinación de tarifas de referencia, dado que las características del sector radiofónico en España hacen viable la aplicación de este tipo de tarifa sin incurrir en costes excesivos de implementación y supervisión, evitándose la problemática que genera la convivencia de tarifas uso efectivo y disponibilidad promediada en un mismo ámbito"*.

(674) A su vez la SPCPI en su informe de 16 de noviembre de 2018[554] relativo a este mismo procedimiento estableció:

> *"1) Queda probado, con carácter general la factibilidad, de aportar por las emisoras de radio usuarias, al menos la intensidad real del uso del repertorio.*
>
> *2) La determinación de una TDP por la SPCPI desincentivaría la aplicación de la TUE por parte de algunas emisoras de radio cuya intensidad de uso sea superior a la media, dando al traste con la voluntad del legislador y la previsión jurisprudencial al respecto".*

(675) Asimismo, como se ha alegado por la SGAE y ATRESMEDIA, en 2016 la SGAE ha introducido unas tarifas generales por uso efectivo para emisoras de radio, mantenidas hasta las aprobadas en julio 2023, que no están siendo empleadas en la actualidad. Esto corrobora que la introducción de tarifas que reflejen el uso efectivo del repertorio musical de la SGAE por parte de emisoras de radio no supone un coste desproporcionado.

(676) Por tanto, se cumplen todos los requisitos señalados en la jurisprudencia nacional y comunitaria para considerar que **las tarifas por disponibilidad diseñadas y aplicadas por la SGAE a las emisoras de radio constituyen tarifas inequitativas pues: (i) no tienen en cuenta el uso efectivo del repertorio, (ii) la SGAE dispone ya de información sobre uso efectivo de su repertorio por parte de emisoras de radio y (iii) la introducción de unas tarifas basadas en el uso efectivo, -que supusieran una verdadera alternativa a las tarifas por disponibilidad- no supondría un coste desproporcionado**.

[553] INF/DC/235/17.

[554] E/2017/001, página 63.

(677) Teniendo en cuenta lo anterior y dada la especial responsabilidad de la SGAE como operador dominante, atendiendo a su elevadísima cuota de mercado en relación con el repertorio musical, la existencia de barreras a la entrada y la relevancia de su repertorio para emisoras de radio, esta Sala considera que resulta inequitativa la práctica de la SGAE consistente en diseñar y aplicar a las **emisoras de radio que emplean su repertorio musical una tarifa por disponibilidad que no guarda relación con el valor de uso de su repertorio por parte de las emisoras radiofónicas, siendo factible el diseño y empleo de tarifas equitativas que guarden relación con el grado de uso efectivo**.

5.4.3.2.1.1.2. Emisoras de televisión

Sobre las tarifas

(678) En primer lugar, por lo que respecta a las emisoras de televisión, procede recordar que se ha acreditado **que la tarifa por disponibilidad ha sido empleada por todas las emisoras de televisión nacionales con las escasas excepciones mencionadas *supra*** (párrafos (633) y (634)). Así, durante el periodo analizado el grueso de las emisoras de televisión que representa una parte mayoritaria de la audiencia ha pagado una TDP independiente del uso efectivo del repertorio musical y audiovisual de la SGAE.

(679) En segundo lugar, se ha acreditado que la SGAE emplea mediciones de uso efectivo para el reparto de derechos entre sus socios (apartado 4.4.1). En cuanto a la información sobre el reparto, el propio Reglamento de la SGAE establece en su artículo 201 que es necesario clasificar las obras del repertorio de la SGAE que emplea un emisor de televisión en alguno de los grupos previstos (que incluyen entre otros, obras de pequeño derecho, de gran derecho y obras audiovisuales).

(680) Como se ha señalado (véase párrafo (473)), la SGAE indica que, para efectuar el reparto, en primer lugar, [redacted].

(681) Por tanto, se ha acreditado que **la SGAE ya dispone de información relativa al uso efectivo de su repertorio por parte de las emisoras de televisión** pues es necesaria para efectuar el reparto de acuerdo con su reglamento.

(682) En tercer lugar, la propia existencia de una TUE general durante el periodo analizado (véase apartado 4.2.2) muestra que **el establecimiento de unas tarifas relacionadas con el uso es factible y no desproporcionadamente costoso**.

(683) Así, se dan todos los requisitos jurisprudenciales para considerar que la SGAE ha diseñado y aplica una estructura tarifaria inequitativa a las emisoras de televisión que emplean su repertorio musical y audiovisual: (i) se aplica muy mayoritariamente una tarifa que no guarda relación con el uso efectivo por ser la TDP más barata que la tarifa de uso efectivo general dado el tiempo de uso de

los contenidos por las emisoras; (ii) la SGAE dispone ya de información sobre uso efectivo de su repertorio por parte de emisoras de televisión; y (iii) no comportaría un coste desproporcionado diseñar y aplicar unas tarifas que resultaran en que las emisoras de televisión pagasen a la SGAE en función del uso efectivo de su repertorio.

(684) Dada la posición de la SGAE en los mercado analizados, su estructura y la relevancia de su repertorio para las emisoras de televisión, **se considera que el diseño y la aplicación de las tarifas la SGAE para las emisoras de televisión son inequitativos y van más allá de la competencia en los méritos** pues las tarifas se sitúan en un nivel que hace antieconómico, para el grueso de las televisiones, optar por aquellas que tienen en cuenta el tiempo efectivo durante la que el usuario emplea el repertorio, determinando que a la mayoría de las emisoras se les apliquen tarifas por disponibilidad que no guardan relación con el uso efectivo.

Sobre la transparencia en el desglose de pagos sobre derechos audiovisuales y musicales

(685) Por otra parte, **los operadores de televisión consultados**, que suponen una parte muy significativa de la audiencia en España y **que emplean tanto obras musicales como audiovisuales del repertorio de la SGAE, desconocen el desglose de sus pagos a la SGAE** ya que ésta no les informa sobre este extremo. En particular, **los operadores ignoran qué cantidades abonadas corresponden a derechos musicales y cuáles a derechos audiovisuales. Ignoran, asimismo, dentro de los derechos audiovisuales cuáles corresponden al repertorio de DAMA y cuáles al de la SGAE** (apartados 4.2.4.3 y 4.2.4.4). Así, ha quedado acreditado que la mayor parte de las emisoras de televisión que operan en España desconocen la amplitud del repertorio de la SGAE, de modo que no conocen a qué repertorio corresponden los pagos que realizan:

- RTM indica no puede "*clasificar los importes que corresponden a obras audiovisuales y a obras musicales, toda vez que se efectúa un único pago en el que se incluye todo el repertorio, sin diferenciarlo*"[555].

- EITB enfatiza la falta de transparencia en cuanto al repertorio a que corresponde cada obra (párrafo (417)).

- ATRESMEDIA indica que "*no podemos aportar el dato desglosado según su pertenencia al repertorio gestionado por cada entidad de gestión ya que carecemos de dicha información*". En cuanto al reparto de la amplitud de repertorio entre DAMA y la SGAE señala que "*no conocemos los criterios que han aplicado estas entidades para fijar dicho reparto de amplitud*". En relación con las obras musicales también indica desconocer su "*desglose entre los posibles repertorios de las distintas entidades y OGIs*"[556]. En su escrito de

[555] Folio no confidencial 9.812.

[556] Folio no confidencial 9.332.

alegaciones ATRESMEDIA sostiene que esta falta de transparencia es extensible a las emisoras de radio.

- MEDIASET ha trasladado que de las cantidades totales pagadas a la SGAE no resulta posible desagregar qué parte remunera obras musicales y qué parte remunera obras audiovisuales. También desconoce qué parte del repertorio audiovisual gestionan DAMA y la SGAE (párrafos (431) y (432)).

- [redacted]

- [redacted].

- [redacted].

(686) Por su parte, TELEFÓNICA señala que ha venido liquidando a la SGAE por el servicio de televisión, en su conjunto, sin desglose por categoría de derechos (sin diferenciar derechos exclusivos ni de remuneración) ni por sujetos pasivos (reproducción – productora, comunicación al público – plataforma). Asimismo, afirma que tampoco se identifica el catálogo representado por la SGAE.

(687) Como se ha señalado (apartado 5.4.3.1.2), el Consejo de la CNMC ha recordado en repetidas ocasiones **que las entidades de gestión monopolistas tienen un deber especial de transparencia**. En varias resoluciones ha subrayado la importancia de que las condiciones de acceso de distintos usuarios de contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual fueran transparentes para poder verificar que las tarifas no eran abusivas por discriminatorias. En el presente caso, en el periodo considerado, la SGAE no es monopolista en los mercados analizados, si bien es cuasi monopolista en los mercados relacionados con derechos musicales (con cuotas próximas al 100%

[557] Folio confidencial salvo para la SGAE 9.800, 8.151 versión no confidencial, 8.145 versión confidencial.

[558] Folio 10.698 confidencial para todos salvo para la SGAE.

en determinadas métricas) y contaba con una cuota de mercado superior al 80% y protegida por barreras de entrada en 2016 y 2017 en relación con los derechos audiovisuales analizados en el expediente.

(688) Asimismo, en este caso se analiza la opacidad de la SGAE no con respecto a las condiciones de acceso de terceros usuarios al repertorio de la entidad de gestión, sino con respecto al concreto repertorio musical y audiovisual por el que la SGAE factura a las televisiones usuarias y a la porción de la facturación que corresponde a cada tipo de derecho.

(689) **Esta falta de transparencia del operador dominante se proyecta sobre un parámetro de competencia relevante: su concreto repertorio y qué parte del importe total facturado corresponde a derechos relacionados con su repertorio audiovisual y qué parte a derechos relacionados con su repertorio musical que corresponden a mercados distintos en los que operan distintas entidades**. Corresponde recordar que la amplitud del repertorio es el tercer criterio que de acuerdo con el TRLPI ha de tener en cuenta las entidades de gestión al establecer sus tarifas generales (tras el grado de uso efectivo y la intensidad y relevancia del uso) (párrafo (153)). Además, esta opacidad es particularmente relevante en el periodo investigado, pues durante el mismo nuevos operadores tratan de hacerse hueco en el mercado (particularmente a partir del año 2020 en el ámbito musical y previamente en el ámbito audiovisual) que ven, por ello, todavía más limitada su capacidad de crecimiento frente a un operador dominante, con un amplio repertorio, como SGAE.

(690) Debemos subrayar, nuevamente, a este respecto, que, si bien DAMA dio un salto relevante en 2018 en términos de cuota de mercado en relación con los derechos del artículo 90.4 TRLPI, ello no se enmarcó en una dinámica normal del mercado que se hubiera caracterizado por el ejercicio de una presión competitiva constante sobre la SGAE por parte de otros operadores. La pérdida de cuota de mercado de la SGAE frente a DAMA se debió a un suceso excepcional, como es el trasvase en bloque de los derechos de un número importante de autores audiovisuales, fruto de la decisión puntual, por parte de las entidades de gestión anglosajonas, de cambiar de entidad nacional con la cual suscribir sus acuerdos de reciprocidad (párrafo (591)). A la vista de la evolución relativa de las posiciones de la SGAE y sus competidores en los años anteriores – incluida la propia DAMA que opera en España desde 1999 –, resulta evidente que los mercados afectados se habían caracterizado, hasta entonces, por una posición preeminente y constante de la SGAE cuyo amplio repertorio le confería una ventaja competitiva difícilmente disputable.

(691) Por tanto, a la vista de la fortaleza de la posición de dominio de la SGAE durante el periodo investigado, de la estructura competitiva de los mercados afectados por las conductas analizadas y de la relevancia del repertorio de la SGAE para que los operadores de televisión puedan elaborar sus programaciones, pesaba necesariamente la SGAE una obligación de transparencia para con dichos usuarios a la hora de desglosar sus pagos. Tal y como se ha acreditado, la SGAE

incumplió tal obligación de transparencia impidiendo que las televisiones usuarias pudieran conocer la porción de la facturación correspondiente al uso de cada repertorio de tal modo que pudiesen comparar las propuestas de valor de los competidores de la SGAE.

5.4.3.2.1.2. Aptitud para restringir la competencia

(692) A continuación, se analizará si el diseño y aplicación por parte de la SGAE de tarifas por disponibilidad, bien por ser exclusivamente éstas las aplicadas en la práctica en el caso de las emisoras de radio o bien por ofrecerse junto con unas tarifas por uso efectivo antieconómicas frente a las tarifas por disponibilidad para el grueso de las televisiones (en términos de audiencia e ingresos), han sido aptas para distorsionar la competencia. Para llevar a cabo este análisis han de tenerse en cuenta las circunstancias fácticas relevantes.

(693) En primer lugar, se valora la dominancia de la SGAE y los largos periodos en que ha disfrutado de elevadas cuotas de mercado, así como la existencia de significativas barreras legales y económicas (economías de escala, red y alcance, véase apartado 5.4.2.2.3) en el mercado. Así, se ha acreditado que en los derechos relativos a la reproducción y comunicación pública de obras musicales desde 2016 la SGAE ha tenido cuotas próximas al 90% o superiores durante todo el periodo analizado ya sea en términos de número de autores, de número de obras o de importe repartido a sus titulares (véase apartado 3.4.1.1.4). Por lo que respecta a los derechos de remuneración previstos en el art. 90.4 TRLPI correspondientes a autores de obras audiovisuales durante 2016 y 2017 la cuota de la SGAE fue de al menos 80% tanto en términos de importe repartido como de uso de repertorio ponderado en televisión (véase apartado 3.4.1.2.4.1).

(694) En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta que el repertorio de la SGAE, particularmente en el ámbito musical y hasta 2018 en el ámbito audiovisual, constituye un insumo muy relevante para que las emisoras puedan elaborar su programación (en concreto el repertorio musical por parte de las emisoras de radio y los repertorios musical y audiovisual por parte de las emisoras de televisión)[559].

(695) En tercer lugar, debe ponderarse el hecho de que la práctica afectara a todas las emisoras de radio nacionales y a la mayoría de las emisoras de televisión nacionales (medidas en términos de audiencia y de ingresos). Estos grupos de usuarios, emisoras de radio y televisión, están relativamente concentrados en comparación con los posibles usuarios de derechos musicales y audiovisuales y cuentan con carácter general con ingresos relevantes. Esta concentración se refleja en que en la radio generalista tres emisoras (SER, COPE y ONDACERO) han tenido una audiencia superior al 65% desde 2016 (véase párrafo (469)). Por

[559] Véase el fundamento jurídico segundo del asunto S/0156/09, AISGE en el que el Consejo recuerda sus resoluciones de 4 de febrero de 2008 en las que señaló sobre AIE y en conexión con la definición de mercado que "*las televisiones no pueden prescindir de su repertorio*".

lo que respecta a la televisión, la lineal ha supuesto en torno al 70% de la audiencia incluso contando el consumo de Internet (véase párrafo (471)) y más del 50% de la audiencia corresponde a únicamente dos grupos: ATRESMEDIA y MEDIASET (véase párrafo (470)). Por tanto, para los nuevos entrantes este concreto grupo de usuarios resulta especialmente relevante para poder acceder al mercado y expandirse. Así, puede apreciarse de los informes de gestión de la SGAE que una porción muy significativa de su recaudación total (en torno a la mitad del total) proviene de emisoras de radio y televisión[560] que emplean su repertorio musical y audiovisual (véase apartado 4.5). La práctica de DAMA es también consistente con lo anterior en relación a la relevancia de estos usuarios (véase párrafo (257)).

(696) En este contexto, **se considera que el diseño y la aplicación de las tarifas para emisoras de radio y televisión por el uso de su repertorio audiovisual y musical por parte de la SGAE han sido aptos para restringir la competencia en los mercados de referencia susceptibles de ocasionar efectos explotativos y exclusionarios**.

(697) Los precedentes citados *supra* en relación con las tarifas inequitativas (véase apartado 5.4.3.1.1) se centran en los efectos explotativos de estas prácticas, pues analizan situaciones en las que las tarifas son impuestas por monopolistas de hecho en mercados en los que no existían nuevos entrantes y concluyen que el establecimiento de tarifas inequitativas distorsiona los precios y las condiciones de mercado y habrían podido resultar en mayores costes que habrían podido ser trasladados a los consumidores finales.

(698) En este caso, **la imposición a las emisoras de radio y televisión de unas tarifas inequitativas que no guardan relación con el uso efectivo del repertorio (musical en el caso de las emisoras de radio y musical y audiovisual en el caso de las emisoras de televisión) supone también una distorsión de los precios y las condiciones de mercado. Con ello, las emisoras usuarias habrían sufrido un perjuicio directo y habrían podido pagar un precio superior pues en ausencia de esta práctica los pagos no habrían resultado inequitativos, se habrían correspondido con el uso efectivo del repertorio y las emisoras habrían podido ajustar su comportamiento y racionalizar el uso del repertorio de la SGAE**. Ha alegado ATRESMEDIA, en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución (reiterando lo ya señalado en su contestación al PCH) que en ausencia de esta práctica se habría podido recurrir también a la gestión individual directa[561].

(699) **Además de este efecto explotativo, en este caso la conducta es concretamente apta para generar efectos exclusionarios**. Como se ha señalado frente a los precedentes analizados relativos a tarifas inequitativas en

[560] Por ejemplo, del total de 297 millones de euros de ingresos de la SGAE, 132 millones de euros proceden de radiodifusión y cable (página 60 del informe de gestión de 2022, folio 12.246).

[561] Párrafo 71 de las alegaciones de ATRESMEDIA a la Propuesta de Resolución (folio 20.749).

los que solo existía un monopolista potencial, en los mercados analizados existen otros operadores, fundamentalmente DAMA en conexión con los derechos del art. 90.4 TRLPI sobre obras audiovisuales y UNISON en relación con los derechos de reproducción y comunicación pública de obras musicales. En este contexto, este sistema tarifario es susceptible de obstaculizar la expansión y entrada de competidores de la SGAE haciendo que les sea más difícil satisfacer parte de las necesidades de los usuarios. El Informe de la CNC de 2009 sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual antes citado argumenta extensamente[562] por qué las tarifas por disponibilidad constituyen una importante barrera de entrada.

(700) **Concretamente, en la medida en que el operador dominante que dispone de un repertorio muy relevante para los operadores de radio y televisión establece una tarifa que no tiene en cuenta el uso efectivo del repertorio (ya sea por no haber más opciones disponibles o por ser la única que resulta económicamente razonable para el usuario atendiendo al diseño del conjunto de opciones tarifarias), el usuario tiene pocos incentivos a contratar el repertorio de un proveedor alternativo, pues seguirá teniendo que pagar lo mismo por usar el repertorio del incumbente pese a emplearlo con menor intensidad**. Por el contrario, con unas tarifas por uso efectivo, los usuarios que pudiesen anticipar el uso y controlarlo y basarse en tarifas por uso efectivo podrían beneficiarse de una mayor competencia entre distintas alternativas y de una mayor posibilidad de gestionar sus costes.

(701) En relación con lo anterior, conviene precisar, adicionalmente, que la cesión de la gestión de un concreto derecho de propiedad intelectual a una entidad de gestión de derechos (o un OGI, en caso de no tratarse de un derecho de gestión colectiva obligatoria), sea de la categoría que sea, se considera exclusiva en favor de la entidad u OGI en cuestión lo que supone una barrera de entrada adicional para los operadores más modestos, cuyo repertorio es limitado, frente a operadores que gestionan un mayor número de derechos o derechos sobre obras particularmente relevantes.

---

[562] "*161. Esta tipología tarifaria constituye una barrera de entrada considerable. Si existe una entidad con poder de mercado que establece tarifas independientes del uso efectivo, las entidades entrantes, o los titulares que decidan competir gestionando individualmente sus derechos, tendrán mayores dificultades para hacerlo que si las tarifas son por uso efectivo.*

162. En el primero de los escenarios (tarifa por disponibilidad), si un usuario desea sustituir uso del repertorio de la entidad incumbente por uso del repertorio de una entidad competidora y/o acudir a la gestión individual, no tendrá muchos incentivos a hacerlo, puesto que la entidad incumbente no cambiará su tarifa utilice poco o utilice mucho el repertorio. Sin embargo, en el segundo de los escenarios (tarifa por uso efectivo), la entidad incumbente no cobrará lo mismo si el usuario reduce su consumo y, por lo tanto, el usuario tendrá incentivos a sustituir uso del repertorio de la entidad incumbente por el de las otras alternativas, lo que sin duda incrementará la competencia y disciplinará la conducta de la entidad incumbente.

163. En principio, los usuarios que pudiesen anticipar el uso y controlarlo, y optar por tarifas por uso efectivo, podrían beneficiarse de una mayor competencia entre distintas alternativas y de una mayor posibilidad de gestionar sus costes."

(702) Por tanto, en este caso en el que se ha acreditado que la SGAE tiene entre el 80% y el 100% de las obras, los autores y la recaudación (desde 2016 hasta la actualidad en el caso de los derechos musicales y en 2016 y 2017 en el caso de los derechos audiovisuales), establecer una TDP (sea como única opción o porque la TUE resulta antieconómica para la gran mayoría de usuarios) elimina los incentivos de los usuarios a emplear el repertorio de las restantes entidades u OGIs. Si un usuario desea emplear menos el repertorio de la SGAE y opta por sustituirlo parcialmente por el repertorio de un tercero continuará pagando la misma cantidad a la SGAE, pero además habrá de pagar el importe correspondiente a un tercero, de modo que el coste final será mayor. En otros términos, si hubiera existido una opción efectiva calificable de verdadera TUE para las emisoras de radio o si la TDP no hubiera constituido la única opción razonable respecto de la TUE general para la amplia mayoría de las emisoras de televisión, los usuarios habrían podido libremente decidir usar menos el repertorio de la SGAE y más el de terceros sin que ello hubiera supuesto necesariamente un mayor coste. Así, se habrían podido beneficiar de la competencia y habrían podido gestionar mejor los costes que comporta el uso de repertorios musicales y audiovisuales protegidos por derechos de autor. Al desincentivar estas tarifas que los usuarios contraten con operadores distintos de la SGAE resulta más difícil recaudar por el uso de contenidos protegidos. Y al caracterizarse este mercado por economías de escala y de red, la conducta dificulta que estos operadores atraigan a nuevos autores, lo cual a su vez restringe su capacidad de enriquecer el repertorio y atraer a nuevos usuarios.

(703) En suma, esta conducta de la SGAE ha tenido la aptitud de obstaculizar la entrada y expansión de competidores fortaleciendo su posición de dominio y de generar con ello efectos exclusionarios probables.

(704) Además, al no especificar en la aplicación de las tarifas a las emisoras de televisión, ni su cómputo, ni el repertorio sobre el que se proyectan de forma que pueda conocerse tanto el repertorio cuanto el importe que se paga por el uso de cada repertorio (musical o audiovisual), la SGAE habría impedido o al menos hecho muy difícil a sus usuarios identificar el coste real de cada uno de los conceptos. Con ello, la SGAE ha dificultado la comparación con las propuestas de valor de sus competidores, entorpeciendo la contratación de los usuarios con otros operadores y, consiguientemente, restringiendo el acceso a los mercados afectados en los que la SGAE mantiene una posición dominante. En ausencia de esta opacidad en la facturación y en el repertorio efectivamente cubierto las emisoras de televisión habrían podido valorar con mayor precisión la propuesta de la SGAE y compararla con las de terceros.

(705) En consecuencia, la acreditada falta de transparencia de la SGAE en cuanto a su repertorio al aplicar estas tarifas contribuye a dificultar la entrada y expansión de operadores alternativos, particularmente en relación a los OGI puesto que no distinguen entre el repertorio musical de gestión colectiva voluntaria y el repertorio audiovisual de gestión colectiva obligatoria (art. 90.4 TRLPI).

(706) Como se ha señalado (véase el párrafo (601)), tanto la jurisprudencia comunitaria como la nacional establecen que no es necesario que los efectos del abuso de la posición de dominio se produzcan en el mismo mercado en el que tiene lugar la conducta abusiva cuando se trata de mercados conexos. Así, en este caso los efectos de la conducta abusiva se producen tanto en los mercados aguas abajo definidos (en los que tiene lugar la práctica abusiva y en los que la SGAE es dominante) como en los mercados relacionados verticalmente de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores y editores musicales y audiovisuales (en los que SGAE también es dominante). Estos mercados están muy estrechamente relacionados porque unos se sitúan aguas arriba de otros, y por ser necesario disponer de obras de autores cuyos derechos gestionar (esto es, tener presencia aguas arriba) para poder operar aguas abajo concediendo autorizaciones para que los usuarios puedan emplear el repertorio gestionado. Como se ha razonado (véanse los párrafos (170) y siguientes) estos mercados verticalmente relacionados se influyen recíprocamente y pueden considerarse dos caras de un mercado, pues los operadores compiten por captar derechos para su repertorio y usuarios para sus autorizaciones. Además, en este caso se ha acreditado que SGAE es dominante tanto aguas arriba como aguas abajo al contar con altas cuotas de mercado, y caracterizarse estos mercados por sus elevadas barreras de entrada que incluyen las economías de red indirectas (por las que cuantos más autores tenga una entidad en su repertorio más atractiva resultará para el usuario y viceversa).

(707) Así, por un lado el mercado aguas arriba de gestión de derechos de autores y otros titulares de derechos sobre obras musicales (de gestión colectiva voluntaria) está verticalmente relacionado con los mercados aguas abajo de (i) concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual radiofónico, y (ii) concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual de televisión (lineal o a petición). Por otro lado, los mercados aguas arriba de gestión de derechos de remuneración (de gestión colectiva obligatoria) previstos en el artículo 90.4 del TRLPI correspondientes a cada uno de los tres tipos de autores de obras audiovisuales a que se refiere el artículo 87 del TRLPI (directores, guionistas y compositores de obras musicales creadas especialmente para la obra audiovisual) están verticalmente relacionados con el mercado aguas abajo de gestión de derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales a que se refiere el artículo 90.4 del TRLPI para el servicio de comunicación audiovisual de televisión (lineal o a petición).

(708) Al tratarse de mercados conexos muy estrechamente relacionados procede considerar no solo los efectos en el mercado en el que tiene lugar la práctica, sino también los efectos de la conducta abusiva en los mercados aguas arriba.

(709) En definitiva, se considera que esta conducta tiene aptitud para restringir la competencia pues es apta para generar efectos de exclusión al tener la capacidad para dificultar la entrada y expansión de otros operadores competidores de la SGAE y así como para generar efectos explotativos sobre

los usuarios. Así, con esta práctica que tiene lugar en los mercados aguas abajo de autorización de uso de su repertorio musical y audiovisual a emisoras de radio y televisión la SGAE se refuerza también en los mercados aguas arriba de gestión de derechos de propiedad intelectual de autores y editores musicales y audiovisuales.

5.4.3.2.1.3. Ausencia de justificación objetiva

(710) De acuerdo con la jurisprudencia nacional y de la Unión Europea, la concurrencia de una justificación objetiva determina que no quepa sancionar un abuso de posición de dominio, si bien corresponde la carga de la prueba de tal justificación objetiva a la parte que lo alega.

(711) En este caso la SGAE no ha alegado que concurra ninguna causa de justificación objetiva de la conducta analizada.

(712) Por lo que respecta a los usuarios de radio, se ha acreditado que la SGAE dispone de medios que permiten determinar el uso efectivo del repertorio de la SGAE por parte de las radios nacionales pues emplea estos medios para su reparto, disponiendo del informe BAT que de acuerdo con la propia la SGAE permite identificar prácticamente el 100% de las emisiones de cadenas nacionales (véase apartado 4.2.4) y ha introducido una TUE en sus tarifas generales de 2016 y hasta julio de 2023. En cuanto a los usuarios de televisión, como se ha señalado ya se ofrecen tarifas por uso efectivo a lo largo del periodo analizado y las emisiones de las televisiones se tienen en cuenta en los repartos. En consecuencia, no se considera que la introducción de tarifas equitativas que reflejen el valor y la intensidad de uso puedan suponer un coste económico ni tecnológico para la SGAE que impidiese su adopción tal y como se aborda con más detalle al contestar a las alegaciones de SGAE sobre esta cuestión (apartado 5.4.3.2.1.4.1.2.).

5.4.3.2.1.4. Respuesta a alegaciones de SGAE sobre el diseño y aplicación de sus tarifas en relación con el uso de obras musicales y audiovisuales no abordadas previamente

5.4.3.2.1.4.1. El hecho de aplicar una tarifa por disponibilidad no puede ser considerado una conducta constitutiva de abuso

(713) La SGAE rechaza la imputación de la Propuesta de Resolución **alegando que el hecho de aplicar una tarifa por disponibilidad no puede calificarse como una conducta abusiva atendiendo a la jurisprudencia del TJUE, a los precedentes y a la normativa sectorial** nacional que la DC habría interpretado de forma incorrecta[563].

[563] Párrafos 80 a 127 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.568 a 20.580).

(714) Apunta, a este respecto, a la existencia de **dos circunstancias que por sí solas excluirían la existencia de un abuso**:

(i) **el ofrecimiento a los usuarios de una tarifa por disponibilidad promediada constituye una obligación legal** (atendiendo a la orden de Metodología de tarifas, tanto en su versión de 2015 como la actualmente vigente de 2023, adoptadas en virtud del artículo 164.4 del TRLPI)[564];

(ii) **si bien esa misma regulación exige que, además de tarifas por disponibilidad, se ofrezcan, alternativamente, tarifas basadas en el uso efectivo**, **se prevé una excepción** a esta exigencia cuando la aplicación de una tarifación basada en el uso efectivo implique unos costes desproporcionados, lo que se daría en el presente caso.

(715) En relación con este último punto, **SGAE alega que la cuantificación precisa de las obras a efectos de recaudación incrementaría de manera desproporcionada los gastos en que incurriría SGAE**[565], tal y como habría acreditado mediante un informe técnico elaborado por su Departamento de Operaciones y que la SGAE presentó fuera de plazo en respuesta al PCH, tal y como ha hecho constar en párrafo (71) (en adelante, el **Informe Técnico**)[566].

(716) Sostiene, asimismo, la SGAE, que "*es evidente que la actual TDP por tramos aplicada a las radios permite "aproximar" el importe de la tarifa pagada por cada emisora de radio a la intensidad de uso efectivo que realiza esa emisora del repertorio de SGAE*" y reprocha a la DC que pese, a que en la Propuesta de Resolución se habría aceptado que no es necesario que una TUE se base en cuantificación exhaustiva, el órgano de instrucción no explicó por qué esa "TDP por tramos" no constituye una TUE adecuada que cumple con esa función de aproximación[567].

5.4.3.2.1.4.1.1. *Sobre* que se habría llevado a cabo una incorrecta interpretación de los precedentes, la jurisprudencia y la normativa nacional para concluir, indebidamente, que el mero hecho de ofrecer o aplicar una tarifa por disponibilidad constituye un abuso per se

(717) Apunta textualmente la SGAE en sus alegaciones que "***contrariamente a lo que afirma la DC*** [en la Propuesta de Resolución]*, de la jurisprudencia del TJUE citada se desprende claramente que, si bien la utilización de una TUE es recomendable,* ***la utilización de una tarifa por disponibilidad promediada no constituye un abuso per se*** *si una identificación más precisa de la utilización*

[564] Párrafos 93 a 103 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.571 a 20.573).

[565] Párrafos 106 a 122 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.573 a 20.579).

[566] "Informe técnico sobre el proceso de revisión de las emisiones de televisión y radio para identificar las obras a efectos de calcular el reparto de derechos por SGAE" de 19 de diciembre de 2023 (folios 17.899 a 17.906).

[567] Párrafos 104 a 105 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.573).

de las obras no se puede hacer sin que aumenten desproporcionadamente los gastos a que da lugar la gestión y el control de la utilización de dichas obras"[568].

(718) Insiste, asimismo, como acaba de apuntarse, en que el ofrecimiento a los usuarios de una tarifa por disponibilidad promediada constituye una obligación legal, no pudiendo por tanto considerarse un abuso.

Valoración de la Sala

(719) A lo anterior procede contestar, **en ningún momento el órgano de instrucción ha afirmado que, según la jurisprudencia del TJUE o la práctica decisoria de las autoridades de competencia, el mero hecho de ofrecer o aplicar una tarifa por disponibilidad constituya *per se* una práctica abusiva**.

(720) Como evidencia de lo anterior, se reproduce la siguiente afirmación de la DC contenida en la Propuesta de Resolución: "[e]*sta DC coincide con la SGAE en que la mera existencia de una tarifa por disponibilidad establecida por un operador dominante no es constitutiva de abuso per se. La jurisprudencia reseñada establece que puede resultar abusivo fijar tarifas que no reflejen el uso efectivo cuando es posible y no desproporcionadamente costoso hacerlo"*[569].

(721) **Tampoco se ha negado**, en la Propuesta de Resolución, **que la normativa nacional (concretamente la Orden de Metodología de tarifas[570]) establezca que deba ofrecerse una tarifa por disponibilidad y prevea que, en determinados supuestos, resulte aceptable que no se aplique una tarifa por uso efectivo. Lo que se ha subrayado durante la instrucción es que, atendiendo a la propia literalidad de la norma[571] esta última posibilidad de no establecer, como verdadera alternativa, una tarifa por uso efectivo se concibe en términos muy restrictivos, cuyos presupuestos no concurren en el presente caso**[572].

(722) Por tanto, **esta Sala no puede acoger la alegación** según la cual se habrían interpretado incorrectamente los precedentes, la jurisprudencia o la legislación

---

[568] Párrafo 90 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (énfasis añadido) (folio 20.571).

[569] Párrafo 675 de la Propuesta de Resolución.

[570] Ya sea en su versión de 2015 como la actualmente vigente de 2023.

[571] Artículo 13.4 de las Órdenes: "**Excepcionalmente** las entidades de gestión no estarán obligadas a establecer tarifas de uso efectivo en aquellos supuestos en los que de manera **acumulativa** no sea posible reflejar en el precio por el uso de los derechos, el grado real de uso efectivo, la intensidad real de uso y los ingresos económicos reales obtenidos por el usuario vinculados a la explotación comercial del repertorio en el conjunto de su actividad, por la dificultad y coste de delimitar o verificar éstos o porque el coste en la obtención y verificación de la información precisa en la determinación del grado de uso efectivo del repertorio y de su intensidad sea muy elevado, para la entidad de gestión o para el usuario, en relación con el precio que resultaría de aplicarse dicha variable".

[572] Véase el párrafo 681 de la Propuesta de Resolución.

para concluir, indebidamente, que la SGAE ha incurrido en una práctica abusiva consistente en la mera aplicación de tarifas por disponibilidad.

(723) **Al contrario de lo que sostiene la SGAE, no se reputa abusiva la mera existencia de tarifas por disponibilidad promediada** (que de hecho las Ordenes de metodología imponen aprobar, junto a una TUE y a una de uso puntual, con excepciones tasadas), **sino el diseño tarifario de la SGAE, apreciado en su conjunto y su aplicación en la práctica, en el contexto concreto de los mercados afectados, una vez analizadas todas las circunstancias del caso**.

(724) No cabe reprochar que, para llegar a esa conclusión, se hayan tenido en cuenta determinados precedentes y sentencias en los que se desgrana por qué resulta preferible una tarifa que refleje el uso efectivo y que ayudan a clarificar en qué circunstancias el establecimiento de tarifas que no guardan relación con el uso efectivo puede resultar anticompetitivo (i.e. cuando existe la posibilidad aplicar tarifas basadas en la utilización real del repertorio sin que ello resulte en costes irrazonables). Circunstancias que también refleja la literalidad de la normativa nacional vigente y que concurren en este caso concreto, en la medida en que, tal y como ha quedado acreditado, la SGAE habría podido fijar y aplicar tarifas basadas en el uso efectivo de su repertorio por parte de los usuarios, que representasen una verdadera alternativa a sus tarifas por disponibilidad, sin que ello implicase un aumento desproporcionado de los gastos. En cuanto a esta última cuestión, que sin duda resulta clave, ya se ha tratado en los párrafos (670) a (676) y (679) a (683) y vuelve a abordarse en el próximo apartado.

5.4.3.2.1.4.1.2. Sobre que la "cuantificación precisa" de la utilización de las obras a efectos de recaudación no es posible sin incrementar de manera desproporcionada los gastos en que incurriría la SGAE

(725) La SGAE sostiene, en sus alegaciones, que la acusación contenida en la Propuesta de Resolución consiste en no haber ofrecido tarifas de uso efectivo, a partir de una "*cuantificación precisa*" de la utilización de sus obras, de tal modo que "*los usuarios habrían podido identificar de manera exhaustiva todas las obras utilizadas*"[573]. Ello para reprochar, a continuación, que dicha exigencia resultaría irrazonable por suponer un incremento desproporcionado de sus costes de tarificación atendiendo al "*laborioso trabajo de revisión, comprobación y compleción*"[574] que implicaría para la SGAE.

(726) Para sostener esta última afirmación en relación con los pretendidos costes desproporcionados, introduce una serie de consideraciones sobre el proceso de identificación de los derechos empleados por los usuarios, apoyándose en el

[573] Párrafo 106 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.573).

[574] Párrafo 106 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.573).

Informe Técnico, presentado fuera de plazo, al que se ha hecho previamente alusión (párrafo (715))[575].

Valoración de la Sala

(727) Tales alegaciones tampoco pueden ser acogidas por los motivos que se exponen a continuación.

(728) En primer lugar, y como ya se señalaba en el párrafo (719), en **ningún momento se ha pretendido que la SGAE deba ofrecer tarifas de uso efectivo a partir de una** "***cuantificación precisa***" que permita a los usuarios "***identificar de manera exhaustiva todas las obras utilizadas***" (énfasis añadido) tal y como reprocha la SGAE en sus alegaciones. Antes, al contrario, la DC ha precisado, textualmente, en la Propuesta de Resolución, que "*ni en el PCH ni en esta PR ni en la doctrina de la autoridad nacional de competencia ni en la legislación de propiedad intelectual se indica que sea necesaria una cuantificación completamente exhaustiva y precisa de la utilización de las obras en el primer momento de la facturación para ofrecer una tarifa que refleje el valor de uso*"[576]. **Únicamente se ha hecho referencia a una "aproximación" al uso de las obras que forman parte del repertorio de la SGAE sin que sea "necesaria una extraordinaria precisión".**

(729) **Se debe por tanto partir de esa "aproximación sin necesidad de una extraordinaria precisión", como pauta de referencia, para valorar los argumentos de la SGAE en cuanto a que no podría ofrecer tarifas basadas en el uso efectivo de su repertorio**, que supusieran una alternativa económica razonable para los usuarios (respecto de sus tarifas por disponibilidad), sin incurrir en costes desproporcionados.

(730) Por lo que se refiere a las emisoras de televisión, la SGAE achaca las dificultades de tarificación asociada al uso de su repertorio a las siguientes consideraciones. La información de programación televisiva proviene del usuario, que proporciona regularmente a la SGAE un resumen de sus contenidos (Cue-sheet). Aunque los grandes operadores suelen ofrecer información completa, esta debe ser revisada y complementada. Por su lado, las televisiones más pequeñas tendrían tendencia a no proporcionar la información necesaria, lo que obligaría a la SGAE a un arduo trabajo para completarla. La recopilación y gestión de esta información se basa en los informes de las propias televisiones. La SGAE analiza detalladamente unos 88 de 298 canales existentes, mientras que el resto se aborda por analogía según el reglamento de la SGAE a lo que habría que sumar que la calidad de la información de algunas televisiones suele ser deficiente. La

[575] Dicho informe, que se anunció como prueba en las alegaciones de SGAE al PCH, fue presentado fuera de plazo, tal y como se señala en los antecedentes de hecho, por lo que no se tuvo en cuenta de cara a la elaboración de la Propuesta de Resolución. Si bien tampoco se ha presentado junto a las alegaciones a la Propuesta de Resolución, ha sido tomado en consideración, por parte de la Sala, garantizándose más allá de lo legalmente exigible, los derechos de defensa de la empresa imputada.

[576] Párrafo 702 de la Propuesta de Resolución.

SGAE realiza un control inicial de calidad y corrige errores detectados empleando un mecanismo de contraste y codificación automática y manual de las obras. Para afinar este proceso, se habría incorporado un mecanismo de contraste a través de la empresa BMAT que, sin embargo, estaría restringido a una parte de la programación y tendría un alcance limitado. A pesar de los esfuerzos, algunas utilizaciones no pueden identificarse, de tal modo que se ofrece a los socios la posibilidad de reclamar sus derechos, y se realizan identificaciones de oficio para abonar los derechos no identificados previamente[577].

(731) En cuanto las emisoras de radio, apunta la SGAE en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución que la recopilación y gestión de información para el reparto de derechos se lleva a cabo mediante un sondeo en diferentes emisoras representativas, seleccionadas en una muestra que varía de periodo en periodo, llegando a 213. Sostiene que recoger datos de todas las emisoras sería impracticable y costoso según se precisa en el Informe Técnico. El sistema implica grabar emisiones y cruzarlas con tecnología MRT. La empresa BMAT también presta su apoyo en el reconocimiento de títulos, aunque no todas las emisiones se identificarían, lo que lleva a solicitar certificaciones de uso a las emisoras. Para la música en publicidad, se identifica en el proceso de codificación, ya que MRT no es suficiente. El proceso concluye con la codificación automática y manual, permitiendo a los socios solicitar el "rescate" de derechos[578].

(732) Sostiene adicionalmente la SGAE, respecto de ambos tipos de usuarios (operadores de radio y televisión), invocando el Informe Técnico, que el proceso de acopio de datos se alarga en el tiempo al procesarse la información obtenida durante meses de cara al reparto trimestral, de los pagos recaudados, entre los titulares de los derechos. Concretamente, transcurrirían 6 meses entre el devengo y el reparto como consecuencia de los referidos procesos de recaudación, codificación, documentación y reparto.

(733) Atendiendo a tales explicaciones, **esta Sala no puede acoger el planteamiento de la SGAE de que resultaría irrealizable aplicar una tarifa de uso efectivo basada en el empleo de su repertorio en los términos expuestos ("aproximación sin necesidad de una extraordinaria precisión") sin incurrir en costes desproporcionados.**

(734) **De entrada, no resulta razonable que se achaque dicha imposibilidad a una cuestión de decalaje temporal, cuando la propia SGAE reconoce en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución que el trabajo realizado por** la **SGAE "*permite llegar a una calidad suficiente de información para poder distribuir los derechos recaudados*"**[579].

[577] Párrafos 110 a 112 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.575).

[578] Párrafo 113 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.575).

[579] Párrafo 115 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.575).

(735) Por lo que se refiere, más concretamente, a las emisoras de televisión, tal y como se recoge en los párrafos (679) a (684), la SGAE cuenta con información relativa al uso efectivo de su repertorio por parte de estos operadores por ser éste necesario para el reparto de los derechos entre sus socios por imperativo de la normativa sobre propiedad intelectual.

(736) Asimismo, como señalaba acertadamente el órgano de instrucción en la Propuesta de Resolución, las tarifas generales de 2015 y las de 2023 para operadores de televisión preveían tarifas por uso efectivo. Concretamente, las tarifas de 2023, previas a las aprobadas en julio de 2023, establecen (véase párrafo (375)) que "*en el caso general de las **TUE**, para la fijación de la tarifa se atenderá al grado de utilización temporal de las obras (presencia en su programación)en relación con el total tiempo de emisión, aplicando proporcionalmente la que corresponda a cada repertorio de obras, en relación con las siguientes tarifas que corresponden a un supuesto de uso de las obras durante el 100% del tiempo total de emisión*" (en relación a las tarifas 2015 véase el párrafo (382)). Adicionalmente, y como acaba de verse a partir de las propias explicaciones de la SGAE en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, así como en el apartado de hechos probados (véase párrafo (383)), en ambas tarifas generales se prevé que quienes se acojan a esta tarifa han de entregar un informe expedido por un instituto independiente y de reconocido prestigio sobre el uso del repertorio musical y audiovisual. De hecho, en su escrito de alegaciones, la propia SGAE reconoce que en el caso de las tarifas por uso efectivo son las televisiones las que incurren en costes de gestión al indicar que "*optar por la TDP también permite a las televisiones no tener que incurrir en los costes de gestión que serían indispensables para estar permanentemente midiendo y controlando el grado de uso efectivo de dicho repertorio en sus programaciones*"[580]. Así pues, las propias declaraciones de la empresa imputada reflejan que es factible para SGAE diseñar y aplicar tarifas que reflejen el uso efectivo del repertorio por parte de las emisoras de televisión sin que ello le suponga un coste desproporcionado.

(737) En lo que respecta, de forma más específica, a las emisoras de radio, se ha visto en los párrafos anteriores (670) a (672) (véase también el párrafo (478)), que la SGAE también cuenta con amplia información sobre el uso efectivo de su repertorio por parte de emisoras de radio y que la normativa vigente también exige disponer de información sobre el uso del repertorio para proceder a los repartos. Concretamente el artículo 159 l) del TRLPI, en materia de contenido obligado de los Estatutos de las entidades de gestión, indica al respecto lo siguiente:

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

[580] Párrafo 177 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.593).

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

(738) Por otro lado, la propia SGAE ha mantenido en sus tarifas generales de radio de 2023 (como viene haciendo desde 2016, y hasta la aprobación de las tarifas generales de fecha julio 2023, en la que se elimina) una tarifa de uso efectivo. Tal y como ha apuntado el órgano de instrucción, en la propia memoria de estas tarifas, la SGAE reconoce la obligatoriedad de introducir una tarifa por uso efectivo al indicar que *"[l]a tarifa actual, adapta la tarifa preexistente a las disposiciones contenidas en la Orden ECD/2574/2015, en especial a la obligación de ofrecer al usuario una tarifa por uso efectivo (TUE) y una tarifa por disponibilidad promediada (TDP)"* (véase párrafo (360)).

(739) Dicha tarifa no se limita a reflejar la intensidad de uso, sino que tal y como consta en los hechos acreditados (véanse los párrafos (364) y (365)) la tarifa en cuestión se proyecta sobre el uso efectivo del repertorio por parte de las emisoras de radio. También procede destacar que, respecto de las tarifas generales de 2023, en la versión previa a las de 4 de julio 2023 (véase folio 10.653) se indique que "[*e]n el caso de que la entidad opte por la tarifa de uso efectivo, deberá presentar un informe expedido por un instituto independiente y de reconocido prestigio, en el que conste el porcentaje de uso del repertorio musical sobre el total tiempo de emisión de cada uno de sus centros emisores, con el detalle de los usos por cada día de emisión integra de cuatro semanas elegidas del semestre anterior a la fecha de solicitud*". Se hace así recaer, sobre la emisora usuaria, la obligación de presentar un informe expedido por un tercero independiente detallando los usos realizados. Ello refleja, por tanto, que también resulta viable para la SGAE aplicar una tarifa por uso efectivo a las emisoras de radio sin incurrir en costes desproporcionados.

(740) A mayor abundamiento, esta conclusión se ver reforzada por lo que también apunta acertadamente la DC en su Propuesta de Resolución en cuanto a que, en la propuesta que formuló la SGAE a la AERC en 2020 y que la SGAE anexó a su escrito de alegaciones al PCH se indica[581] lo siguiente, en referencia a la resolución SPCPI en el expediente de determinación de tarifas suscitado por otras entidades de gestión frente a AERC (E/2017/001/AGEDI-AIE/AERC):

"La SPCPI considera factible determinar la intensidad de uso real de las emisoras e impone dicha obligación al usuario.

Si una emisora no proporciona información sobre la intensidad de uso de repertorio se aplicará el % máximo de intensidad i (%) al tipo tarifario".

[581] Anexo nº 4 al escrito de alegaciones de SGAE al PCH. Folio no confidencial 17.736.

5.4.3.2.1.4.1.3. Sobre que la actual tarifa por disponibilidad promediada permite "aproximar" el uso efectivo del repertorio de SGAE

(741) Como acaba de verse, en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, **la SGAE defiende que la DC le habría impuesto un estándar irrazonable, al exigirle una tarifa por disponibilidad que permitiese una "*cuantificación precisa*"** de la utilización de sus obras, de tal modo que se permitiese a los usuarios "*identificar de manera exhaustiva todas las obras utilizadas"* (párrafos (725) a (729)).

(742) **Paradójicamente, en el mismo escrito de alegaciones, la SGAE reconoce que "*la PR acepta que la TUE no exige una cuantificación precisa de la utilización de las obras* […] *sino que bastaría con utilizar variables que permitan "aproximar" el uso efectivo*"**[582].

(743) **Ello para defender que la actual tarifa de disponibilidad promediada por tramos que la SGAE aplica a las radios cumpliría con ese estándar de aproximación al uso efectivo, no pudiendo ser tachado de abusivo**.

Valoración de la Sala

(744) **Esta Sala no puede acoger el planteamiento de la empresa imputada en cuanto a que la TDP por tramos que aplica a las radios cumpliría con la exigencia que se ofrezca a los usuarios de radio una tarifa, razonable[583], que, sin establecer una cuantificación precisa, les permita "aproximar" el uso efectivo que hacen del repertorio de la SGAE**.

(745) Tal y como se recogía en el apartado de hechos acreditados (párrafos (369) a (373)), esta tarifa de disponibilidad promediada "por tramos" consiste en cobrar un determinado porcentaje sobre la totalidad de los ingresos de la entidad radiodifusor, que se determina a partir de tres posibles coeficientes. Tales coeficientes se asocian a tres posibles tramos de uso del repertorio de la SGAE:

- Categoría A: hasta un 10% de su tiempo de emisión total.
- Categoría B: entre el 10% y el 70% de su tiempo de emisión total.
- Categoría C: más del 70% de su tiempo de emisión total.

(746) Si bien estas tarifas tienen en cuenta un parámetro relacionado con el uso del repertorio musical de la SGAE que realizan las emisoras de radio, la información que puede extraerse del mismo es altamente imprecisa, en primer lugar, porque la amplitud de estos tramos porcentuales de utilización es muy amplia (10%, 60% y 30%, respectivamente). Tampoco se hace un desglose, ya sea aproximado, de las obras empleadas.

[582] Párrafo 86 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.569).

[583] "Razonable" en el sentido de que pueda funcionar como una verdadera alternativa a las tarifas de uso por disponibilidad promediada.

(747) **Una cosa es no exigir una "cuantificación precisa" que permita a los usuarios identificar "de manera exhaustiva todas las obras utilizadas" y otra, muy distinta, es pretender que el mero hecho de tener en cuenta cualquier variable relacionada con la utilización del repertorio, sin importar su nivel de detalle, permita satisfacer el requisito de "aproximación" que debería cumplir una tarifa de uso efectivo razonable.**

5.4.3.2.1.4.2. Otras alegaciones relativas a las tarifas aplicadas a operadores de radio y televisión

(748) Además de los planteamientos de carácter más general que acaban de analizarse en cuanto a que las TDP no pueden considerarse abusivas, la SGAE invoca en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución determinadas cuestiones más específicas en relación con las tarifas que aplica a radios y televisiones que se abordan a continuación[584].

5.4.3.2.1.4.2.1. Tarifas de radio

(749) Por lo que se refiere, concretamente, a las tarifas de radio, la SGAE sostiene que la acusación formulada en la instrucción "*se basaba en una premisa radicalmente incierta: que, hasta la introducción en 2023 de una TUE para las emisoras de radio, SGAE supuestamente solo ofrecía a las emisoras de radio la posibilidad de acogerse a una TDP y no ofrecía una TUE*"[585].

(750) Defiende, en relación con lo anterior, que "*aprobó en 2016 una tarifa de uso efectivo siguiendo criterios objetivos*"[586] que "*en ningún caso puede considerarse inequitativa*" y reprocha al órgano de instrucción no haber "*explicado cuál es el importe que se considerará adecuado y cuál es el límite por encima del cual se considera que la tarifa sea abusiva*"[587].

(751) Apunta asimismo la SGAE que, en 2016, "informó de la aprobación de las tarifas por uso efectivo a todos los radiodifusores"[588] y que en 2020 volvió a ofrecer a la AERC la aplicación de una TUE[589], pero que no habría sido aceptada por las propias radios, no pudiendo por tanto a SGAE que no tenga una tarifa que guarde relación con el uso efectivo. Sostiene que dicha elección responde a determinadas ventajas inherentes a la propia naturaleza de las TDP consistentes en menores costes de transacción, predictibilidad de los precios, mayor libertad a la hora de contratar sus programas y que por su propia naturaleza la TDP

[584] Párrafos 128 a 187 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.580 a 20.595

[585] Párrafo 128 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.580).

[586] Párrafos 131 a 134 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.581).

[587] Párrafo 132 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.581).

[588] Párrafos 135 a 139 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.581 a 20.583).

[589] Párrafos 140 a 145 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.583 a 20.584).

implica una mejor tarifa para los usuarios que llevan a cabo un uso más intensivo de los derechos del repertorio de la SGAE[590].

(752) También alega que en 2023 aprobó unas nuevas tarifas generales que ofrecían a las radios la posibilidad de elegir entre una TUE y una TDP[591]. Defiende, asimismo, en relación con lo anterior que imposibilidad de aplicar la TUE demostraría que no ha existido un comportamiento abusivo por parte de SGAE[592].

Valoración de la Sala

(753) Esta Sala no puede acoger las alegaciones formuladas por los motivos que se detallan a continuación.

(754) Como se ha reflejado en los hechos acreditados de la presente Resolución, que no han sido modificados ni matizados respecto de la Propuesta de Resolución, **el órgano instructor reconoce expresamente que, en 2016, la SGAE ya preveía una TUE cuyo importe se asociaba, al menos formalmente, al uso efectivo de su repertorio** (véanse los párrafos (369) a (394)).

(755) **Ello no quita que, como ha reconocido la propia SGAE, hasta dónde se prolongan los hechos investigados, solo se hayan aplicado, en la práctica, las tarifas generales de 2015 que no incluyen una TUE**. Como ha afirmado la propia SGAE durante la instrucción: "*[d]ado que* la *SGAE no alcanzó un acuerdo con los radiodifusores para la aplicación de las tarifas aprobadas en 2016, hasta el momento se han estado aplicando las tarifas anteriores*[593]". Ello fue asimismo confirmado por las emisoras de radio consultadas y la AERC (véase el apartado 4.2.4).

(756) Lo anterior no cuestiona que, en la práctica, no se haya aplicado una TUE a las radios, ni permite, por tanto, refutar las conclusiones alcanzadas en esta resolución en cuanto a que se ha aplicado a estos usuarios tarifas abusivas por inequitativas en relación con su repertorio musical (véanse las explicaciones incluidas a continuación y, anteriormente, los párrafos (650) a (655), donde se valora que la aprobación por la SGAE de unas tarifas generales muy superiores a las efectivamente aplicadas ha podido contribuir a la estrategia de SGAE de presión en las negociaciones para asegurar el mantenimiento de tarifas inequitativas).

(757) Por lo que se refiere a las negociaciones con la AERC, deben apuntarse una serie de precisiones que ya realizó el órgano instructor.

(758) **La propuesta que la SGAE planteó a la AERC no implicaba ofrecer a ésta una TUE que pudiera servir como tarifa alternativa a la TDP que se le estaba**

---

590 Párrafo 139 de las alegaciones de SGAR a la Propuesta de Resolución (folio 20.583).

591 Párrafos 146 a 147 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.584 a 20.585).

592 Párrafos 148 a 151 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.585).

593 Folio no confidencial 8.080.

aplicando, sino que contemplaba la eliminación de la TDP y su sustitución por una TUE elevada en relación con las tarifas que se habían aplicado hasta la fecha (una revalorización del 30,95% de acuerdo con el documento que la SGAE aporto junto con sus alegaciones al PCH[594]). De ahí que la AERC las rechazase al no suponer una verdadera opción, desde un punto de vista de racionalizad económica, a la TDP cobrada hasta el momento. Tal y como precisó la AERC, según documentos aportados por la propia SGAE:

> *"Siendo de 6,55% para una intensidad de uso del 100%, supone un incremento del 105,49% respecto de la tarifa máxima vigente, lo que resulta inadmisible. En este sentido, cualquier negociación será estéril. Consciente de ello, como ya sucedía con las tarifas generales publicadas, SGAE ejerce su presión sobre la negociación, dificultando y dilatando la aplicación de una tarifa por uso efectivo a todo el sector, valiéndose de su privilegiada condición en el mercado. (…)*
>
> *En nuestra opinión, junto a la tarifa por uso efectivo, debe mantenerse la posibilidad de que los usuarios puedan acogerse alternativamente a una tarifa por disponibilidad promediada"*[595].

(759) Debe recordarse, asimismo, a este respecto, que la fijación de tarifas muy superiores a las pactadas por parte de un operador dominante puede constituir un elemento de presión en las negociaciones (párrafos (646) a (655)) lo que se ve perfectamente reflejado en este caso.

(760) Sostiene, por otro lado, la SGAE, que el rechazo de la TUE acreditaría el poder de negociación de AERC, al haber logrado bloquear la propuesta de la SGAE y seguir aplicando las tarifas de 2008, pese a haberse incrementado la intensidad de uso. No obstante, según señala la AERC en un documento aportado por la propia SGAE: "[*t]eniendo en cuenta que el tipo máximo fijado conjuntamente por las partes en el reciente Acuerdo de 12 de junio de 2019 (el cual coincide, por voluntad de ambas partes, con el tipo neto máximo del Acuerdo de 2008 y por el que se encuentran actualmente liquidando su autorización las radios temáticas musicales a* la *SGAE) es del 3,1875%,* ***la propuesta presentada resulta disuasoria***"[596].

(761) La existencia del acuerdo de 2019 no resulta coherente con la postura de la SGAE de que de que la negativa de la AERC reflejara que ésta cuenta con un elevado poder negociador. El que no se alcance un acuerdo con el contenido al que aspira la entidad de gestión no es necesariamente resultado del poder compensador de la demanda, especialmente teniendo en cuenta las mencionadas previsiones del TRLPI de que en ausencia de acuerdo los usuarios deben abonar a cuenta el 50% de la tarifa general vigente o el 100% de la última tarifa acordada, de existir (art. 164.5 TRLPI) y que las nuevas tarifas propuestas implicasen un significativo incremento de las tarifas con respecto a las que se venían aplicando.

---

[594] Anexo nº 4 al escrito de alegaciones de SGAE al PCH. Folio no confidencial 17.731.

[595] Anexo nº 5 al escrito de alegaciones de SGAE al PCH. Folio no confidencial 17.738.

[596] Anexo nº 5 al escrito de alegaciones de SGAE al PCH. Folio no confidencial 17.738.

(762) En tercer lugar, ha de recordarse que la cuota de la SGAE tanto en el mercado aguas arriba de gestión de derechos de propiedad intelectual de autores y titulares de obras musicales como en los mercados aguas abajo de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual radiofónico y para el servicio de comunicación audiovisual en TV es próxima o superior al 90% en las principales métricas (véanse el párrafo (427)). A ello se añade que la música es un insumo necesario para las emisoras de radio. En este contexto y dada la extensión del repertorio de SGAE y su relevancia, las radios no pueden sustituir completamente su repertorio por el de ninguno de sus competidores en el mercado.

(763) En definitiva, no puede compartirse que constituya evidencia de que existe poder compensador por parte de los usuarios, el que éstos no aceptasen un significativo incremento de las tarifas con respecto a las que se venían aplicando.

(764) Por lo que se refiere al argumento de que los usuarios habrían optado por una TDP atendiendo a las ventajas que éstas implican respecto de una TUE, nos remitimos a los párrafos (779) a (782) infra en los que se aborda más específicamente esta cuestión.

5.4.3.2.1.4.2.2. Tarifas de Televisión

(765) Por lo que se refiere a las tarifas de televisión, la SGAE sostiene que, tal y como se acreditaría en el "Estudio Abreviado sobre las tarifas de SGAE 2009 y su relación con el Derecho de la competencia español"[597] (en adelante, el **Estudio**

(766) **Abreviado**) -documento en respuesta al PCH aportado, al igual que el Informe Técnico, fuera de plazo-, la TUE aprobada es eficiente y se ha calculado de manera objetiva, fundamentándose en criterios razonables sin que el órgano de instrucción haya refutado sus explicaciones en dicho sentido[598]. Reprocha a este respecto la SGAE que "*la DC no indica a partir de qué nivel la TUE es inequitativa*"[599] y defiende que la tarifa homologada en España no puede ser considerada antieconómica de acuerdo con la doctrina *Lucazeau* por ser inferior al promedio europeo sin España[600].

(767) Defiende también la SGAE, siguiendo lo previamente expuesto e invocando de nuevo el Estudio Abreviado, que el hecho de que para algunos operadores la TUE no sea la opción más conveniente es consustancial a la existencia de un

[597] "Estudio abreviado sobre las tarifas de SGAE 2009 y su relación con el derecho de la competencia español" (**Estudio Abreviado**), informe de parte elaborado, a petición de SGAE, por los profesores de la Universidad de Salamanca José-Ignacio Sánchez Macías y Pedro Calero Pérez (folios 17856-17898).

[598] Párrafos 160 a 165 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.587 a 20.589).

[599] Párrafo 160 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.587).

[600] Párrafo 168 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.590).

sistema tarifario dual, lo que no puede considerarse abusivo[601]. Los ejemplos de ATRESMEDIA y MEDIASET no serían representativos por cuando habrían optado por un modelo de negocio que incluye una intensidad del uso de la música muy superior al del resto de las televisiones[602].

(768) Según SGAE, los beneficios inherentes a la TDP justifican que, en determinados casos, sea la opción más elegida por los operadores, no pudiendo culparse de ello a la SGAE ni considerarse esta última circunstancia como prueba de su carácter abusivo[603]. En relación con lo anterior, la SGAE defiende que al menos cinco televisiones autonómicas que han optado por la TDP pagarían menos en concepto de derechos de autor que si optasen por una TUE.

(769) Sostiene, asimismo la SGAE que el órgano instructor habría decidido "*arbitrariamente ningunear el hecho de que hay seis televisiones que han optado por dicha TUE*"[604] subrayando que entre esas seis televisiones está TVE, la tercera televisión de España.

Valoración de la Sala

(770) **Procede referirse, en primer lugar, a la alegación de que la TUE aprobada por la SGAE es eficiente y se ha calculado de manera objetiva como, supuestamente, acreditaría el Estudio Abreviado**. Dicho documento analiza cómo se fijó la TUE correspondiente al uso del repertorio musical de las televisiones derivada de la tarifa de disponibilidad de aquel momento. Pero, aunque la fijación de la TUE en aquel momento fuera eficiente y se hubiese calculado de manera objetiva, únicamente haría referencia a la parte correspondiente al uso del repertorio musical por parte de los operadores de televisión, mientras que las televisiones también han de pagar la tarifa correspondiente al uso del repertorio audiovisual. Las gráficas incluidas en el párrafo (640) (que también figuraban en la Propuesta de Resolución) muestran la diferencia entre los pagos de un operador de televisión con ingresos de 100M€ si decidiera emplear la tarifa por disponibilidad o la tarifa por uso efectivo. Así, en la primera gráfica se puede apreciar que, con las tarifas de 2015, un operador de televisión que emplease más del 42% del repertorio audiovisual de la SGAE preferirá en todos los casos la tarifa por disponibilidad a la tarifa por uso. Además, la gráfica muestra también que esta diferencia ha aumentado con las tarifas de 2023, puesto que ahora basta que un operador de televisión emplee más del 28% del repertorio audiovisual de SGAE para que prefiera siempre la tarifa por disponibilidad (o lo que es igual, para que le interese recurrir a la tarifa por uso tendría que emplear menos del 28% del repertorio).

---

[601] Párrafos 178 a 187 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.593 a 20.595).

[602] Párrafo 186 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.594).

[603] Párrafos 166 a 177 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.589 a 20.593).

[604] Párrafo 172 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.591).

(771) Estas gráficas no reflejan únicamente el bajo uso que las televisiones deberían hacer del repertorio audiovisual para preferir la tarifa por uso, sino que demuestran que la diferencia entre la tarifa por uso y la tarifa por disponibilidad ha ido cambiando con el tiempo. Por lo tanto, la relación que se mantenía en las tarifas del año 2009, que es precisamente lo que analiza el Estudio Abreviado, no ha tenido por qué mantenerse a lo largo del tiempo. La SGAE debería haber analizado el impacto actual de las tarifas fijadas y acordadas con los operadores de televisión.

(772) Además, analizando los datos que el Estudio Abreviado emplea para afirmar que las tarifas del año 2009 son tarifas eficientes y objetivas, se señala que el usuario mediano de las televisiones empleaba un 43,13% del repertorio musical entre los años 2000 y 2007 y que se tuvo en cuenta este porcentaje para fijar la tarifa por uso efectivo. Pero, a continuación, se muestra una tabla con el uso del repertorio que 13 televisiones hacían en el año 2007. Y ya en aquel momento, asumiendo que los datos sean correctos, únicamente 2 operadores de televisión preferirían la tarifa por uso efectivo, lo cual muestra que ya entonces la tarifa por uso no parecía una opción económicamente razonable para casi ningún operador.

(773) También en base a los datos del propio Estudio Abreviado, se señalaba que el usuario mediano de las televisiones empleaba entre los años 2000 y 2007 un 36,89% del repertorio audiovisual de la SGAE. Si tenemos esa referencia en cuenta, con las tarifas actuales de 2023, ni siquiera el usuario medio emplearía la tarifa por uso. **Ello apunta, precisamente, a que la tarifa por disponibilidad ha sido diseñada para que la mayoría de los usuarios se adhieran a la misma dejando a la tarifa de uso efectivo como opción meramente marginal**.

(774) Conviene señalar, por otro lado, que los aspectos procompetitivos de una tarifa no prueba nada en relación con las acusaciones de la propuesta de resolución. Así, aunque en el Estudio Abreviado se destaquen las ventajas de las tarifas por uso efectivo, si al fijar las mismas se quiere dar preferencia a las tarifas por disponibilidad, citar dichas ventajas no supondrá ninguna diferencia.

(775) Debemos apuntar, a continuación que, tal y como señaló acertadamente la DC, **no corresponde a la CNMC determinar, en este expediente, el nivel de la TUE a partir de la cual ésta resultaría admisible o razonable. Lo que se analiza en el presente caso es si el diseño y aplicación de las distintas modalidades de tarifa ofrecidas o negociadas, en su conjunto, resultan abusivos atendiendo a sus potenciales efectos globales**.

(776) Pues bien, se ha acreditado de forma clara, en opinión de la Sala, que, como consecuencia de tales actuaciones, conjuntamente consideradas, la mayoría de los operadores de televisión nacional (incluyendo los dos privados de mayor audiencia) han optado por una TDP que no tiene en cuenta el uso efectivo del repertorio. Precisamente, esta consecuencia tiene, a su vez, un efecto nocivo para la competencia : al ser tan significativo el repertorio de la SGAE fomentarse la aplicación de una tarifa plana (pues la TUE resultaría más cara para el grueso de emisoras), **se limitan significativamente los incentivos a la contratación,**

por parte de los operadores, de repertorios de derechos alternativos, pues tendrán que seguir pagando el mismo precio a la SGAE (aunque se limite el uso del repertorio de esta última) y abonar además el importe pertinente al proveedor alternativo. Con ello se dificulta la entrada y expansión en el mercado de operadores alternativos, especialmente atendiendo a la dinámica de los mercados analizados, caracterizados por economías de escala y red.

(777) **En cuanto a la comparativa con las tarifas en otros Estados miembros que invoca** la **SGAE refiriéndose a la SJTUE *Lucazeau***[605], **tampoco resulta pertinente**. Dicha sentencia resolvía una cuestión prejudicial relativa a si las remuneraciones exigidas por SACEM a discotecas francesas que empleaban su repertorio musical eran abusivas por inequitativas al ser manifiestamente superiores a las aplicadas por sociedades de autores comparables en otros Estados miembros. A dicha cuestión prejudicial el TJUE respondió que "[*e]l artículo 86 del Tratado CEE debe interpretarse en el sentido de que una Sociedad nacional de gestión de derechos de Propiedad Intelectual que se encuentre en una posición dominante en una parte sustancial del mercado común impone condiciones de contratación no equitativas cuando las remuneraciones que cobra a las discotecas son notablemente más elevadas que las que se aplican en los restantes Estados miembros, siempre que la comparación entre las cuantías de las tarifas se haya llevado a cabo con arreglo a una base homogénea. 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*."

(778) De lo anterior se infiere que el tipo de conducta contraria al artículo 102 del TFUE a que se refiere la sentencia corresponde a un abuso explotativo por precios excesivos y, por tanto, un concreto tipo de abuso distinto al que es objeto de este expediente. La determinación de un precio excesivo requiere, entre otras cosas, analizar si el mismo guarda una relación razonable con el valor económico del bien o derecho[606] para lo cual se han desarrollado distintos métodos que pueden incluir, en determinadas circunstancias (aunque no necesariamente) las comparaciones internacionales, tal y como señala la STJU *Lucazeau* y se ha visto recientemente en la resolución del Expte. S/0028/20 LEADIANT tramitado por esta CNMC[607]. Sin embargo, en este caso no se analiza si las tarifas de la SGAE constituyen precios excesivos. Por tanto, **resulta indiferente que la tarifa se sitúe por debajo de la aplicable en otras jurisdicciones, conforme a lo alegado por la SGAE y más allá de las dificultades inherentes a las comparativas internacionales, ya que lo determinante en este expediente**

[605] STJUE de 13 de julio de 1989, asuntos acumulados 110/88, 241/88 y 242/88 François Lucazeau c. SACEM, (ECLI:EU:C:1989:326).

[606] Sentencia de 14 de febrero de 1978, United Brands, c-27/76, ECLI:EU:C:1978:22 (párrafo 251).

[607] Resolución de la CNMC 10 de noviembre de 2022 en expediente S/0028/20 LEADIANT.

es la relación entre la TUE y la TDP aplicables al repertorio de SGAE y no si la TUE resulta en sí misma excesiva.

(779) **Tampoco resulta admisible el argumento de la SGAE según el cual el que la mayoría de los usuarios haya optado, *motu proprio*, por una TDP se debe a las ventajas de este tipo de tarifas para determinados operadores lo que debería conducir a excluir el abuso imputado.**

(780) Si bien no se niega que, en un sistema tarifario dual sea de recibo que una parte de los usuarios pueda decantarse por una TDP, el anterior planteamiento no puede acogerse, ya que, **tal y como se ha visto previamente, la SGAE no ofrece una TUE que constituya una verdadera alternativa a la TDP.**

(781) Es cierto que el hecho de que la tarifa por uso efectivo fuera más adecuada para algunos usuarios (normalmente los que mayor uso del repertorio hagan) no convertiría la tarifa por disponibilidad en inequitativa. Pero ese no es el caso que se está analizando. Así, en base a la información de uso que se presenta en el Estudio Abreviado que la SGAE invoca para apoyar sus afirmaciones, se muestra que, ya en el año 2007, únicamente 2 de las 13 televisiones para las que se presentan porcentajes de uso preferirían la tarifa por uso efectivo a la tarifa por disponibilidad. Ello demuestra que no estamos en el que, entre dos grupos significativos de usuarios uno de ello preferiría un tipo de tarifa y el resto la otra tarifa, sino que estamos antes una situación en la que desde el comienzo una mayoría abrumadora de operadores se va a ver incentivada a optar por la tarifa por disponibilidad frente a la tarifa por uso efectivo.

(782) Aun admitiendo que ATRESMEDIA y MEDIASET pudieran hacer un uso del repertorio de la SGAE mayor que el resto de los operadores, no estaríamos frente a casos aislados que no pudieran servir de ejemplo en el análisis de las conductas imputadas, como pretende la SGAE, ya que la inmensa mayoría de operadores se encuentran en la misma situación que los dos mayores grupos audiovisuales del país.

Además, es también necesario volver a recalcar que el Estudio Abreviado se centra en el uso del repertorio musical por parte de las televisiones, pero el problema derivado de la creación de tarifas por disponibilidad más atractivas que las tarifas por uso afecta también al uso del repertorio audiovisual y ese impacto no se analiza en el mencionado estudio.

(783) **Por último, procede descartar que la DC haya "ninguneado", arbitrariamente, el hecho de que haya seis televisiones que han optado por la TUE ofrecida por la SGAE, incluida TVE**.

Este hecho se ha contextualizado debidamente al poner estos datos en conexión con las audiencias que figuran también como hecho acreditado (véanse los apartados 4.3.1 y 4.3.3), al igual que ya se hiciera en la Propuesta de Resolución.

(784) La conclusión de todo lo anterior es que **esta Sala no puede acoger las alegaciones de** la **SGAE a la Propuesta de Resolución analizadas en el presente apartado**.

5.4.3.2.1.5. Conclusión sobre el diseño y aplicación de tarifas por el uso de del repertorio musical y audiovisual de SGAE a emisoras de radio y televisión

(785) En conclusión, esta Sala considera que **la SGAE ha abusado de su posición de dominio mediante el diseño y aplicación de tarifas por el uso de su repertorio musical y audiovisual a emisoras de radio y televisión**.

(786) Concretamente la SGAE ha abusado de su posición de dominio **en el mercado aguas abajo de concesión de autorización de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales tanto (i) para el servicio de comunicación radiofónico como (ii) para el servicio de comunicación audiovisual de televisión (lineal o a petición) desde al menos el 1 de enero de 2016 hasta la actualidad**.

(787) Asimismo, durante al menos el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2017 la SGAE ha abusado de su posición de dominio **en el mercado de gestión de derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales del artículo 90.4 del TRLPI para el servicio de comunicación audiovisual de televisión**.

5.4.3.2.2. Sobre el licenciamiento a usuarios con carácter pretendidamente universal del repertorio musical que gestiona y las cláusulas de indemnidad frente al uso del repertorio de terceros

(788) Según consta a partir de los hechos probados (apartado 4.1), la **SGAE incluyó en modelos de contratos y en contratos firmados con usuarios de radio y televisión, con una elevada cuota de audiencia, declaraciones calificando su repertorio musical de universal, pese a no serlo, así como garantías de indemnidad en favor del usurario frente a potenciales reclamaciones por el uso de derechos que pudieran formar parte del repertorio de terceros.**

(789) Tal y como se analiza, en detalle, a continuación, **el empleo de estas cláusulas ha supuesto recurrir a medios distintos de la competencia basada en los méritos** (apartado 5.4.3.2.1.1) **que han tenido la aptitud de restringir la competencia, al ser susceptibles de generar un efecto de exclusión frente a terceros operadores competidores de la SGAE, reforzando su posición de dominio** (apartado 5.4.3.2.1.2)**, sin que se haya invocado, para ello, una justificación objetiva admisible** (apartado 5.4.3.2.1.3).

(790) **Por tanto,** atendiendo a la práctica decisoria de las autoridades de competencia y a la doctrina jurisprudencial consolidadas, **tales hechos deben calificarse como prácticas abusivas, por parte de la SGAE, que se suman a las ya analizadas previamente, en relación con el diseño y aplicación de tarifas para el uso de derechos de obras musicales**.

5.4.3.2.2.1. Competencia no basada en los méritos

(791) Como se adelantaba, **ha sido debidamente acreditado que en modelos de contratos de la SGAE** (apartado 4.1.2) **y en contratos firmados con usuarios** (ATRESMEDIA, MEDIASET, SER etc) o asociaciones de usuarios (AERC) (apartado 4.1.3) **de audiencia significativa en España** (apartado 4.3), actualmente vigentes o en vigor durante buena parte del periodo **analizado, la SGAE ha incluido cláusulas que presentan su repertorio musical como universal. Ello pese a que ni lo es ahora, ni lo era en el momento de incluirse tales cláusulas,** por diversas razones:

- En primer lugar, en lo que se refiere a los derechos de gestión colectiva voluntaria, la SGAE no puede atribuirse la gestión de aquellos derechos de autores que no hayan suscrito con ella el correspondiente contrato de gestión, al ser un derecho de gestión colectiva voluntaria.

- En segundo lugar, desde 2020, UNISON disponía de repertorio musical, por lo que el repertorio de la SGAE no podía ser universal. UNISON se creó en 2016 y estuvo plenamente operativa a partir del 1 de enero de 2020; ya en 2020 contó con autores y obras musicales en su repertorio (véase el apartado 3.4.1.1).

- En tercer lugar, existen otros operadores como SEDA y otras OGI que tienen una cierta presencia en el mercado (véase párrafo (243)).

(792) De cara a valorar estas prácticas, ha de tenerse en cuenta que **la amplitud del repertorio es un parámetro de crucial relevancia para los usuarios de los derechos de propiedad intelectual** objeto de este expediente. Se trata de un parámetro que el propio legislador considera relevante pues el artículo 164.3 TRLPI (véase el párrafo (153)) que establece los criterios que las entidades de gestión han de tener en cuenta al determinar las tarifas generales incluye en tercer lugar "la amplitud del repertorio" entendiendo por tal "*las obras y prestaciones cuyos derechos gestiona la entidad de gestión*".

(793) En este sentido, el Consejo de la CNC en su resolución de 4 de febrero de 2008 (R/714/07) ya subrayó, en relación con el posible carácter abusivo de la tarifa de la entidad de gestión AIE denunciado por la emisora de televisión GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A., la relevancia del repertorio:

> *"No será equitativa o será excesiva si el repertorio que gestiona es más reducido del que se dice ser y si el criterio de "disponibilidad" (admitido por el Tribunal pero desaconsejado) es más gravoso o injusto que el de "uso efectivo".*

(794) Si bien en aquel caso[608] sólo se analizaba si el diseño de la tarifa de un monopolista de hecho podría ser indiciariamente abusivo (pues se había recurrido el acuerdo de sobreseimiento del servicio de defensa de la competencia de la mencionada denuncia), resulta relevante la conclusión de la CNC en cuanto a que, **si su repertorio resulta menos amplio de lo que indica**

[608] Dio lugar posteriormente a la sanción de un abuso explotativo en el expte. 651/08 citado *supra.*

una entidad de gestión, esto puede determinar que la tarifa aplicable sea constitutiva de abuso de posición de dominio.

(795) A mayor abundamiento, **en este caso, además** de declaraciones mediante las que presenta su repertorio musical como universal, sin serlo, **la SGAE ha incluido, en ciertos contratos, garantías de indemnidad a favor de los usuarios, frente a reclamaciones por el uso del repertorio de terceros**.

(796) Constituye un hecho probado (párrafo (329)) que el contrato del grupo de radio y televisión **ATRESMEDIA** con la SGAE incluye la siguiente cláusula[609]:

(797) "IV. Repertorio: la **SGAE garantiza a ATRESMEDIA la representación universal (100%) del repertorio musical (incluida la parte musical del audiovisual) y su capacidad de gestión sobre los derechos que cubren los usos realizados por ATREMESDIA, manteniendo su indemnidad frente cualquier reclamación de terceros**. La SGAE es consciente que un cambio en la amplitud de la representación/gestión del repertorio podría suponer un grave perjuicio para la actividad de ATRESMEDIA y se compromete a actuar con la mayor diligencia para evitarlo, así como para comunicarlo adecuadamente y reducir su posible impacto. En cualquier caso, la disminución de la representación/gestión del repertorio utilizado por ATRESMEDIA conllevará una minoración equitativa de la tarifa. La SGAE liquidará a ATRESMEDIA los derechos de remuneración que correspondan a los autores audiovisuales (por la parte literaria y a de directores-realizadores) teniendo en cuenta que no es la única entidad de gestión en relación con estos derechos por lo que, en cualquier caso, la suma de la representación/uso de los repertorios de la SGAE, DAMA o cualquier otra que, en adelante, pudiera constituirse en España para la gestión del derecho de remuneración de autores audiovisuales, será del 100% y su reparto vendrá dado a ATRESMEDIA fruto del consenso entre las diversas entidades de gestión concurrentes".

(798) Resulta destacable que en esta cláusula se da un trato claramente diferenciado a los repertorios musical y audiovisual. Mientras que en relación con el repertorio musical se establece la presunción de universalidad y la garantía de indemnidad sin mencionar la existencia de otros gestores de repertorio, en relación con el repertorio audiovisual se hace expresa referencia a la existencia de DAMA y a la posible entrada de nuevos operadores y se aclara que sólo la suma de los repertorios de todas las entidades supondrá el 100%.

(799) A su vez **MEDIASET** indica que "[h]*asta hace no tanto tiempo**,*** la ***SGAE reconocía expresamente*** *(en los contratos suscritos con usuarios, entre ellos mi mandante)* ***representar "universalmente" el íntegro repertorio musical existente"***[610] (párrafo (330)).

(800) Una cláusula similar a la recogida en el contrato del grupo de radio y televisión ATRESMEDIA con la SGAE se encuentra en el convenio que la SGAE firmó con

[609] Folio no confidencial 9.337. Folio confidencial 7.328 (contrato de 2018).

[610] Folio no confidencial 11.028.

la asociación **AERC**[611] (párrafo (335)) que engloba a la totalidad de las emisoras privadas de radio de España, las cuales representan la mayor parte de la audiencia ((párrafo (469)). Este convenio establece que [redacted]. No obstante, según indica la SGAE las partes habrían acordado en mayo de 2023 eliminar esta referencia del acuerdo de la AERC[612].

(801) Por su parte, la **cadena SER** afirma (véase párrafo (336)) que "[t]*enemos suscrito un contrato con SGAE en el que se* ***nos garantiza la representación universal en el territorio de España, además de la indemnidad frente a cualquier reclamación de terceros****, y en su caso, el ajuste de la remuneración a que hubiera lugar. Según este contrato nuestra liquidación a SGAE sería por el cien por cien de la obra, incluyendo todos los derechos de explotación y la totalidad de titulares*[613]" (énfasis añadido).

(802) También se ha acreditado que el acuerdo de **COPE** con la SGAE (véase párrafo (337)) contiene una cláusula [redacted]

(803) Adicionalmente, resulta pertinente recordar la respuesta **de Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals, S.A.**, que explica en los siguientes términos que el importe pagado a la SGAE ya cubría el uso de repertorios de terceros: "*CCMA SA [Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals, S.A.] considera que* ***las cantidades que se deban pagar a UNISON RIGHTS SL por el uso de su repertorio deberían detraerse de las cantidades que CCMA SA paga a*** la ***SGAE***" (véase párrafo (415)).

(804) Adicionalmente, **la acreditada falta de transparencia de la SGAE en cuanto a su repertorio al aplicar tarifas por disponibilidad a las operadoras de televisión dificultaba que estos operadores pudiesen comprobar la verdadera amplitud del repertorio**, tal y como se ha señalado previamente (véase párrafo (792)).

(805) Así, **TELEFÓNICA** señala (véase párrafo (437)) que "*debido a la dificultad en las negociaciones y la falta de transparencia en relación con los catálogos, se decidió pagar en conjunto por todo el servicio de televisión*".

---

[611] Firmado el 12 de junio de 2019 que tiene efectos desde 2016. Ver apartado 4.1.4.1.

[612] Párrafo 195 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.598 a 20.599).

[613] Folio no confidencial 9.930.

(806) **ATRESMEDIA**, por su parte, ha mantenido que, ni en los acuerdos suscritos por la SGAE con los usuarios, ni en las diversas tarifas generales que la SGAE ha ido aprobando desde el año 2015, ni en las relaciones entre la SGAE y sus competidores, la empresa ha planteado las medidas mínimas necesarias para hacer posible la determinación de la amplitud de su repertorio musical. Ello atendiendo a que:

- la SGAE no ha creado un grupo de trabajo y una base de datos conjunta sobre contenidos, obras y autores.

- la SGAE no ha alcanzado acuerdos de reconocimiento de amplitud de repertorio ni con SEDA, ni con los OGIs, ni con los usuarios -en aquellos casos en los que se ha producido una reducción sustancial del repertorio de SGAE- (a diferencia de los acuerdos de amplitud que desde hace varios años SGAE ha alcanzado con DAMA).

(807) Tal y como apuntaba acertadamente el órgano instructor en la Propuesta de Resolución, no consta que la SGAE haya adoptado ninguna de estas medidas.

(808) En definitiva, constituye un hecho incontrovertido que **la SGAE introdujo** en convenios y contratos con asociaciones de usuarios y usuarios de radio y televisión, **cláusulas mediante las que se presume o presumía la universalidad de su repertorio, sin ser cierto, pudiendo inducir a los usuarios a error sobre un parámetro muy relevante para competir en los mercados afectados.** Se ha probado que ofreció, asimismo, **garantías de indemnidad contra posibles reclamaciones de terceros por el uso de su repertorio**, contribuyendo a reducir, cuanto menos, potencialmente, los incentivos de sus clientes, usuarios de radio y televisión, para contratar con competidores de la SGAE (cuestión, esta última, que se analiza con mayor detalle en el siguiente apartado 5.4.3.2.2.2).

(809) **Lo anterior sin que se haya demostrado que tales declaraciones y garantías, hayan supuesto un beneficio para los consumidores en forma de mejores precios, mayores servicios o mayor capacidad de elección, cumpliéndose por tanto los requisitos para calificarlos como conductas de mercado no basadas en los méritos según la doctrina del TJUE expuesta, entre otras, en su sentencia *Servizio Elettrico Nazionale*[614]*.***

(810) **Por tanto, debemos concluir que, al incurrir en dichas conductas,** la **SGAE empleó medios distintos de los propios de una competencia en los méritos**, susceptibles de reforzar, al menos potencialmente, su consolidada posición de dominio en los mercados analizados en materia de derechos sobre obras musicales.

[614] El Tribunal de Justicia estableció en el párrafo 58 de su sentencia de 12 de mayo de 2022 en el asunto C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379, que "*el concepto de competencia basada en los méritos se refiere, en principio, a una situación de competencia de la que los consumidores se benefician gracias a precios más bajos, una mejor calidad y una gama más amplia de bienes y servicios nuevos o más eficientes*."

5.4.3.2.2.2. Aptitud para restringir la competencia

(811) **Para determinar la aptitud para restringir la competencia de las prácticas de la SGAE** consistentes en licenciar su repertorio musical incluyendo una cláusula de presunción de su universalidad y garantizando la indemnidad frente a reclamaciones de terceros derechohabientes, éstas **deben analizarse dentro del concreto contexto en el que se desarrollan**.

(812) En primer lugar, han de tenerse en cuenta, a este respecto, la **solidez de la posición de dominio** de la SGAE en los mercados aguas arriba y aguas abajo de derechos de propiedad intelectual sobre obras musicales, la **reducida presencia de competidores en estos mercados** y las **relevantes barreras a la entrada y expansión** que los caracterizan. Se ha acreditado, en este sentido, que, en lo que se refiere los derechos relativos a la reproducción y comunicación pública de obras musicales desde 2016, la SGAE ha mantenido cuotas superiores al 90% en las métricas más relevantes (apartado 3.4.1.1.4). También se ha acreditado que la entrada de competidores en este mercado es reciente y su presencia marginal (apartado 3.4.1.1.4). Adicionalmente, se ha establecido que existen barreras de entrada legales y económicas a estos mercados, siendo particularmente relevantes las **economías de escala y de red** (apartado 5.4.2.2.3). En concreto en estos mercados las economías de escala positivas determinan que **cuanto más amplio es el repertorio de una entidad mayor será su capacidad de atraer a usuarios y esto a su vez repercute en una mayor capacidad de captar titulares de derechos** (véase párrafo (560)).

(813) En segundo lugar, al ser el repertorio musical de la SGAE muy amplio y notablemente superior al de cualquiera de sus competidores, resulta necesario para los operadores de televisión y radio que desean emplear obras musicales en sus emisiones contratar con la SGAE para desarrollar su actividad, pues el contenido musical es un insumo que emplean en la elaboración de sus programaciones. De hecho, todos los operadores consultados que incluyen a la asociación nacional de emisoras de radio privadas y a las principales emisoras de radio y televisión nacionales tienen contratos o convenios con la SGAE y realizan pagos a la SGAE por usar su repertorio. Por el contrario, ninguno de ellos afirma tener contratos firmados con UNISON que es el principal operador en términos de cuota después de la SGAE, si bien algunos están negociando liquidaciones. Por ejemplo, NETFLIX indica que paga por el uso de obras del repertorio de UNISON previa reclamación pero que se trata de un importe *"muy muy pequeño"* porque *"el repertorio de UNISON es muy muy pequeño"* (véase párrafo (467)). A ello se suma lo apuntado en párrafo (769) en cuanto a que las principales emisoras de televisión no conocen con precisión el repertorio de la SGAE ni los importes concretos que pagan por el uso de derechos relacionados con obras musicales y audiovisuales.

(814) En tercer lugar, **las prácticas controvertidas han alcanzado a los principales operadores de televisión y radio en España**. Por lo que respecta a los operadores de televisión, estas cláusulas de pretendida universalidad se han incluido en los contratos con las principales cadenas nacionales de televisión en

abierto, ATRESMEDIA y MEDIASET, incluyendo el contrato con ATRESMEDIA también garantía de indemnidad (véase el apartado 4.2.4.3.5). Como se ha señalado, la audiencia en España se concentra en la televisión lineal y estos dos grupos representan más del 50% de la audiencia de la televisión en abierto.

(815) Por lo que se refiere a los operadores de radio, la cláusula de repertorio universal e indemnidad se ha incluido, al menos, en el convenio con AERC (que engloba a todas las radios privadas de España y en consecuencia la gran mayoría de la audiencia, véase párrafo (469)), en el contrato con la SER y en el aplicable a ONDACERO, Europa FM y Melodía FM (que forma parte del grupo ATRESMEDIA). Estos dos grupos han representado (véase párrafo (469)) conjuntamente más del 40% de la audiencia de radio generalista en el periodo considerado (con cuotas de SER y ONDACERO en 2016 de 34% y 12,5% y en 2022 de 29,5% y 11,4% respectivamente). La relevancia de los operadores de radio y televisión para la SGAE se refleja en el significativo porcentaje que representan de sus ingresos que se sitúa en torno al 50% o por encima (apartado 4.5). Esta relevancia se observa también en el caso de DAMA.

(816) Además, los operadores de radiodifusión están relativamente concentrados (tal y como puede verse en el apartado 5.4.2.2.2.25.4.2.2.2.2 y se evidencia el párrafo anterior) y cuentan con ingresos generalmente elevados, por lo que la gestión de cobros precisa de una menor estructura (en términos de capilaridad de red, etc.) que en el caso de otros grupos de usuarios más atomizados (como por ejemplo la hostelería).

(817) La relevancia de la atomización de usuarios y las economías de escala y red para las entidades que gestionan derechos de propiedad intelectual ya fue puesta de manifiesto por el Consejo de la CNMC en su resolución de 30 de mayo de 2019 (Expte. S/DC/0590/16 DAMA VS SGAE[615]). En esta resolución esta Sala subrayó que los sectores del hospedaje y la restauración estaban mucho más atomizados, por lo que disponer de una red capilar de representantes, al existir economías de escala y de red, fortalecía la posición de dominio de la SGAE. Se destaca que al no disponer de una red de representantes ni de acuerdos para gestionar sus derechos en el ámbito de la hostelería y de la restauración DAMA ha sido incapaz de recaudar ningún derecho de remuneración en este ámbito hasta la fecha, a pesar de que ha intentado llegar a acuerdos con asociaciones representativas de usuarios y con usuarios concretos [616]. Otros sectores como

[615] Si bien una reciente sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de diciembre de 2023 (rec. 1510/2019) anula esta resolución, no se cuestionan las consideraciones incluidas en esta última en relación con las economías de escala y red que se mantienen perfectamente vigentes.

[616] En el fundamento jurídico cuarto de esta resolución se indica:

"*En este mercado existe una elevada atomización y dispersión de los sectores concernidos, tal y como se reconoce en el Convenio de 27 de julio de 2016 suscrito entre SGAE y CEHAT para el sector el sector alojamiento (folio 4475) y en la Memoria Económica Justificativa de Comunicación Pública SGAE 2016 del sector restauración. Al respecto se señala que es el mercado más numeroso y atomizado de los existentes (folio 5536) y, en general, esta*

los comercios minoristas[617] o el ocio nocturno[618] que precisan de un establecimiento físico próximo al consumidor se encuentran también atomizados y hacer efectivos los derechos de propiedad intelectual requiere de una amplia red de representantes que no sería rentable si el repertorio no es lo suficientemente amplio. Por el contrario, como se ha señalado el mercado de televisión en abierto y el de la radio se encuentran relativamente concentrados y así lo muestra el hecho de que en torno a la mitad de la audiencia de televisión en abierto en España corresponda a ATRESMEDIA y MEDIASET y que las emisoras de radio SER, COPE y ONDACERO supongan más del 65% de la audiencia de la radio generalista (párrafo (469)). Aunque menos acusada, también en la radio temática se observa un alto grado de concentración pues tres emisoras de música (Los 40, Cadena 100 y Cadena Dial) suman más del 35% de la audiencia de las radios temáticas (véase párrafo (469)). Asimismo, ha de tenerse en cuenta que la SER, Los 40 y Cadena Dial pertenecen al grupo PRISA.

(818) En definitiva, los operadores de radiodifusión representan la mayor parte de la recaudación de la SGAE y están relativamente concentrados. Esto supone, como se ha señalado *supra*, que para operadores con menor escala que la SGAE y para nuevos entrantes los operadores nacionales de televisión y radio conforman un grupo de usuarios particularmente relevante.

(819) Según se ha apuntado previamente, tanto de la jurisprudencia europea como la nacional han afirmado la conocida como "**doctrina de los mercados conexos**" según la cual **no resulta necesario que los efectos del abuso de la posición**

---

configuración del mercado hace que las entidades que posean ya una posición relevante en el mismo dispongan de una ventaja significativa frente a nuevos entrantes, como consecuencia de la presencia de elevadas economías de escala, de red y de alcance en su gestión.

Por otra parte, en relación a que la existencia de una red de representantes no debería constituir una evidencia de la posición de dominio de la SGAE, esta Sala debe precisar que SGAE posee la red de representantes y acuerdos con usuarios más amplia de las entidades de gestión, construida sobre la base de una posición consolidada durante años de dominio en la gestión de derechos, tal y como reconoce en sus alegaciones (folio 7455). Adicionalmente, debe subrayarse que este mercado tiene como características propias la existencia de economías de escala y alcance, aunque SGAE niegue la existencia de estas economías en red o pretenda matizarlas. Al respecto, esta Sala en coherencia con la lógica económica, interpreta que las economías de escala de este mercado se sustentan, en parte, en la existencia de economías en red. Esto es un extremo importante, ya que forma parte del sustrato lógico sobre el que se defiende la irreplicabilidad de la red de representantes que tiene la SGAE por otros operadores económicos y la que perpetúa su posición dominante en este mercado".

[617] De acuerdo con el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital hay más de 420.000 empresas de comercio minorista en España y más de 540.000 establecimientos. https://comercio.gob.es/comerciointerior/Paginas/Index.aspx (acceso el 25 de septiembre de 2023).

[618] De acuerdo con información del sitio web de la CEOE hay más de 20.000 empresas de ocio y espectáculos (discotecas, espectáculos etc.) en España. https://www.ceoe.es/es/ceoe-news/economia/el-sector-del-ocio-nocturno-representa-el-18-del-pib-nacional-y-genera-200000 (acceso el 25 de septiembre de 2023).

de dominio se produzcan en el mismo mercado en el que tiene lugar la conducta abusiva cuando se trata de mercados conexos (párrafo (601)).

(820) **En el presente caso, los efectos de la conducta abusiva son susceptibles de producirse, tanto en los mercados aguas abajo** de concesión de autorizaciones de uso de obras musicales a operadores de radio y televisión, donde lugar la práctica abusiva (en los que la SGAE es dominante) **como en los mercados verticalmente relacionado aguas arriba** de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores y editores musicales (en los que SGAE también es dominante). **Estos mercados se encuentran muy estrechamente ligados, al ser necesario disponer de obras musicales de autores cuyos derechos gestionar (esto es, tener presencia aguas arriba) para poder operar aguas abajo concediendo autorizaciones para que los usuarios puedan emplear el repertorio gestionado**. Este alto grado de influencia hace que dichos mercados puedan considerarse como las dos caras de un mercado pues los operadores compiten por captar derechos musicales para su repertorio y usuarios para sus autorizaciones (véanse los párrafos (170) y siguientes).

(821) **En este contexto, resulta innegable que la inclusión de declaraciones de presunción de universalidad del repertorio de la SGAE y de indemnidad frente a reclamaciones por el uso de derechos de otros repertorios tiene, cuanto menos, la aptitud de limitar los incentivos de los usuarios a contratar con terceros operadores, competidores de la SGAE, por el uso de sus respectivos repertorios**. Al afectar la conducta a los principales usuarios de televisión y radio en España, estas prácticas tienen la capacidad de obstaculizar la entrada y expansión de competidores en los mercados aguas arriba y aguas abajo de derechos relacionados con obras musicales pues dificulta que una vez una entidad/operador es titular de derechos musicales pueda hacer efectivo su cobro a emisoras de radio y televisión, que son las principales usuarias de estos derechos. Asimismo, al ser susceptibles de dificultar los cobros aguas abajo en mercados caracterizados por economías de escala y de red estas prácticas también pueden dificultar a los nuevos entrantes a ampliar su repertorio mediante la captación, aguas arriba, de nuevos titulares de derechos.

(822) **Pero, es más, las declaraciones y garantías reprochadas, no solo han tenido y la capacidad de generar un efecto de exclusión -atendiendo a su contenido y el contexto en que se enmarcan-, sino que dicho efecto potencial ha llegado a materializarse en la práctica** según se expone a continuación.

(823) **Ciertamente, tal y como se recoge en el apartado 4.1.4 de los hechos probados, se ha acreditado que tanto televisiones como radios privadas de gran audiencia han rechazado o planteado reservas a pagar a UNISON por el uso de derechos musicales atendiendo a las declaraciones y garantías controvertidas**. Estos usuarios consideraron, sobre la base de dichas estipulaciones, que su contrato con SGAE cubría el 100% de los derechos sobre

obras musicales, incluyendo cualquier derecho que pudiera tener un tercero distinto de la SGAE.

(824) Por lo que respecta a las emisoras de radio, en la carta enviada a UNISON por el **Grupo PRISA** [redacted]

(825) Ha explicado la **SER** a este respecto que UNISON la contactó remitiéndole un tarifario general y que "*desde SER se les hizo saber que tenemos suscrito un contrato con la SGAE en el que se nos garantiza la representación universal en el territorio de España, además de la indemnidad frente a cualquier reclamación de terceros, y en su caso, el ajuste de la remuneración a que hubiera lugar. Según este contrato nuestra liquidación a la SGAE sería por el cien por cien de la obra, incluyendo todos los derechos de explotación y la totalidad de titulares*"[620] (subrayado añadido).

(826) Tal y como señala la propia SGAE en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución "*desde SER se indica que debe ser SGAE la que abone la remuneración, ya que se habría liquidado a SGAE por el 100% de la obra y la totalidad de los titulares que dice representar*"[621]. Dicho de otra manera: como SER considera que ya había pagado a la SGAE por el uso de todos los derechos musicales, incluidos los que gestiona UNISON por mandato de sus titulares, traslada que no corresponde hacer un nuevo pago a ésta última. En ello consiste, precisamente, la aptitud de las cláusulas reprochadas para restringir la competencia: los usuarios ven limitados sus incentivos para contratar con otros operadores distintos de la SGAE y, en su caso, ponen trabas a atender las reclamaciones de terceros al considerar que el pago que hacen a SGAE cubre cualquier uso de derechos musicales independientemente de a qué repertorio pertenezcan. Lo anterior sin prejuicio de la voluntad legítima de los usuarios de "*evitar efectuar un doble pago por el mismo uso de una obra*"[622] o de que, posteriormente, tales usuarios terminen reconociendo la existencia de otros repertorios o puedan llegar a abonar los importes reclamados.

(827) Resulta también relevante la carta remitida el 28 de mayo de 2021 por la **AERC** a UNISON en la que la AERC señala que *"[a]ctualmente AERC tiene suscrito un*

[619] Folio 4.934, confidencial excepto para la SGAE y UNISON. Aportados por UNISON en su escrito de denuncia de 7 de junio de 2021 (anexo nº 43).

[620] Respuesta de Grupo PRISA de 24 de abril de 2023. Folio no confidencial 9.930, folio confidencial 9.516.

[621] Párrafo 255 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.616 a 20.617).

[622] Párrafo 255 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.616 a 20.617).

convenio con la SGAE, que contempla una tarifa por disponibilidad modulada según la presencia de música en tres tipologías distintas de programación radiofónica, en el que se garantiza la representación universal del repertorio junto a la indemnidad frente a cualquier reclamación de terceros, o la adaptación de los importes de los derechos debidos. En este contexto, surge UNISON proponiendo una tarifa por disponibilidad que cubre exclusivamente el uso de su repertorio, el cual se encuentra incluido o garantizado en virtud de dicho acuerdo"[623] (subrayado añadido).

(828) Según la SGAE, "*de dicha comunicación no se desprende que la AERC no quiera abonar a UNISON los derechos por su repertorio*"[624], sino que "[l]*o que indica la AERC es la necesidad de tener claridad sobre el repertorio*" para el cobro de los derechos[625]. Sin perjuicio de las matizaciones interpretativas que pueda tratar de hacer la empresa imputada en sus alegaciones, de la literalidad de la carta de AERC se deduce, claramente, que al igual que la SER, AERC entendió que el pago a la SGAE comprendía el uso de cualquier derecho musical independientemente de quién fuera su titular, por lo que no le correspondía hacer un pago a UNISON al haber abonado ya a la SGAE una tarifa por disponibilidad.

(829) Nótese que, a la hora de justificar la mencionada negativa de pagar a UNISON, se hace referencia tanto a la declaración de universalidad del repertorio como a la garantía de indemnidad.

(830) Por lo que respecta a las televisiones, obra en el expediente la carta remitida por **MEDIASET** a UNISON [redacted]

[redacted][626].

(831) Defiende la SGAE, en sus alegaciones, que el extracto citado "*está absolutamente sacado de contexto*[627]" y que MEDIASET "*no plantea objeciones al pago de UNISON por el uso de obras de su repertorio*" sino que "*únicamente*

[623] Folio no confidencial 4.945 aportado por UNISON en su denuncia de UNISON de 7 de junio de 2021.

[624] Párrafo 258 de las alegaciones de SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.617).

[625] Párrafo 259 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.618).

[626] Folio 4938 confidencial. Anexo Nº 46 de la denuncia de UNISON de 7 de junio de 2021.

[627] Párrafo 262 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.618).

muestra su sorpresa por el modo en que UNISON le he reclamado el pago"[628]. Sostiene asimismo la empresa imputada, en relación con la referida comunicación, que del resto de la carta se inferiría la disposición de MEDIASET a negociar con UNISON el pago por la utilización de las obras de su repertorio por lo que la actuación de SGAE no supondría un obstáculo para que UNISON acceda al mercado[629].

(832) A lo anterior procede contestar, por un lado, que, si bien MEDIASET expresa, tal y como apunta la SGAE, sorpresa por las cartas recibidas, ello no resta validez a las palabras de MEDIASET literalmente reproducidas *supra* sobre la cobertura que le procuraba su contrato con la SGAE quien de acuerdo con la emisora de televisión [redacted].

(833) Por lo que respecta a la pretendida disposición de MEDIASET a negociar, debemos matizar la afirmación de la SGAE reproduciendo textualmente ciertos pasajes de la carta en cuestión:[630].

[redacted].

(834) De estos pasajes se infiere, claramente, que MEDIASET [redacted] lo cual constituye un claro reflejo del efecto exclusionario de las cláusulas controvertidas. Ello, sin perjuicio, de que

[628] Párrafo 263 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.618).

[629] Párrafo 266 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.619).

[630] Folio 4.939 confidencial. Anexo Nº 46 de la denuncia de UNISON de 7 de junio de 2021.

como sostiene SGAE en sus alegaciones[631], la decisión de [redacted] se adopte unilateralmente por MEDIASET.

(835) Por todo ello no cabe acoger las alegaciones de SGAE de que la cita referida en el párrafo (830) esté sacada de contexto[632].

(836) Se recoge, asimismo, en párrafo (344) los hechos probados, una comunicación del Grupo **FLAIX** a UNISON mediante la que justifica no tener que abonar ningún derecho a esta última por cuanto [redacted][633].

(837) SGAE alega que "*lo que indica <u>fundamentalmente</u> la carta de Grupo FLAIX es que UNISON no ha remitido información que permitiese justificar la existencia de su repertorio, por lo que no estaría habilitado para realizar ninguna reclamación*" (subrayado añadido) y que, como habría reconocido la propia DC, esta comunicación no puede considerarse, por sí sola, una prueba concluyente de que la actuación de la SGAE haya supuesto un obstáculo para el desarrollo por UNISON de su actividad en el mercado[634]. Lo cierto, en cualquier caso, es que la literalidad del texto refleja que el grupo FLAIX considera que no es concebible que existan derechos de propiedad intelectual relacionados con derechos musicales pendientes de pago por la cobertura de su contrato con la SGAE. Ello es consistente con los ejemplos recogidos anteriormente en los que distintos usuarios de obras musicales indican a UNISON que ya han abonado a la SGAE por el uso de todas las obras musicales por lo que no les corresponde realizar pagos adicionales. Por tanto, si bien, lógicamente, esta prueba no resulta necesariamente concluyente por sí sola, sí es relevante dentro de un conjunto de elementos coherentes entre sí.

(838) **Como reflejo adicional de los efectos anticompetitivos de las cláusulas controvertidas, se recogen, en el apartado 4.1.5 de los hechos probados,** comunicaciones que expresan **quejas de clientes de UNISON por dificultades en el cobro de derechos**.

---

[631] Párrafo 267 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.619).

[632] Párrafos 262 a 267 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.618 a 20.619).

[633] Folio no confidencial 4936.Anexo Nº 44 de la denuncia de UNISON de 7 de junio de 2021.

[634] Párrafos 268 a 272 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.619 a 20.620).

(839) Así, por ejemplo, resulta destacable la comunicación de VIMUSICA referida en al párrafo (348) en la que este titular de derechos de obra musical sostiene [redacted].

(840) Conviene referirse, asimismo, al correo al que se hace referencia en el párrafo (349) en el que "La Cúpula" comunica a UNISON:

> *"A través de este correo te notifico la decisión de dar de baja todos los derechos que gestiona UNISON excepto los derechos digitales. La decisión de retirarle la gestión de la comunicación pública de radios y televisiones recae en que después de 3 años y 4 meses no hemos recibido ningún ingreso de estos derechos, lo que comercialmente nos está perjudicando claramente. Igualmente retiramos el background music ya que tampoco hemos recibido ningún ingreso al respecto"* (énfasis añadido).

(841) Alega la SGAE, en relación con dicho correo, que "[n]*o hay prueba de que exista vinculación entre el hecho de que dicha entidad no haya recibido ningún ingreso y el comportamiento de la SGAE*"[635]. A lo anterior procede responder que, si bien este correo no constituye una prueba directa de la mencionada vinculación, sí refleja indubitadamente que un cliente ha retirado la gestión a UNISON por no haber percibido ingresos.

(842) El análisis conjunto de quejas como ésta (derechohabientes que retiran su repertorio de UNISON por no percibir remuneraciones vinculadas al uso de ese repertorio por radios y TVs), junto con las acreditadas dificultades de UNISON para conseguir cobrar de usuarios significativos que justifican sus reservas invocando las previsiones contractuales o declaraciones de la SGAE reprochadas impiden acoger las alegaciones de la empresa imputada según las cuales tales cláusulas no dificultan la entrada o expansión de terceros operadores en el mercado.

(843) Procede recordar, adicionalmente, según lo apuntado en el párrafo (769), que **las principales emisoras de televisión no conocen con precisión el repertorio de la SGAE ni los importes concretos que pagan** por el uso de derechos relacionados con obras musicales y audiovisuales lo que potencia la aptitud de las cláusulas controvertidas para reducir los incentivos a contratar con terceros competidores de la SGAE.

(844) **De todo lo anterior, esta Sala concluye que la conducta de** la **SGAE consistente en presentar su repertorio como universal y garantizar la indemnidad frente a reclamaciones de terceros por el uso de derechos de otros repertorios, no solo tuvo efectos exclusionarios potenciales – lo que bastaría para calificar dicha conducta como abusiva – sino que también desplegó efectos exclusionarios actuales**. Pese a las alegaciones de la SGAE

[635] Párrafo 280 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.621 a 20.622) .

en sentido contrario, se estima acreditado que tales actuaciones determinaron que varios usuarios relevantes se negaran a contratar con UNISON por considerar que la tarifa por disponibilidad contratada con la SGAE cubría el conjunto de derechos de obras musicales existentes y que, aun en caso contrario, quedarían cubiertos por una garantía de indemnidad. Con ello, la SGAE ha conseguido limitar, de manera efectiva, la expansión de, al menos, un nuevo entrante en el mercado. Concretamente, ha obstaculizado con su conducta que UNISON pudiera cobrar a los referidos usuarios por el uso de derechos de su repertorio, lo cual, a su vez, ha limitado, necesariamente, la capacidad de retención y atracción de autores aguas arriba, dadas las importantes economías de red y de escala que caracterizan a los mercados afectados.

(845) Así pues, **analizado el contexto en que se han llevado a cabo las conductas reprochadas, esta Sala concluye que las mismas resultan aptas para restringir la competencia, dada su acreditada aptitud para obstaculizar la entrada y expansión de competidores, reforzando así la posición de dominio de la SGAE en relación con las obras musicales, tanto aguas abajo como aguas arriba**.

5.4.3.2.2.3. Ausencia de justificación objetiva

(846) De acuerdo con la jurisprudencia nacional y europea, previamente citada, **cuando se ha comprobado que una práctica realizada por una empresa dominante,** no basada en la competencia es los méritos, **es susceptible de restringir la competencia -como sucede con las conductas que acaban de analizarse-, todavía es posible excluir la calificación de abuso de posición de dominio si la empresa logra demostrar que la práctica en cuestión estaba objetivamente justificada**, por determinadas circunstancias del caso de autos, que deben ser exteriores a la empresa de que se trate, o porque genera eficiencias para los consumidores que compensan su dimensión restrictiva [636].

(847) **Como pretendida justificación objetiva para las declaraciones de universalidad de su repertorio, la empresa imputada defiende que** "*la naturaleza particular de SGAE como entidad de gestión y los deberes a que está sujeta en virtud de la normativa de propiedad intelectual justifica que se puedan contemplar en los contratos referencias al repertorio de carácter inclusivo*"[637]. Sostiene, más concretamente, a este respecto, que "***la propia normativa de propiedad intelectual establece, en determinadas circunstancias -en particular cuando estamos ante la gestión colectiva obligatoria- la presunción de que el repertorio de las entidades de gestión es universal***"[638].

[636] Véase, por ejemplo, en este sentido la STJUE de 12 de mayo de 2022, en el asunto C-377/20 Servizio Elettrico Nazionale, párrafo 84.

[637] Párrafo 199 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.599).

[638] Párrafo 212 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.603).

(848) A fin de sustentar este planteamiento, la SGAE invoca la Orden Ministerial de metodología de tarifas de 2023 por la que se aprueba la metodología para la determinación de tarifas generales de las entidades de gestión, de la que reproduce el siguiente extracto: "*para los derechos de gestión colectiva obligatoria, podrá presumirse que se gestiona un repertorio de amplitud universal cuando haya una sola entidad de gestión*"[639] (subrayado añadido).

(849) De lo anterior, la empresa imputada razona que "*cuando hay una sola entidad de gestión, como sucedía hasta hace muy poco tiempo con el caso de SGAE respecto de los derechos musicales, se presume que se gestiona un repertorio de amplitud universal*"[640], por lo que no podrían serle reprochadas las declaraciones efectuadas en relación con la universalidad de su repertorio.

(850) En cuanto los pagos realizados a la SGAE por derechos ajenos a su repertorio, y las garantías de indemnidad, alega la empresa imputada que "*las entidades de gestión están sujetas a la obligación legal de recaudar derechos de sus socios incluso en circunstancias en las que no se conoce ni siquiera el titular del repertorio*"[641]. A este respecto, se refiere, en particular, a las obligaciones recogidas en los artículos 156[642], 163[643], 175[644], y 177[645] TRLPI. Añade que cuando se impone regulatoriamente la gestión colectiva obligatoria el titular no tiene la opción de gestión individual[646].

(851) Al hilo de lo anterior, la empresa imputada asevera que todas las características expuestas que aplican a la SGAE, como entidad de gestión colectiva, no aplican a los OGIs. Apunta, concretamente, que, conforme al artículo 153.1 del TRLPI, los OGIs solo pueden ejercer los derechos de propiedad intelectual directamente

---

[639] Párrafo 213 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.603).

[640] Párrafo 214 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.603).

[641] Párrafo 203 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.600).

[642] Art. 156.2: *Las entidades de gestión están obligadas a aceptar la administración de los derechos que les sean encomendados contractual o legalmente de acuerdo con su objeto o fines y conforme a los criterios de admisión previstos en sus estatutos, siempre que su gestión esté comprendida dentro de su ámbito de actividad y salvo que existan motivos objetivamente justificados para su rechazo que deberán ser motivados adecuadamente. Dicho encargo lo desempeñarán con sujeción a sus estatutos y demás normas aplicables al efecto.*

[643] Art. 163.1: *Las entidades de gestión están obligadas a negociar y contratar bajo remuneración con los usuarios que lo soliciten, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, actuando ambas partes bajo los principios de buena fe y transparencia, para lo cual intercambiarán toda la información que sea necesaria.*

Se considerará usuario, a los efectos de este título, a toda persona o entidad que lleve a cabo actos sujetos a la autorización de los titulares de derechos o a la obligación de remuneración o de pago de una compensación a los titulares de derechos.

[644] Art.175.1: *Las entidades de gestión actuarán con diligencia en la recaudación y la gestión de los derechos recaudados. Se entenderán por derechos recaudados los importes recaudados por una entidad de gestión por cuenta de los titulares de derechos y derivados de un derecho exclusivo, de un derecho de remuneración o de un derecho de compensación*.

[645] Art. 177: *Las entidades de gestión actuarán con diligencia en la recaudación y la gestión de los derechos recaudados*.

[646] Párrafo 206 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.601).

conferidos a su gestión por sus titulares mediante un contrato específico entre ambos. Durante la negociación de dichos contratos, sería posible para los OGIs indicar a los usuarios el alcance total de su repertorio, lo que no resultaría factible para la SGAE "*porque su repertorio está vivo, sujeto a constante cambio*"[647]. Además, la Directiva 2014/26/UE establece que los OGIs están obligados a facilitar determinada información a los usuarios. Sobre la base de lo anterior la empresa imputada rechaza que pueda establecerse una comparación entre la gestión por la SGAE y sus socios y su repertorio y la que puedan hacer los OGIs. A partir de lo anterior, la SGAE concluye que mientras que los OGIs sí pueden concretar su repertorio, ello no o resulta exigible ni posible a la SGAE, de tal modo que la "*presunción de universalidad de su repertorio*" responde objetivamente al deber de diligencia de cumplir con la obligación legal de recaudar todos los derechos cuya gestión tiene encomendada.

(852) Alega también la SGAE que la normativa -concretamente el artículo 150 TRLPI- presume que las entidades de gestión representan a los autores en procedimientos administrativos y judiciales por el solo hecho de contar con una autorización administrativa para desarrollar su actividad lo que también habría sido afirmado por la jurisprudencia[648].

(853) **Tras su debido análisis y, por los motivos que se exponen a continuación, esta Sala entiende que tales alegaciones no pueden resultar acogidas**, **y que debemos, por tanto, rechazar, el planteamiento de** la **SGAE según el cual, el haberse atribuido la representación universal del repertorio de obras musicales no supone una actuación abusiva**, dado que habría respondido a sus obligaciones como entidad de gestión en el marco jurídico definido por la legislación en materia de propiedad intelectual[649].

(854) Lo primero que debe subrayarse en relación con la "presunción legal de universalidad" invocada por la SGAE, es que **las cláusulas de universalidad e indemnidad reprochadas**, en el marco del presente expediente, **se refieren tan solo al repertorio musical, y concretamente a derechos exclusivos que son de gestión colectiva voluntaria lo cual supone, evidentemente, que no existe obligación de gestión colectiva** y que cabe la gestión individual o mediante la atribución de su gestión a un OGI o a la entidad de gestión SEDA.

(855) **No resultan pues admisibles las explicaciones de la SGAE relativas a los preceptos que rigen los derechos de gestión colectiva obligatoria pues -insistimos-, los derechos afectados por las cláusulas de universalidad analizadas son de gestión colectiva voluntaria**.

(856) En concreto, la Orden CUD/330/2023, de 28 de marzo, por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales de las entidades de

[647] Párrafo 211 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.602 a 20.603).

[648] Párrafo 215 y 216 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.603 a 20.604).

[649] Párrafo 217 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.604).

gestión se refiere en su artículo 5.4 a la posibilidad de presumir que se gestiona un repertorio de amplitud universal solo para a derechos de gestión colectiva obligatoria y específicamente a aquellos casos en los que hay una única entidad de gestión, como la SGAE debe conocer. Tal previsión no resulta aplicable a los derechos musicales sobre los que se proyectan la presunción de universalidad y las cláusulas de indemnidad que son objeto de análisis en el presente expediente. Ello es todavía más claro dado que tal previsión, de rango no legal sino reglamentario, no se incluía en la Orden de metodología de tarifas de 2015, y por tanto no está en vigor durante la mayor parte del período de la conducta que se imputa a la SGAE, sino solo desde el 6 de abril de 2023, sin que el TRPLI prevea ninguna presunción similar ni siquiera para la gestión colectiva obligatoria de una entidad de gestión monopolista.

(857) Esta Sala tampoco comparte los argumentos en cuanto a que las referencias a la universalidad realizadas por la SGAE se justifican debido a que, a diferencia de los OGIs, su repertorio "está vivo, sujeto a constante cambio". Este razonamiento no se sostiene en la medida en que implica asumir una premisa incierta: que el repertorio de los OGIs fuera "estático".

(858) En cuanto a la cita, por parte de la SGAE, del apartado 1 del artículo 175 TRLPI, relativo al deber de diligencia de las entidades de gestión en la recaudación, esta Sala entiende que debe redirigirse el énfasis a su apartado 2, que subraya que las entidades "*deberán garantizar la trazabilidad del proceso de recaudación y reparto de los derechos, de tal forma que sea posible identificar todas sus etapas, desde el origen de la recaudación hasta el reparto a los titulares de derechos sobre las obras cuya utilización genere los derechos*".

(859) En cuanto al artículo 150 TRLPI[650], permite, en efecto, acreditar la legitimación procesal de las entidades de gestión "para ejercer los derechos confiados a su gestión" aportando sólo al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa. Esta Sala no niega que el TRLPI otorga a todas las entidades de gestión un tratamiento privilegiado, comparado con el de los OGIs, por razones de eficacia cuando demandan en vía civil, para facilitar acreditar su legitimación activa en sede judicial. Ahora bien, este artículo no legitima a las entidades de gestión a ejercer derechos que no le han sido confiados y en consecuencia en modo alguno permite presumir que las entidades de gestión, ni siquiera las monopolistas, tienen repertorios por definición universales y ello especialmente cuando se trata de gestión colectiva voluntaria.

---

[650] *Las entidades de gestión, una vez autorizadas conforme a lo previsto en este título, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales.*

Para acreditar dicha legitimación, la entidad de gestión únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa. El demandado solo podrá fundar su oposición en la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente.

El propio artículo 150 TRLPI prevé como causas de oposición a esa legitimación "*la falta de representación de la actora o la autorización del titular del derecho*".

(860) En todo caso, lo anterior no impide, en modo alguno, que, al igual que hacen los OGIs, cuando las entidades gestión como la SGAE negocian tarifas para el licenciamiento de derechos, lo hagan solo respecto del concreto repertorio que efectivamente gestionan, particularmente cuando se trata de gestión colectiva voluntaria.

(861) Por otro lado, no se discute que una entidad de gestión deba aceptar la encomienda de derechos, velar por recaudar los derechos cuya gestión tenga encomendada y cumplir con los preceptos del TRLPI. Tampoco se cuestiona que esta norma imponga obligaciones adicionales –así como facultades especiales como la legitimación procesal facilitada prevista en el artículo 150 TRLPI– a las entidades de gestión colectiva. Lo que se reprocha en esta resolución es que la SGAE incluya en sus contratos la presunción de la universalidad de su repertorio musical cuando no lo es y que incluya cláusulas de indemnidad frente a reclamaciones de terceros pues con ello se refuerza la posición de dominio de la SGAE y se obstaculiza la entrada y expansión de operadores en el mercado al dificultar que cobren por el repertorio de gestionan lo cual a su vez entorpece la labor de nutrir el repertorio, por los mencionados efectos de red (apartado 5.4.2.2.3.2).

(862) En definitiva, esta Sala rechaza el planteamiento de la SGAE según el cual, su naturaleza como entidad de gestión colectiva y las obligaciones a las que se encuentra sujeta por la normativa de propiedad intelectual justificarían las declaraciones realizadas sobre la universidad de su repertorio musical, así como la inclusión de garantías de indemnidad frente a reclamaciones de terceros en las relaciones contractuales con los usuarios.

(863) Concluimos, por tanto, que **no se cumple la condición de existencia de una justificación objetiva que permita descartar que las declaraciones de universalidad de su repertorio y las garantías de indemnidad reprochadas deban calificarse como abusivas en el sentido de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE.**

5.4.3.2.2.4. Alegaciones no abordadas previamente relativas a las declaraciones de universalidad del repertorio y las garantías de indemnidad

5.4.3.2.2.4.1. Sobre las modificaciones de los contratos, el número limitado de los mismos que contendrían actualmente las declaraciones y garantías reprochadas, y la incorrecta interpretación de éstas por parte de la CNMC

(864) La empresa imputada sostiene, en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, que no se habría tenido en cuenta que "la *SGAE ha ido modificando a lo largo del tiempo el contenido de los contratos, de tal manera que las referencias al repertorio universal en los últimos años son anecdóticas y hoy día*

no existen"[651]. Tan solo unos pocos párrafos después, la SGAE matiza esta afirmación categórica apuntando que "*solo un número muy reducido de contratos de* la *SGAE hacen referencia a la representación universal del repertorio*"[652] y que en aquellos en los que pervive esta referencia se contempla la posible reducción del repertorio por la entrada de otros operadores por lo que no restringirían la entrada de terceros[653]. Afirma asimismo la SGAE que, en cualquier caso, la acusación se sustentaría en una "*interpretación interesada del contenido de los contratos*"[654].

(865) Por lo que se refiere, concretamente, al contrato de ATRESMEDIA de 2018, SGAE admite que "*se incluye una referencia a la universalidad del repertorio*" pero relativiza su alcance por cuanto se haría referencia a la posibilidad de reducir las tarifas ante una potencial disminución del repertorio lo que permitiría a ATRESMEDIA llegase a acuerdos con terceros competidores de la SGAE. Defiende, además, que no resulta admisible la interpretación del órgano de instrucción según la cual existiría, en dicho contrato, una distinción entre los derechos audiovisuales y musicales y que la única razón incluir la referencia a DAMA es que en 2018 estaba operativa, pero no existía ninguna otra entidad de gestión para obras musicales. Apunta finalmente que dicho contrato fue objeto de novación en 2022 y que "*ya no contempla la representación universal del repertorio*"[655].

(866) En cuanto al acuerdo con la AERC de 2019, la SGAE sostiene que se establece la posibilidad de que se produzca una limitación del repertorio que impida garantizar la representación universal[656] y que en la carta el 19 de mayo de 2023 se indica que ambas partes están de acuerdo en sustituir las cláusulas del acuerdo de 2019 por la definición del repertorio de la SGAE incluido en cada contrato con las emisoras. Esto último a los acuerdos con SER, la COPE y el resto de los integrantes de la AERC[657].

(867) En relación con el contrato firmado con MEDIASET en 2018, la SGAE alega que no existe ningún tipo de referencia al repertorio universal, sino *"al repertorio de* la *SGAE*", que el acuerdo de 2021 hace referencia "al repertorio musical y audiovisual que administra la SGAE" y que la PR habría constatado que la carta

[651] Párrafo 192 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.597).

[652] Párrafo 198 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.599).

[653] Párrafo 198 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.599).

[654] Párrafo 190 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.596 a 20.597).

[655] Párrafo 193 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.597 a 20.598).

[656] Párrafo 194 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.598).

[657] Párrafo 195 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.598 a 20.599).

de 25 de septiembre de SGAE a MEDIASET hace referencia "al repertorio administrado por la SGAE"[658].

Valoración de la Sala

(868) Esta Sala no puede acoger las referidas alegaciones por las razones que se exponen a continuación.

(869) De subrayarse, en primer lugar, que lo fundamental no es el número absoluto de contratos que hayan podido incluir este tipo de cláusulas, sino la importancia relativa en el mercado de los contratos que sí las han incluido. Como se ha señalado, las declaraciones y garantías reprochadas, se han incluido en las relaciones contractuales de la SGAE con las dos principales cadenas de televisión en abierto en términos de audiencia, así como en el convenio de las principales cadenas de radio y en los contratos con las cadenas de más audiencia. Este tipo de usuarios son particularmente importantes para los competidores de menor tamaño de la SGAE cuya escala no permite rentabilizar redes de cobro capilares y extensas como se ha razonado anteriormente (véase el apartado 5.4.2.2.3 sobre las barreras de entrada).

(870) Pues bien, tal y como señalaba previamente (párrafo (791)) se ha acreditado que las cláusulas objeto de análisis se incluyen en contratos actualmente en vigor o que se han encontrado vigentes durante el grueso del periodo investigado (véanse los párrafos (333) relativo a AERC, (336) en relación a SER y (337) relativo a COPE).

(871) Respecto de la pretendida interpretación interesada de los contratos en cuestión, también debe rechazarse este argumento. Tanto en la propuesta de Resolución como en la presente Resolución, se han reproducido *verbatim* las cláusulas en cuestión y se han recogido declaraciones textuales de cómo son interpretadas por los usuarios que, de hecho, en ciertas ocasiones, han llegado a invocarlas frente a terceros competidores de la SGAE para justificar la negativa de pagarles por el uso de derechos de su repertorio (véase el aparatado 4.1.4, así como los párrafos (822) a (842)). Además, las referidas declaraciones y garantías se han analizado atendiendo al concreto contexto jurídico y económico de las relaciones contractuales en que se enmarcan.

(872) Tampoco puede acogerse la alegación en cuanto a que las matizaciones de las declaraciones de universalidad, mediante referencias la potencial disminución del repertorio de la SGAE y la minoración correlativa de las tarifas, implicaban que no se impidiese la contratación con terceros, lo que debería conducir a descartar el carácter abusivo de tales declaraciones.

(873) Ni el órgano instructor, ni esta Sala han negado la existencia de tales precisiones, ni se ha afirmado por parte de la CNMC que las declaraciones analizadas equivalgan a impedir o prohibir la contratación con terceros. Lo que determina el carácter abusivo de las declaraciones y garantías reprochadas, tal y como se

[658] Párrafo 196 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.599).

expone pormenorizadamente en el apartado 5.4.3.2.2.2, es su aptitud para desincentivar que los usuarios del repertorio musical de la SGAE lleguen a acuerdos con terceros gestores de derechos dificultando con ello la expansión y entrada de competidores en el mercado en el que la SGAE es dominante. Se subraya, además, en el referido apartado que, más allá de la mera aptitud para producir el mencionado efecto exclusionario -suficiente para calificar la práctica como abusiva- dicho efecto se ha materializado en la práctica. Nótese, por otro lado, a mayor abundamiento, que la SGAE no documenta ejemplos en los que se haya hecho uso de este tipo de previsiones, notificando a los usuarios que no podía garantizar la universalidad de su repertorio musical por existir operadores alternativos que contaban también con repertorio musical, como UNISON. Tampoco los usuarios que son parte interesada en este expediente o que hayan recibido comunicaciones de la SGAE en este sentido.

(874) Por lo que se refiere, específicamente, al contrato de 2018 con ATRESMEDIA, se ha señalado en el apartado de hechos probados -al igual que ya se hacía en la Propuesta de Resolución- que el último año de vigencia fue 2021 (párrafo (329)), por lo que a diferencia de lo que sostiene la SGAE no se ha ignorado que fuera objeto de novación en 2022.

(875) Ha de descartarse, asimismo, la alegación de la SGAE en cuanto a que la cláusula controvertida del contrato de ATRESMEDIA trataría del mismo modo el repertorio musical y audiovisual, lo que se vería respaldado por referencia expresa a DAMA dado que en 2018 solo había una entidad de gestión distinta de la SGAE con presencia en el mercado audiovisual, lo que no sucedía en relación con la música[659].

(876) La mera lectura de esta cláusula refleja claramente que tan solo se refiere a la universalidad del repertorio musical y únicamente garantiza la indemnidad con respecto a reclamaciones de terceros relativas al repertorio musical al establecer que "*la SGAE garantiza a ATRESMEDIA la representación universal (100%) del repertorio musical (incluida la parte musical del audiovisual) y su capacidad de gestión sobre los derechos que cubren los usos realizados por ATREMESDIA, manteniendo su indemnidad frente cualquier reclamación de terceros*" y no contener ninguna previsión similar con respecto al repertorio audiovisual. Corresponde recordar nuevamente que si bien los derechos del artículo 90.4 de la TRLPI para obra audiovisual son de gestión colectiva obligatoria y por tanto sólo pueden ser gestionados por entidades de gestión colectiva, no lo son los derechos del repertorio musical, por lo que estos derechos pueden gestionarse por los autores de modo individual, por OGIs y desde su autorización, por la entidad de gestión colectiva de derechos musicales SEDA. Ha de tenerse en cuenta, a este respecto, que el contrato con MEDIASET de 2018 desplegó efectos hasta el 31 de diciembre de 2021 por lo que durante su vigencia han existido tanto entidades de gestión como OGIs que podrían competir con la

[659] Párrafo 193 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.597 a 20.598).

SGAE en la gestión y licenciamiento de derechos relacionados con obras musicales.

(877) En cuanto a que se habría realizado una interpretación interesada de la cláusula controvertida, procede responder que la misma ATRESMEDIA la interpreta en el mismo sentido que esta CNMC, tal y como puede verse a partir de las propias declaraciones de la empresa: "[*e*]*l acuerdo firmado con la SGAE en 2022 pone fin a las condiciones anteriores a partir del 31 de diciembre de 2021 y no contempla cómo deben tratarse por la SGAE las reclamaciones que puedan plantear UNISON u otros terceros por los usos realizados a partir del 1 de enero de 2022*[660]". Esto es, considera, - al igual que otros radiodifusores -, que la cláusula de indemnidad supone que, ante una reclamación de otra entidad, es la SGAE la que debe regularizar los pagos con la entidad y no el usuario.

(878) Respecto del convenio con la AERC, debemos insistir, nuevamente, en que una matización a la cláusula de universalidad mediante la que se establece que si la SGAE no pudiese garantizar la representación universal se compromete a notificarlo y a adaptar los importes, no resta aptitud a la conducta para restringir la competencia. Antes, al contrario, la mera inclusión de una cláusula que establece un compromiso de adaptar importes si la SGAE no pudiese garantizar la universalidad implica un desincentivo a que los usuarios contraten con terceros pues ya se les garantiza que los importes pagados a la SGAE cubrirían el conjunto de los derechos musicales existentes, aun cuando el repertorio de la SGAE dejase de ser universal. Se ha visto, en este sentido, que la propia AERC, cuyo convenio incluía esta cláusula, en su respuesta a UNISON manifestaba que el uso del repertorio de UNISON quedaba cubierto por su contrato con la SGAE que cubría un repertorio universal (párrafo (346)).

(879) Finalmente, en cuanto a que el texto del contrato de 2018 con MEDISAET no contiene referencia expresa al repertorio universal de la SGAE, ello no ha podido verificarse pues el documento no se aportó durante la instrucción. Lo resulta claro es que sí se llevó a cabo dicha declaración de universalidad en el marco de la relación contractual entre ambas empresas pues, como se ha visto previamente, la propia MEDIASET ha precisado que que "[h]*asta hace no tanto tiempo**, la SGAE reconocía expresamente** (en los contratos suscritos con usuarios, entre ellos mi mandante)* ***representar "universalmente" el íntegro repertorio musical existente"***[661].

5.4.3.2.2.4.2. Sobre el concepto de repertorio

(880) La SGAE alega que la DC tiene "*una percepción absolutamente errónea del concepto de repertorio*"[662]. Sostiene, a este respecto, que "*el repertorio de una entidad de gestión como* la *SGAE está en permanente movimiento*" e invoca

[660] Folio no confidencial 9.337 y folio confidencial excepto para la SGAE y la propia ATRESMEDIA 9.357.

[661] Folio no confidencial 11.028.

[662] Apartado 6.2 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.599 a 20.604).

distintas obligaciones legales a las que las entidades de gestión, a diferencia de los OGIs, estarían sujetas en virtud del TRLPI y que justificarían las referencias a la universalidad del repertorio de estas entidades, así como al cobro por el uso de derechos no incluidos en sus repertorios[663].

Valoración de la Sala

(881) En cuanto a que se habría ignorado el carácter dinámico del repertorio de las entidades de gestión, procede rechazar esta alegación pues ni durante la fase de instrucción ni en la presente Resolución se ha indicado que el repertorio de la SGAE sea estático. Antes bien, se ha analizado específicamente la evolución del número de autores y editores que han encomendado la gestión de derechos de propiedad intelectual sobre obras de musicales (párrafo (238) y siguientes) y la del número de obras musicales encomendadas para la gestión de sus derechos (párrafos (243) y siguientes).

(882) Por lo que se refiere a las disposiciones citadas del TRLPI para argumentar que no se puede establecer una comparación entre la gestión por la SGAE de sus socios y su repertorio y la que pueden hacer los OGIs, que la referencia a la universalidad del repertorio o a la representación de derechos de terceros es algo que se fundamenta en la propia normativa de propiedad intelectual nos remitimos a lo ya expuesto en los párrafos (847) a (861) *supra*. Sin perjuicio de la referida remisión, aprovechamos para subrayar que la SGAE sólo tiene la obligación y la facultad de recaudar con respecto de los titulares de derechos que le hayan encomendado la gestión de determinadas obras y categorías de derechos. En efecto, el artículo 156.3 TRLPI[664] tan sólo prevé que no es necesaria la encomienda a través de un contrato de gestión para derechos de gestión colectiva obligatoria y el artículo 157.1[665] establece la necesidad de que el titular de los derechos preste consentimiento para cada derecho que se encomiende a la entidad de gestión subrayando que no puede imponerse la gestión de todas las modalidades de uso ni de toda la obra o producción futura.

---

[663] Párrafos 206 a 217 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.601 a 20.604).

[664] *La gestión de los derechos será encomendada por sus titulares a la entidad de gestión mediante la suscripción de un contrato de gestión sin perjuicio de los derechos contemplados en la presente ley cuya gestión deba ejercerse exclusivamente a través de las entidades de gestión.*

[665] *En el contrato de gestión, el titular de derechos deberá dar consentimiento explícito, por escrito, para cada derecho, categoría de derechos o tipo de obra o prestación cuya gestión encomienda a la entidad y respecto de los territorios de su elección, con independencia de su nacionalidad o lugar de residencia o de establecimiento de la entidad de gestión. Dicho contrato no podrá imponer como obligatoria la gestión de todas las modalidades de uso ni la de la totalidad de la obra o producción futura*.

Finalmente, el artículo 181.1[666] TRLPI tan sólo impone la obligación de recaudación en relación con derechos de gestión colectiva obligatoria.

5.4.3.2.2.4.3. Sobre que los usuarios tienen pleno acceso a la información sobre el repertorio de la SGAE

(883) La SGAE alega que ofrece a los usuarios de televisión y radio información detallada sobre su repertorio, por lo que las declaraciones sobre la universidad de éste y las garantías de indemnidad sobre el uso de derechos de terceros no serían susceptibles de inducir a error a dichos usuarios respecto de la amplitud de su repertorio, ni, por tanto, de generar un efecto de exclusión derivado de una práctica comercial no basada en la competencia en los méritos[667].

(884) Afirma textualmente la empresa imputada que "*los usuarios tienen información todo lo detallada posible sobre el repertorio de* la *SGAE y conocen perfectamente las obras que ellos utilizan en sus emisiones y la cuantía de las tarifas, así como la proporción que supone en dichas tarifas la música y el audiovisual*"[668]. Lo anterior, por cuanto -siempre según lo manifestado por la empresa imputada- en cumplimiento del artículo 185.g) del TRLPI, "*en la página web de* la *SGAE figura información que se actualiza diariamente sobre el repertorio de* la *SGAE*"[669].

(885) Sostiene, asimismo la SGAE, para defender su postura que "*son los propios usuarios los que tienen la obligación de remitir a* la *SGAE la información detallada sobre las obras que emiten*"[670] y que "*los usuarios conocen también perfectamente el contenido de las tarifas y la relación de proporción que existe entre la música y el audiovisual*"[671]. Como supuesta prueba de ello se refiere a ciertos desgloses de facturas en el marco de sus relaciones contractuales con MEDIASET, AMAZON, RTVM, HBO, CORPORACIO CATALANA DE MITJANS AUDIOVISUAL y UNIPREX.

Valoración de la Sala

(886) Esta Sala tampoco encuentra admisible la referida tesis de la SGAE, mediante la que pretende rechazar la aptitud de las declaraciones y garantías reprochadas para restringir la competencia.

---

[666] *Las entidades de gestión pondrán anualmente a disposición de cada titular de derechos al que hayan atribuido derechos recaudados o realizado pagos, incluidos aquellos titulares de derechos no miembros cuyos derechos gestionen las entidades por ser derechos de gestión colectiva obligatoria.*

[667] Párrafos 218 a 230 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.604 a 20.610).

[668] Párrafo 219 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.604).

[669] Párrafo 220 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.605).

[670] Párrafo 225 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.607).

[671] Párrafo 226 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.607 a 20.608).

(887) La base de datos, derivada de una imposición normativa, a la que se refiere la SGAE puede suponer un elemento de control y disciplinante de las entidades de gestión, y puede cumplir una función relevante para contrastar información dudosa y para operadores de gestión alternativos, desde la perspectiva de los usuarios intensivos de obras audiovisuales y/o musicales, (como TVs y cadenas de radio), especialmente para aquellos usuarios que hubieran optado por una tarifa de uso efectivo, que, como se ha visto en detalle previamente -por ser también objeto del presente expediente- constituyen una ínfima minoría. El que, hoy en día, se pueda acceder a una base de datos con las obras gestionadas por la SGAE, en modo alguno neutraliza los potenciales desincentivos para contratar con los titulares de otros repertorios que las manifestaciones sobre la representación universal de los derechos musicales y el compromiso de indemnidad frente a eventuales reclamaciones de terceros han podido tener sobre los usuarios de radio y televisión durante el periodo investigado. No cabe exigir de un usuario, al que la SGAE ha manifestado representar el conjunto de derechos de obras musicales y garantizado, en su defecto, indemnidad frente a reclamaciones de terceros – todo ello por medio del pago a una única entidad de gestión (la propia SGAE) – que, por precaución, dicho usuario se mantenga pendiente de la referida base de datos para abonar a otros operadores, no fuera ser que lo declarado por la SGAE en su relación contractual terminase no siendo cierto. Lo anterior, aun sin entrar a valorar el concreto momento a partir del cual esa consulta resultaba posible -dentro del periodo infractor considerado-, ni el nivel de precisión de la base de datos en cuestión.

(888) La mera existencia de las cláusulas controvertidas, analizadas en su contexto (según se ha hecho a lo largo del apartado 5.4.3.2.2.2), permite inferir, razonablemente, la aptitud para generar confusión en los usuarios. Pero, es que se han aportado, además, pruebas concretas de que dicha confusión se produjo en la práctica, como reflejan las declaraciones de los propios operadores de TV y radio manifestando la ausencia de claridad sobre qué repertorio concreto y respecto de qué derechos se producen los pagos a la (véanse, por ejemplo, los párrafos (685) y (686)).

(889) En cuanto a los desgloses invocados, incluidos en las facturas de determinados clientes, en ninguno de ellos se observa referencia alguna a la amplitud del repertorio[672].

(890) Nótese, a mayor abundamiento, que esta alegación contrasta con el planteamiento de la SGAE, previamente abordado, en cuanto a que las declaraciones sobre que representa la universalidad del repertorio audiovisual dimana del marco normativo vigente (véanse los párrafos (847) y siguientes).

(891) Por todo lo anterior debemos rechazar la alegación de la SGAE relativa a que estas cláusulas no podrían resultar susceptibles de inducir a error a los usuarios sobre la verdadera amplitud de su repertorio.

[672] Pueden verse, por ejemplo, en este sentido los folios confidenciales 17.740-17.742 a los que se hace referencia en el párrafo 229 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución.

5.4.3.2.2.4.4. Sobre que son los OGIs los que deben informar sobre su repertorio

(892) La SGAE afirma en sus alegaciones que no se le puede atribuir la responsabilidad de informar sobre el alcance de su repertorio porque, según se expondría en el Estudio Abreviado, serían los OGIs los que estarían obligados a realizar esta labor[673].

Valoración de la Sala

(893) Podría parecer lógico pensar que el nuevo entrante fuera quien contactara con los usuarios para darles a conocer su repertorio, ya que este es menor que el de la SGAE y sería más sencillo y eficiente gestionar esta nueva información. Siendo esta afirmación cierta, la SGAE no tiene en cuenta el impacto que tiene su afirmación de que es poseedor del repertorio universal. Así, si un usuario cree tener un contrato con una entidad de gestión que afirma ser la dueña del repertorio universal, no estará dispuesta a escuchar a otras entidades de gestión, ya que en sus acuerdos ya está pagando por todas las obras de las que hace uso.

En esta situación, aunque económicamente hablando fuera más eficiente que el nuevo entrante informara de su repertorio a los diferentes usuarios, la SGAE debería informar a los usuarios con los que tiene acuerdos suscritos que estos ya no abarcan todas las obras que el usuario podría emplear y debería dejar de afirmar que es poseedor del repertorio universal en los nuevos contratos que suscriba. Esto sería necesario para que los usuarios estuvieran dispuestos a escuchar y firmar acuerdos con nuevos entrantes, que se encargarían de informarles de qué obras pertenecen a su repertorio.

5.4.3.2.2.4.5. Sobre que las manifestaciones de los usuarios respecto de UNISON no reflejan efectos exlusionarios derivados de las declaraciones y garantías reprochadas

(894) La SGAE alega que las comunicaciones a las que se hace referencia en los párrafos (341) y siguientes del apartado de hechos probados no reflejan una negativa de los usuarios a pagar a UNISON vinculada a las declaraciones de universalidad reprochadas[674].

(895) Sostiene a continuación que las “supuestas” quejas de los usuarios a UNISON que se recogen en los párrafos (347) a (352)” tampoco pueden asociarse dichas declaraciones de universalidad[675].

---

[673] Apartado 6.4 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.610 a 20.611).

[674] Párrafos 252 a 272 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.616 a 20.620).

[675] Párrafos 273 a 282 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.620 a 20.622).

(896) La conclusión de lo anterior sería, según la SGAE, que tales comunicaciones no prueban que la actuación de la SGAE haya supuesto un obstáculo para el desarrollo de UNISON de su actividad en el mercado lo que debería llevar, a su vez, a descartar el carácter exclusionario de la actuación en cuestión.

Valoración de la Sala

(897) Estas alegaciones ya han sido abordadas en el apartado 5.4.3.2.2.2 (véanse, en particular, los párrafos (822) a (845)). Se incluirán, no obstante, a continuación, en aras de la exhaustividad, presiones adicionales sobre por qué deben resultar rechazadas.

(898) Como primera consideración, **debemos subrayar, nuevamente, que una vez establecida la aptitud de las declaraciones y garantías reprochadas para limitar los incentivos a la contratación de terceros competidores de** la **SGAE** (tal y como se hace en los párrafos (811) (821)) **ya puede imputarse un abuso de posición de dominio sin que resulte necesario acreditar efectos concretos en el mercado**. **Las comunicaciones de los usuarios respecto de UNISON, a las que se refiere** la **SGAE en las alegaciones que aquí se analizan, se aportaron a mayor abundamiento por el órgano instructor como reflejo que de que, además de la mencionada aptitud para restringir la competencia, las actuaciones controvertidas desplegaron efectos exclusionarios concretos**.

(899) La SGAE se refiere, por un lado, al cambio de interpretación de un correo de BLUEWATER, llevado a cabo por el órgano instructor entre el PCH y la Propuesta de resolución[676]. Concretamente, la DC apunta que, en la Propuesta de Resolución, aceptó la explicación alternativa formulada por la SGAE en sus alegaciones al PCH, y admitió que dicha comunicación no reflejaba una queja a UNISON derivada de las cláusulas declaraciones y garantías controvertidas por parte de la SGAE. La empresa imputada concluye, que la consecuencia de lo anterior es que "*la DC no aprecia la existencia de una conducta que pueda restringir la competencia*[677].

(900) Procede contestar, a lo anterior, que el mencionado cambio de criterio por parte del órgano instructor únicamente refleja que la DC tuvo adecuadamente en cuenta las explicaciones alternativas de la SGAE en sus alegaciones y se mostró abierta a cambiar su posicionamiento ante argumentos persuasivos. Sin embargo, en contra de lo que pretende la SGAE, este cambio de posicionamiento sobre una de las comunicaciones invocadas como ejemplo de los efectos anticompetitivos actuales de las conductas reprochadas no invalida el resto de los ejemplos aportados, ni mucho menos, refuta el análisis realizado en cuanto a la aptitud de dichas conductas para generar efectos de exclusión.

[676] Párrafos 275 a 277 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.620 a 20.621).

[677] Párrafo 277 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.621)

(901) En cuanto al comentario de VIMUSICA al que se hace referencia en el párrafo (348) del apartado de hechos probados [redacted], la SGAE alega que VIMUSICA "*interpreta equivocadamente el contenido de los acuerdos con la SGAE*"[678]. Esta Sala entiende que no cabe reprochar a VIMUSICA no haber sabido leer correctamente, entre líneas, los pretendidos objetivos legítimos de las declaraciones de la SGAE sobre que representaba un repertorio universal y que no habría que pagar a otras entidades. La conclusión razonable en cuanto al potencial efecto exclusionario de tales declaraciones y garantías es precisamente, la alcanzada por VIMUSICA: [redacted] Se trata, de hecho, de la conclusión compartida por esta Sala y que resulta coherente con la alcanzada por otros usuarios.

(902) Por lo que respecta a los correos a los que se hace referencia en los párrafos (351) y (352) de los hechos probados, la SGAE defiende, en sus alegaciones, que carecen de valor probatorio pues se refieren a problemas internos de la CORPORACIÓ CATALANA DE MITJANS AUDIOVISUALS en realizar los pagos y no a la conducta de la SGAE[680].

(903) Esta Sala no niega -ni tampoco lo hacía el órgano instructor- que, en este caso, la demora en los pagos a los derechohabientes pueda ser imputable, principalmente, a la emisora que hace uso de los derechos gestionados por UNISON. Ahora bien, lo anterior no impide que los mencionados correos -en los que se refleja la disconformidad de los derechohabientes- contribuyan a constatar los obstáculos que enfrenta UNISON para captar y mantener clientes aguas arriba potenciándose el efecto exclusionario de las declaraciones y garantías controvertidas.

5.4.3.2.2.4.6. Sobre que no se ha impedido la actividad de los OGIs en España y que la cláusula de indemnidad favorece a los potenciales entrantes en el mercado

(904) La SGAE alega que las referencias que pudiera haber en sus acuerdos con los usuarios sobre la universalidad de su repertorio y las garantías de indemnidad frente al uso de derechos de terceros no han impedido que los OGIs ejerzan su actividad en España[681] por lo que "*no puede aceptarse la afirmación de la DC de que la SGAE estaría impidiendo o dificultando el acceso por parte de terceros al*

[678] Párrafo 278 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.621).

[679] Folios 5.374-5.375 confidenciales salvo para la SGAE, aportados por UNISON en su ampliación de denuncia de 23 de julio de 2021.

[680] Párrafo 281 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.622).

[681] Apartado 6.5 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.611 a 20.613).

mercado"[682]. La empresa imputada llega incluso hasta el extremo de sostener que la cláusula de indemnidad favorece a los potenciales entrantes en el mercado[683].

(905) Para defender los referidos planteamientos la SGAE apunta, en primer lugar, que FORTA se ha puesto en contacto con dos nuevas entidades de gestión y que de la respuesta censurada de esta empresa a un requerimiento de información puede deducirse que "*habría entablado negociaciones con UNISON sin ningún tipo de problema*" lo que, a su vez, demostraría que "*no está habiendo problemas para acceder al mercado*"[684]. En este mismo sentido se habría pronunciado también SUGARPROD[685].

(906) Alude a continuación a que, según la información proporcionada por el Ministerio de Cultura y Deporte, hasta la fecha han comunicado el inicio de sus actividades en España 5 OGIs: SOUNDREEF, UNISON, MPLC, JAMENDO y SUGARPOD[686].

(907) Defiende adicionalmente la SGAE que "*la información que figura en el expediente sobre la actividad de los OGIs en el mercado es parcial*" porque se basaría únicamente en las respuestas de UNISON y SUGARPROD a requerimientos de información formulados durante la instrucción[687].

(908) En cuanto a que la cláusula de indemnidad no solo no desincentivaría la entrada de terceros, sino que la favorecería, la SGAE defiende que los usuarios consideran que el actual sistema adolece de inseguridad al existir varias entidades dentro de la misma categoría y que la garantía de indemnidad atajaría este problema. Considera la SGAE que esta solución se asimila a la inicialmente adoptada en la terminación convencional de 2003 con DAMA y que "*otorga mucha más libertad a las entidades que gestionen derechos de autor para actuar frente a los usuarios dejando en manos de la SGAE y el usuario la correspondiente compensación por el pago de derechos de repertorios distintos de los de la SGAE*"[688].

(909) En relación con lo anterior la SGAE pone a NETFLIX como ejemplo de cómo la cláusula de indemnidad permitiría a operadores como UNISON reclamar el cobro

---

[682] Párrafo 239 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.612).

[683] Apartado 6.6 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.613).

[684] Párrafos 233 a 234 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.611 a 20.612).

[685] Párrafo 236 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.612 a 20.616).

[686] Párrafo 237 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.612).

[687] Párrafo 240 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.613).

[688] Párrafos 244 a 246 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.614 a 20.615).

de derechos sin que los usuarios puedan oponer objeción relacionada con la existencia de un acuerdo con la SGAE favoreciendo a los nuevos entrantes[689].

Valoración de la Sala

(910) Esta Sala no puede acoger la alegación de la SGAE por varias razones.

(911) A título preliminar, corresponde recordar, nuevamente, que, de acuerdo con jurisprudencia relativa al abuso de posición de dominio, tan solo es necesario probar que los efectos restrictivos de la competencia de la conducta son probables[690] en el sentido de que, dadas las circunstancias del caso, la práctica tenga la capacidad práctica de producir tales efectos. El TJUE lo expresa en los siguientes términos en el párrafo 41 de su sentencia de 19 de enero de 2023 (Unilever Italia)[691] que a continuación se reproduce (énfasis añadido).

> *"Ciertamente, para constatar el carácter abusivo de un comportamiento,* ***una autoridad de competencia no tiene que demostrar necesariamente que dicho comportamiento produjo realmente efectos contrarios a la competencia****. En verdad, el artículo 102 TFUE pretende sancionar el hecho de que una o varias empresas exploten de manera abusiva una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo, con independencia de que dicha explotación haya tenido éxito o no (sentencia de 12 de mayo de 2022, Servizio Elettrico Nazionale y otros, C-377/20, EU:C:2022:379, apartado 53 y jurisprudencia citada). Por consiguiente, una autoridad de competencia* ***puede declarar la existencia de una infracción del artículo 102 TFUE constatando que****, durante el período en el que se llevó a cabo el comportamiento en cuestión, este* ***tenía, en las circunstancias del caso concreto, la capacidad de restringir la competencia basada en los méritos a pesar de su falta de efecto****."*

(912) En este sentido ha quedado sobradamente acreditado que las conductas imputadas, atendidas las circunstancias del caso, son aptas para restringir la competencia (véase el apartado 5.4.3.2.1.2). Adicionalmente se ha demostrado que se han producido efectos exclusionarios reales al haberse documentado las

---

[689] Párrafos 247 a 250 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.615 a 20.616).

[690] El párrafo 53 de Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 2022, Servizio Elettrico Nazionale y otros, C 377/20 ECLI:EU:C:2022:379 lo establece en estos términos:

"No obstante, procede recordar que para calificar de abusiva una práctica llevada a cabo por una empresa que ocupa una posición dominante no es preciso demostrar, en el caso de una práctica llevada a cabo por tal empresa con el fin de expulsar a sus competidores del mercado de que se trate, que se ha logrado ese resultado, ni tampoco un efecto de exclusión concreto en el mercado. En efecto, el artículo 102 TFUE pretende sancionar el hecho de que una o varias empresas exploten de manera abusiva una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo, con independencia de que dicha explotación haya tenido éxito o no (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de enero de 2020, České dráhy/Comisión, C 538/18 P y C 539/18 P, no publicada, EU:C:2020:53, apartado 70 y jurisprudencia citada)."

[691] Sentencia del TJUE de 19 de enero de 2023, Unilever Italia Mkt. Operations, C 680/20, ECLI:EU:C:2023:33.

dificultades de UNISON para cobrar de usuarios precisamente por la pretendida universalidad del repertorio de la SGAE y las cláusulas de indemnidad.

(913) Tras subrayar lo anterior, procede responder, en primer lugar, a las alegaciones de la SGAE abordadas en el presente apartado, que el hecho de que hayan surgido algunos OGIs a lo largo de los últimos años no refuta la dimensión exclusionaria de las declaraciones y garantías reprochadas. La aparición de estos OGIs, en modo alguno permite descartar que no hayan debido enfrentarse a barreras de entrada y expansión derivadas de tales conductas ni que en ausencia de las mismas pudieran haber penetrado en el mercado un mayor número operadores o haber experimentado los ya presentes un mayor crecimiento. A este respecto, las cuotas de mercado residuales de los OGIs presentes en España (véase el apartado 3.4) apuntan, precisamente, a la existencia de tales barreras y a que, muy al contrario de lo que pretende la SGAE, su entrada y presencia en el mercado (ya que difícilmente puede hablarse de expansión) se ha producido no ya gracias a las declaraciones y garantías reprochadas, sino a pesar de éstas. Tampoco refuta las conclusiones del análisis realizado en al apartado 5.4.3.2.2.2 de la presente, sobre la aptitud de estas conductas para restringir la competencia, el que FORTA o SUGARPROD haber negociado la contratación de UNISON.

(914) Tampoco cabe acoger la alegación relativa a la pretendida parcialidad de la información que figura en el expediente sobre la actividad de los OGIs en el mercado, atendiendo a que únicamente se habrían tenido en cuenta lo manifestado por UNISON y SGUGARPROD durante la instrucción. Como la propia SGAE reconoce en su escrito de alegaciones, la DC dirigió requerimientos de información tanto a SUGARPOD y UNISON como JAMENDO, SOUNDREEF, no obstante, estos dos últimos rehusaron contestar[692]. La no reiteración del requerimiento de información que SGAE critica en sus alegaciones responde a la valoración de la DC respecto de la relevancia y utilidad de la información requerida, precisamente tras recibir las respuestas de UNISON y SUGARPOD y a la vista de la información disponible sobre la presencia efectiva en el mercado de los dos OGIs que no acusan recibo de la notificación del requerimiento de información. Además, como se ha señalado (párrafo (235)), la información pública de estos OGIs ya permite inferir que su peso en los mercados relevantes es residual. Asimismo, la importancia relativa de los operadores también se puede estimar a partir no solo de las respuestas de las entidades de gestión y de los OGIs sino también de las respuestas de los usuarios. En este sentido, la DC ha formulado requerimientos de información a los principales usuarios, estimándose para estos OGIs una limitada presencia aguas abajo en España en los mercados objeto de este expediente (estimándose un [redacted]%, véase apartado 3.4.2.1), lo que permite inferir también una escasa relevancia aguas arriba (párrafo (235)).

(915) Por último, procede rechazar la tesis de la SGAE en cuanto a que la cláusula de indemnidad favorece a los potenciales entrantes en el mercado al facilitar los

[692] Párrafo 240 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.613).

pagos y otorgar mayor libertad a los operadores que gestionen derechos de autor para actuar frente a los usuarios dejando en manos de la SGAE y el usuario la correspondiente compensación por el pago de derechos de repertorios distintos de los de la SGAE. Esta Sala coincide con la DC en que los usuarios no deberían necesitar que la SGAE les habilite para atender a las reclamaciones de otras entidades u operadores de gestión o titulares de derechos. No se discute que el poder hacer uso del conjunto de derechos sobre obras musicales pagando a un único operador constituye una ventaja en términos de comodidad. Sin embargo, tampoco plantea dudas que esta dinámica de "ventanilla única", derivada de la garantía de indemnidad, resta incentivos para contratar con terceros operadores y tiene por tanto aptitud para generar efectos exclusionarios y en consecuencia para contribuir a consolidar la posición de dominio de la SGAE. Al igual que sucede con otras prácticas abusivas exclusionarias como los precios predatorios o los descuentos de fidelidad, no puede aceptarse que un beneficio a corto plazo para los usuarios compense potenciales efectos restrictivos sobre la estructura del mercado a medio o largo plazo. Además, como ha quedado demostrado, varios operadores relevantes en términos de audiencia han señalado que la cláusula de indemnidad supone que es la SGAE quien tiene que hacer los ajustes pertinentes con las entidades que reclamen.

(916) Por otra parte, esta Sala no puede aceptar la procedencia de que el operador dominante establezca a través de estas previsiones el precio que puede cobrar otra entidad por gestionar los derechos musicales de su repertorio. Resulta fundamental, para el correcto funcionamiento del proceso competitivo que puedan realizarse comparativas entre la oferta de la SGAE y la de sus potenciales competidores no ya solo en términos de contenido del repertorio sino también en materia de precios.

(917) Tampoco puede acogerse la referencia a NETFLIX como pretendido ejemplo de que la cláusula de indemnidad permitiría a operadores como UNISON reclamar el cobro de derechos sin que los usuarios puedan oponer objeción relacionada con la existencia de un acuerdo con la SGAE favoreciendo a los nuevos entrantes. No obra en el expediente el contrato entre NETFLIX y de la respuesta de este usuario al requerimiento de información de la DC[693] no se deduce que el referido contrato incluya este tipo de cláusula, sino más bien lo contrario. Indica NETFLIX en su respuesta[694] que si una entidad distinta de SGAE presenta una reclamación "*se valida con SGAE para garantizar que ni la entidad de gestión colectiva ni el operador de gestión independiente presentan reclamaciones respecto del mismo repertorio*". De ello se infiere que NETFLIX no paga a la SGAE por un repertorio universal pues de otro modo no sería necesario comprobar si ya se ha pagado a la SGAE por el uso de la misma obra en tanto el pago a la SGAE ya habría cubierto todo posible uso de obras musicales.

[693] Respuesta de NETFLIX de 13 de abril de 2023.

[694] Folio no confidencial 7.030 y folio confidencial 7.023.

5.4.3.2.2.5. Conclusión

(918) Al introducir en los contratos con emisoras de radio y televisión cláusulas que presentan el repertorio musical de la SGAE como universal, cuando no lo es, y garantizan indemnidad a los usuarios frente a reclamaciones de terceros por el uso de obras de su repertorio, la SGAE ha incurrido en conductas susceptibles de restringir la competencia. Habida cuenta del contexto en que ha tenido lugar se considera que las conductas analizadas tienen la aptitud para generar un efecto de exclusión frente competidores actuales o potenciales de la SGAE y, por ende, para reforzar su posición dominante tanto aguas abajo como aguas arriba mediante el recurso a medios distintos de los propios de una competencia basada en los méritos sin que exista una justificación objetiva para ello. A la vista de lo anterior se concluye que la práctica de la SGAE consistente en licenciar su repertorio musical presentándolo como universal y garantizando la indemnidad contra reclamaciones de terceros por el uso de obras de su repertorio constituye un abuso exclusionario de su posición de dominio en el mercado aguas abajo de concesión de autorización de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales tanto (i) para el servicio de comunicación radiofónico como (ii) para el servicio de comunicación audiovisual de televisión (lineal o a petición). Esta conducta se ha prolongado desde al menos el 1 de enero de 2016 hasta, al menos, el cierre de la fase de instrucción del presente expediente sancionador.

5.4.4. Infracción única y continuada y duración

5.4.4.1. Infracción única y continuada

5.4.4.1.1. Principios

(919) La figura de la infracción única y continuada está admitida en el ordenamiento jurídico a través de la previsión contemplada en el artículo 29.6 de la Ley 40/2015 que establece que "[s]*erá sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión".*

(920) Respecto a la tipificación de varías prácticas de abuso de posición dominante como **una infracción única, compleja y continuada**, la jurisprudencia europea[695] ha establecido la posibilidad de calificar distintas actuaciones

[695] La Sentencia del TGUE de 1 de julio de 2010, en el asunto AstraZeneca, que a su vez fue confirmada por el TJUE, señaló que[695] "*el concepto de infracción única y continuada se refiere a un conjunto de acciones que se inscriben en un plan conjunto, debido a su objeto idéntico, que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 870supra,apartado 258). Para calificar distintas actuaciones como de infracción única y continuada, procede comprobar si presentan un vínculo de complementariedad, en el sentido de que cada una de ellas va destinada a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia, y contribuyen,*

constitutivas de un abuso de posición de dominio como una infracción única y continuada cuando las distintas actuaciones guardan un vínculo de complementariedad entre ellas para contribuir mediante una interacción a la realización de los objetivos contemplados de una estrategia a que todas estas actuaciones contribuyen.

(921) Así, el concepto de infracción única y continuada, ampliamente definido respecto de las conductas colusorias contrarias al artículo 101 del TFUE, también se ha aplicado por los tribunales comunitarios en el marco del artículo 102 del TFUE en varios asuntos.

(922) En el asunto Intel la aplicación de este concepto en el marco del artículo 102 se aborda de forma detallada[696], si bien la Sentencia del TGUE de 1 de julio de 2010, en el asunto AstraZeneca[697], que a su vez fue confirmada por el TJUE, había ya enmarcado este concepto:

> *"En efecto, se desprende de la jurisprudencia que el concepto de infracción única y continuada se refiere a una serie de comportamientos que se inscriben en un plan de conjunto, debido a su objeto idéntico, que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común. Para calificar los diferentes comportamientos como infracción única y continua, procede comprobar si presentan un vínculo de complementariedad, en el sentido de que cada uno de ellos vaya destinado a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia, y si contribuyen, por medio de una interacción, a lograr los objetivos fijados dentro de ese plan global. A este respecto, habrá que tener en cuenta cualquier circunstancia que pueda demostrar o desmentir dicho vínculo, como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata […]. Las prácticas individuales*

---

mediante una interacción, a la realización de los objetivos contemplados en el marco de este plan global. (sentencia del Tribunal de 12 de diciembre de 2007, BASF y UCB/Comisión, T-101/05 y T-111/05, Rec. p. II-4949, apartados 179 y 181)"]

Sentencia del TGUE de 17 de diciembre de 2015, en el asunto Orange Polska (T-486/11; ECLI:EU: T:2015:1002), párrafo 136; confirmada por el TJUE el 25 de julio de 2018, Orange Polska/Comisión, C-123/16 ECLI:EU:C: 2018:590)].

696 Sentencia de 12 de junio de 2014, INTEL/COMISIÓN, T-286/09, apartados 1.562 y 1.563.

697 La Sentencia del TGUE de 1 de julio de 2010, en el asunto AstraZeneca establece que "*el concepto de infracción única y continuada se refiere a un conjunto de acciones que se inscriben en un plan conjunto, debido a su objeto idéntico, que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común* (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 870 supra, apartado 258). Añade que: "*para calificar distintas actuaciones como de infracción única y continuada, procede comprobar si presentan un vínculo de complementariedad, en el sentido de que cada una de ellas va destinada a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia, y contribuyen, mediante una interacción, a la realización de los objetivos contemplados en el marco de este plan global*" (apartado 892).

Sentencia del Tribunal de 12 de diciembre de 2007, BASF y UCB/Comisión, T 101/05 y T 111/05, Rec. p. II 4949, apartados 179 y 181)].

Sentencia del TGUE de 17 de diciembre de 2015, en el asunto Orange Polska, T-486/11, ECLI:EU: T:2015:1002, apartado 136; confirmada por el TJUE el 25 de julio de 2018, C-123/16, ECLI:EU:C: 2018:590)].

reprochadas a la demandante perseguían un objetivo idéntico desde el momento en que todas ellas pretendían excluir a AMD del mercado mundial de las CPU x86."

(923) En el Asunto Slovak Telecom, el Tribunal aludió a la calificación realizada por la Comisión Europea en su decisión, sin que dicha calificación fuese impugnada por la demandante[698]*:*

"Por otra parte, la Comisión constató, en los considerandos 1507 a 1511 de la Decisión impugnada, que estas distintas prácticas formaban parte de una misma estrategia de exclusión desarrollada por Slovak Telekom, que tenía por objeto restringir y falsear la competencia en el mercado minorista de los servicios fijos de banda ancha de Eslovaquia y proteger los ingresos y la posición de este operador en dicho mercado. Sobre esta base, llegó a la conclusión de que estas prácticas, respecto de las que la demandante también debía ser considerada responsable en su calidad de sociedad matriz de Slovak Telekom, integraban un mismo plan global que tenía como finalidad restringir la competencia y constituían, en consecuencia, una infracción única y continuada (considerando 1511 de la Decisión impugnada)"

(924) De conformidad con la anterior jurisprudencia del TJUE, a pesar de que unas conductas sean susceptibles de poder sancionarse individualmente como abusos recogidos en el artículo 102 del TFUE éstos pueden sancionarse conjuntamente como parte de una misma estrategia con idéntico objetivo[699].

5.4.4.1.2. Aplicación a este caso

(925) Se han analizado conductas relacionadas con el repertorio musical de la SGAE y conductas relacionadas con el repertorio audiovisual de la SGAE.

(926) En relación con el repertorio musical de la SGAE las conductas estudiadas comprenden (i) el diseño y aplicación de tarifas a usuarios de radio y televisión y (ii) las prácticas relativas a la presentación del repertorio como universal y la indemnidad frente a reclamaciones de terceros.

(927) En cuanto al repertorio audiovisual de la SGAE se ha analizado el diseño y aplicación de las tarifas por disponibilidad para usuarios de televisión.

(928) A continuación, se abordará si los principios expuestos sobre la infracción única y continuada son aplicables a estas prácticas.

---

[698] Sentencia del Tribunal General, Deutsche Telekom AG v. Comisión, T-827/14, considerando 175.

[699] Sentencia de 12 de junio de 2014, INTEL/COMISIÓN, T-286/09, apartado 1564 "*Según la jurisprudencia, por lo tanto, la Comisión estaba facultada para imponer una multa única. A este respecto, la Comisión no está obligada a desglosar en los motivos de la Decisión impugnada el modo en que ha tenido en cuenta cada uno de los abusos reprochados para determinar la multa (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de 6 de octubre de 1994, Tetra Pak/Comisión, T-83/91, Rec. p. II-755, apartado 236, y Michelin II, citada en el apartado 75 supra, apartado 265)*."

5.4.4.1.2.1. Conductas relativas al repertorio musical de la SGAE

(929) En el presente caso, se considera que se cumplen las condiciones antes señaladas para que las conductas analizadas en relación con el repertorio musical sean calificadas como una infracción única y continuada.

(930) Aunque cada una de las conductas analizadas en relación con el repertorio musical constituye una infracción diferenciada e independiente, se considera que procede calificarlas, en su conjunto, como una infracción compleja única y continuada ya que: (i) todas fueron llevadas a cabo por la SGAE, y constituyen un abuso de posición de dominio; (ii) todas se aplicaron durante el mismo periodo y forman parte de una misma estrategia mantenida en el tiempo para consolidar la posición de dominancia de la SGAE en los mercados relevantes relacionados con las obras musicales y obstaculizar la expansión y entrada de operadores alternativos; y (iii) existe una complementariedad entre las mismas.

(931) En primer lugar, las dos conductas fueron llevadas a cabo por la SGAE e infringen los mismos preceptos concurrentes (art. 2 LDC y 102 TFUE).

(932) En segundo lugar, las dos conductas se refieren a las condiciones en que la SGAE licencia a usuarios de radio y televisión su repertorio musical (por un lado mediante el diseño y aplicación de sus tarifas y por otro mediante las cláusulas de contratos y convenios relativas a la universalidad del repertorio), se han llevado a cabo de forma paralela durante el mismo periodo temporal (desde al menos el 1 de enero de 2016 hasta la actualidad) y forman parte de una misma estrategia de exclusión que refuerza la posición de dominio de la SGAE dificultando la entrada y expansión de otros operadores que gestionan derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales.

(933) En tercer lugar, las dos infracciones resultan complementarias y refuerzan los efectos exclusionarios de cada una de ellas. Así, la pretendida universalidad del repertorio musical de la SGAE y la garantía de indemnidad frente a reclamaciones de terceros limita los incentivos de los usuarios para contratar el repertorio de terceros pues el pago a la SGAE cubre el 100% de las obras musicales y si existe una reclamación de un tercero por el uso de obras de su repertorio la SGAE garantiza que la emisora quedará indemne de tal reclamación. Esta conducta dificulta que las entidades que gestionan los derechos de propiedad intelectual de otros repertorios musicales puedan licenciar y cobrar por los derechos que gestionan. A su vez, la práctica de no ofrecer tarifas que guarden relación con el valor y la intensidad de uso del repertorio musical de la SGAE a las emisoras de radio refuerza el efecto exclusionario de la práctica anterior, pues las emisoras no tendrán incentivos a contratar repertorios de operadores alternativos ya que habrán de seguir pagando lo mismo (por la tarifa de disponibilidad) al incumbente que presenta como universal un repertorio que no lo es pero que representa a más del 80% de las obras musicales y a más del 90% de los autores.

(934) Lo mismo ocurre en relación con las emisoras de televisión pues al situar el nivel de las tarifas de uso efectivo del repertorio musical en un nivel antieconómico

para el grueso de las televisiones, los operadores pagarán lo mismo independientemente del uso efectivo del repertorio musical y si a ello se une que la SGAE garantiza la universalidad del repertorio e indemnidad frente a cualquier reclamación al respecto los incentivos a contratar con operadores alternativos se reducen aún más. Adicionalmente, la falta de transparencia sobre el repertorio musical empleado agrava los efectos de la pretendida universalidad, dificulta que los operadores tengan una imagen fiel del repertorio del incumbente y hace más complejo determinar si las tarifas son equitativas.

(935) Las dos prácticas abusivas analizadas dificultan que operadores distintos de la SGAE logren licenciar su repertorio musical a los usuarios de radio y televisión; al tratarse de mercados caracterizados por economías de alcance y de red, reducir la capacidad de recaudación también limita su capacidad de atraer a nuevos autores, lo cual a su vez se traduce en una menor capacidad de recaudar derechos. En suma, las dos prácticas contribuyen, de forma distinta y complementaria, a reforzar la posición de dominio de la SGAE, dificultando la entrada y expansión de operadores alternativos a la incumbente en relación con la gestión de derechos de propiedad intelectual de autores de obras musicales.

5.4.4.1.2.2. Diseño y aplicación de tarifas por disponibilidad para usuarios de televisión del repertorio audiovisual de la SGAE

(936) La conducta consistente en el diseño y aplicación de tarifas por disponibilidad para usuarios de televisión del repertorio audiovisual de la SGAE también constituye un abuso de posición dominante y ha sido llevada a cabo por la SGAE. Sin embargo, se considera una conducta autónoma que no forma parte de la infracción única y continuada descrita en el apartado anterior relativa al repertorio musical de la SGAE.

(937) En relación con esto último, no procede acoger las alegaciones de la SGAE en cuanto a que la DC habría dividido artificialmente en dos infracciones[700] por los motivos que se exponen a continuación.

(938) Sin perjuicio de que, por los motivos de economía procedimental señalados en el párrafo (626) se aborden en un mismo apartado, el diseño y aplicación de tarifas por disponibilidad para usuarios de televisión del repertorio audiovisual de la SGAE se refiere a derechos diferentes de los musicales y son titularidad de distinto tipo de autores (véase párrafo (317) . Así, mientras la infracción única y continuada antes descrita hacía referencia a derechos exclusivos de gestión colectiva voluntaria de comunicación pública y reproducción de obras musicales, los derechos del art. 90.4 TRLPI se refieren a derechos de remuneración por el uso de obras audiovisuales y son de gestión colectiva obligatoria por imperativo legal.

(939) Son conductas que afectan a mercados distintos (véase párrafo (190)) y en los que la estructura de la oferta es diversa (véase el apartado 3.4). En este

[700] Párrafos 299 a 304 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.627 a 20.628).

contexto, si bien ambas infracciones (la relativa a obras musicales y la relativa a obras audiovisuales) son susceptibles de producir efectos exclusionarios, estos se proyectan sobre un grupo de oferentes diverso. Asimismo, aunque ambas resultan aptas para reforzar la posición de dominio de la SGAE la reforzarían en mercados distintos y a través de conductas que se producen en mercados también distintos.

(940) No se aprecia, por otro lado, que exista un vínculo de complementariedad entre la conducta relativa al repertorio audiovisual y las dos infracciones relacionadas con el repertorio musical que conforman la infracción única y continuada. En particular, no se aprecia que las conductas ligadas al repertorio musical (la pretendida universalidad del repertorio musical y las garantías de indemnidad frente a reclamaciones de terceros junto al diseño y aplicación de sus tarifas) guarden relación con la conducta ligada al repertorio audiovisual de la SGAE (el diseño y aplicación de tarifas por disponibilidad para usuarios de televisión). Como se ha señalado se trata de repertorios muy distintos de autores diversos. En este sentido el hecho de que se produzcan las conductas ligadas al repertorio musical no es necesario para que se produzca la conducta ligada al repertorio audiovisual ni viceversa (pues para los usuarios no son derechos complementarios).

(941) Procede apuntar, por último, que la duración de la infracción relativa a los derechos audiovisuales es menor y finaliza en 2017 como se analizará a continuación mientras que aquella que afecta a los derechos musicales se habría prolongado, al menos, hasta el cierre de la fase de instrucción del presente expediente, sin que esta Sala tenga constancia que se haya puesto fin a la misma en la fecha de adopción de la presente resolución.

5.4.4.2. Duración

5.4.4.2.1. Infracción única y continuada en relación con el repertorio musical de la SGAE

(942) Durante el periodo investigado, esto es desde al menos el 1 de enero de 2016 hasta el cierre de la fase de instrucción, se ha establecido que la SGAE tuvo posición de dominio en los mercados relevantes definidos relacionados con los derechos musicales tanto aguas arriba como aguas abajo.

(943) Por otra parte, se ha acreditado que las conductas relacionadas con el diseño y aplicación de tarifas en relación con las obras musicales han tenido lugar desde al menos el 1 de enero de 2016 hasta el cierre de la fase de instrucción, al igual que las conductas relacionadas con las tarifas aplicadas a los derechos audiovisuales y las prácticas relacionadas con la universalidad del repertorio musical.

(944) Por lo que respecta a las tarifas se ha acreditado que hasta el momento las tarifas que aplica la SGAE a los radiodifusores son las tarifas de 2015 por no haber alcanzado un acuerdo con estos últimos (véase párrafo (394)). Asimismo,

[redacted]

[redacted] (véase párrafo (407)) y la CORPORACIÓ CATALANA DE MITJANS AUDIOVISUALS, S.A., indica que al no haber llegado a un acuerdo desde 2016 realiza pagos a cuenta (véase párrafo (414)). Se ha acreditado asimismo que durante el periodo investigado las tarifas recogidas en los convenios y acuerdos y efectivamente aplicadas a los radiodifusores y al grueso de emisoras de televisión en términos de audiencia son tarifas por disponibilidad promediada (apartado 4.2.4).

(945) En cuanto a la universalidad del repertorio, se ha acreditado que en la Memoria Justificativa de 2016 de la SGAE se indicaba que la amplitud del repertorio de la SGAE era máxima en términos que se encuentran también presentes en la Memoria Justificativa de 2023 (véase párrafo (327)). Asimismo, el contrato de ATRESMEDIA con la SGAE que incluía cláusulas de universalidad y de indemnidad desplegó efectos desde 2016 y ha estado en vigor hasta al menos 2022 (véase párrafo (328)). Igualmente, el convenio vigente con AERC desplegó efectos desde el 1 de enero de 2016 (véase párrafo (332)).

(946) Por tanto, se ha producido una infracción única y continuada en relación con los mercados definidos aguas abajo y aguas arriba relativos a derechos musicales que comprende (i) el diseño y aplicación de tarifas a usuarios de radio y televisión y (ii) las prácticas relativas a la presentación del repertorio como universal y la indemnidad frente a reclamaciones de terceros cuya duración se extiende desde al menos el 1 de enero de 2016 hasta el cierre de la fase de instrucción.

5.4.4.2.2. Diseño y aplicación de tarifas por disponibilidad para usuarios de televisión del repertorio audiovisual de la SGAE

(947) Por lo que respecta a los mercados relacionados con los derechos audiovisuales, se ha establecido que la SGAE ha sido dominante a lo largo de todo el periodo investigado sólo en los mercados estrechos relativos a los derechos de autores musicales; en los restantes la SGAE ha sido dominante al menos entre el 1 de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2017.

(948) Se ha acreditado que hasta el momento las tarifas que aplica la SGAE a los radiodifusores son las tarifas de 2015 por no haber alcanzado un acuerdo con estos últimos (véase párrafo (394)). ATRESMEDIA ha apuntado que tales tarifas 2015 a la vez son matizadas en su aplicación práctica en materia tanto de determinación de los ingresos a tener en cuenta, como en los tipos aplicables y en las deducciones y bonificaciones.[701] Varios operadores de televisión que emplean el repertorio audiovisual de la SGAE confirman que no han aplicado tarifas que reflejen el uso efectivo del repertorio desde 2016 ya sea por haber realizado pagos a cuenta o por haber aplicado tarifas por disponibilidad (véanse los apartados 4.2.4.3 y 4.2.4.4). A su vez MEDIASET ha indicado que la SGAE nunca le ha ofrecido una TUE distinta de la de las tarifas generales (véase párrafo (430)).

[701] Folio no confidencial 17.773.

(949) Por tanto, se ha producido una infracción en relación con los mercados aguas abajo y aguas arriba de derechos audiovisuales consistente en el diseño y aplicación de las tarifas por disponibilidad para usuarios de televisión cuya duración comprende al menos el periodo entre el 1 de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2017.

5.4.5. Afectación al comercio entre Estados miembros de la Unión Europea

5.4.5.1. Principios

(950) El artículo 102 del TFUE establece que "[s]erá incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo" (énfasis añadido).

(951) El párrafo 22 de las Directrices de la CE relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (2004/C 101/07) señala que la aplicación del criterio del efecto sobre el comercio es independiente de la definición de los mercados geográficos de referencia y que el comercio entre Estados miembros también puede verse afectado en caso de que el mercado pertinente sea nacional o subnacional.

(952) El TJUE[702] se ha pronunciado en este sentido, señalando que no es necesario que una práctica anticompetitiva tenga dimensión transfronteriza para considerar afectado el comercio intracomunitario, destacando que una práctica colusoria que se extienda a todo el territorio de un Estado miembro, como ocurre en este caso, tiene por efecto consolidar compartimentaciones de carácter nacional y es susceptible de obstaculizar la interpenetración económica perseguida por el Tratado. Conviene atender a la existencia de un comercio entre los Estados miembros de los productos/servicios cubiertos por la práctica, y a la existencia de prácticas que puedan afectar a dicho comercio.

5.4.5.2. Aplicación a este caso

(953) Esta Sala considera que las conductas de la SGAE investigadas en el presente expediente son susceptibles de afectar al comercio intracomunitario.

(954) En primer lugar, el artículo 199 del TRLPI hace extensiva la protección que el texto legislativo otorga a los autores españoles también a "*los autores nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea*". Por tanto, la liquidación definitiva de las cantidades recaudadas por la SGAE no se circunscribe únicamente a España, sino que la SGAE o cualquier otra entidad de gestión pueden representar a ciudadanos de otros países miembros, fundamentalmente a través de contratos de representación recíproca establecidos con sociedades

[702] Ver STJUE en el caso C-309/09 - Wouters, ECLI:EU:C:2002:98, apartado 95 y jurisprudencia citada.

extranjeras, actividad por la que entrega a las entidades de gestión comunitarias el porcentaje que recauda por los autores extranjeros asociados a las mismas.

(955) En segundo lugar, las conductas de la SGAE investigadas en el presente expediente son susceptibles de afectar al comercio entre Estados miembros dado que cualquier empresa implantada en la UE que opere en territorio español y necesite una autorización por el derecho de comunicación pública de obras musicales o audiovisuales, debe negociar con la SGAE, con otras entidades gestoras de derechos o con los propios autores individualmente.

(956) En tercer lugar, las prácticas afectan a todo el territorio nacional.

(957) Asimismo, la inclusión de las autorizaciones multiterritoriales en la reciente modificación del TRLPI refuerza la conclusión de esta Sala respecto a la afectación al comercio intracomunitario, al contemplar dicha ley expresamente la posibilidad de explotación de derechos de una obra musical en el territorio de varios Estados miembros de la Unión Europea[703].

(958) En definitiva, se cumplen 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 permite la aplicación del artículo 102 TFUE a los efectos del presente expediente.

(959) De hecho, cabe recordar lo señalado por el TS[704] recordando que la jurisprudencia de la UE[705] había señalado ya la efectiva afectación al comercio de los Estados Miembros de las conductas de entidades de gestión de derechos de autor:

> *"En estos supuestos, pues, no es necesaria una prueba adicional que, como exige el tribunal de instancia, concrete el porcentaje de artistas musicales incluidos en el repertorio de AIE o el porcentaje de los ingresos de explotación de la entidad que provengan de las grabaciones audiovisuales de aquéllos. Basta que la dimensión del mercado de referencia sea la correspondiente* ***a todo el territorio español*** *("parte sustancial del mercado interior")* ***y que la conducta abusiva imputada se extienda potencialmente, por la vía de las tarifas generales, a todos los operadores, sin distinción de su nacionalidad, presentes en él".***

(960) El TS dictaba sentencia en este caso casando una sentencia de la AN (de 13 de junio de 2011) que estimaba parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la resolución de la CNC de 23 de julio de 2009 (Expte. S/651/08 AIE/T5, en el que se declaraba que la entidad de gestión AIE había infringido el artículo 6 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia y el artículo 82 TCE). La AN estimó parcialmente el recurso en lo relativo a que no se había acreditado la infracción del artículo 82 TCE al entender que en ese caso no constaba acreditado que la conducta hubiera afectado al comercio

[703] Artículo 170 del TRLPI.

[704] Sentencia del TS de 24 de noviembre de 2014 (rec. 646/2009).

[705] Sentencia de 11 de diciembre de 2008, Kanal 5 y TV-4, C-52/07, ECLI:EU:C:2008:703.

comunitario (en lo relativo a la acreditación de la infracción del artículo 82 TCE, actual artículo 102 TFUE).

(961) En conclusión, se han analizado conductas que constituyen por una parte (i) una infracción única y continuada relativa a los derechos de propiedad intelectual sobre obras musicales para emisoras de radio y televisión y por otra (ii) un abuso de posición dominante relativo a los derechos de propiedad intelectual sobre obras audiovisuales para emisoras de televisión, cada uno de los cuales infringe conjuntamente los artículos 2 LDC y 102 TFUE.

5.5. Culpabilidad y responsabilidad

5.5.1. Principios

(962) El artículo 61 de la LDC establece que son sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en la LDC.

(963) Por otro lado, en el ámbito del derecho administrativo sancionador español no tiene cabida la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción y resulta imprescindible el elemento volitivo. Ello supone que la imposición de la sanción exige que la conducta típica y antijurídica sea imputable, al menos a título de culpa, al autor[706].

(964) Por ello, el artículo 63.1 de la LDC condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la autoridad de competencia a la concurrencia en el sujeto infractor de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada.

(965) En este sentido, el Tribunal Supremo ha establecido que la culpabilidad en el ámbito de aplicación de la LDC debe tener en cuenta las particularidades lógicas que implica el concepto de persona jurídica[707]:

> *"En el caso de infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas no se suprime el elemento subjetivo de la culpa, pero el mismo se debe aplicar de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. […] esa construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden las personas jurídicas. Falta en ellas el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidas. […] ese principio [de culpabilidad] se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas […]".*

[706] Por todas, la Sentencia del TS de 22 de noviembre de 2004 y artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) y 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen Jurídico del Sector Público.

[707] Sentencia del TS, de 22 de mayo de 2015, en el asunto France Telecom (Orange) nº rec 95/2014.

(966) Por otro lado, la LDC preveía antes de su última modificación[708]:

- En su artículo 62.3.b), que son infracciones graves "el abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 que no tenga la consideración de muy grave".

- En su artículo 62.4.a) que son infracciones muy graves "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" (énfasis añadido).

(967) La LDC establece (tras su última modificación que entró en vigor el 29 de abril de 2021), en su artículo 62.4.a), que son infracciones muy graves "[e]*l abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 de esta ley y en el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*.

5.5.2. Aplicación al caso

(968) Teniendo en cuenta los hechos acreditados, se considera que las conductas anticompetitivas descritas en el apartado 5.4.3.2 de la presente resolución son imputables a la SGAE, por su participación en una infracción constitutiva de abuso de posición de dominio prohibida por los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE.

(969) Por una parte, la SGAE ha abusado de su posición de dominio en el mercado de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual radiofónico y para el servicio de comunicación audiovisual de televisión (lineal o a petición) mediante las prácticas consistentes en (i) el diseño y aplicación de tarifas por disponibilidad a usuarios de radio y televisión y (ii) las prácticas relativas a la presentación del repertorio como universal y la indemnidad frente a reclamaciones de terceros. Esta infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE constituye una infracción única y continuada de carácter muy grave cuya duración se extiende desde al menos el 1 de enero de 2016 hasta la actualidad, conforme a lo previsto en el artículo 62.4.b) de la LDC, tanto en la redacción anterior a la modificación que entró en vigor el 29 de abril de 2021 (que establecía como infracción muy grave *el abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 de la Ley cuando el mismo sea cometido por una empresa que (…) tenga una cuota de mercado próxima al monopolio*, siendo de aplicación dicho precepto a la SGAE a tenor de las cuotas de mercado descritas en el apartado 5.4.2.2.1) como en la redacción actual en vigor desde el 29 de abril de 2021 (que establece como infracción muy grave *"[e]l abuso de posición*

[708] La introducida por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores; en vigor desde el 29 de abril de 2021.

de dominio tipificado en el artículo 2 de esta ley y en el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

(970) Por otra parte, la SGAE ha abusado de su posición de dominio en el mercado de gestión de derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales a que se refiere el artículo 90.4 del TRLPI para el servicio de comunicación audiovisual de televisión (lineal o a petición) mediante las prácticas relativas al diseño y aplicación de tarifas a usuarios de radio y televisión desde al menos el 1 de enero de 2016 hasta al menos el 31 de diciembre de 2017. Esta infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE constituye una infracción muy grave conforme a lo previsto en el artículo 62.4.b) de la LDC, en la redacción anterior a la modificación que entró en vigor el 29 de abril de 2021 (que establecía como infracción muy grave *el abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 de la Ley cuando el mismo sea cometido por una empresa que (…) tenga una cuota de mercado próxima al monopolio*).

5.6. Conclusión de la valoración jurídica

(971) A la vista de todo lo anterior esta Sala considera acreditado que la SGAE ha incurrido en las siguientes infracciones:

- Una infracción única y continuada del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE consistente en un abuso de posición de dominio en los mercados de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual radiofónico y para el servicio de comunicación televisivo (lineal y bajo demanda) que comprende (i) el diseño y aplicación de tarifas por disponibilidad y (ii) las prácticas relativas a la presentación del repertorio como universal y la indemnidad frente a reclamaciones de terceros cuya duración se extiende desde al menos el 1 de enero de 2016 hasta el cierre de la fase de instrucción.

- Una infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE consistente en el diseño y aplicación de las tarifas por disponibilidad en el mercado de la gestión de derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales a que se refiere el artículo 90.4 del TRLPI para el servicio de comunicación audiovisual de televisión (lineal o a petición) cuya duración comprende al menos el periodo entre el 1 de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2017.

5.7. Otras alegaciones no abordadas previamente

5.7.1. Sobre que el Consejo de la CNMC ya habría valorado las conductas objeto del presente expediente en el pasado

(972) En sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, la SGAE sostiene que las conductas que le son imputadas en este expediente habían sido valoradas de manera positiva por la CNMC en procedimientos anteriores[709]. En particular, la

[709] Aparado 2 (párrafos 3 a 26) de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.543 a 20.554).

SGAE cita 4 momentos previos en los que este organismo habría validado el diseño de sus tarifas. Se trata, concretamente, de una comunicación a instancia propia de sus tarifas en 2009 y de 3 procedimientos sancionadores tramitados por este organismo:

(i) Comunicación remitida por la SGAE el 28 de octubre de 2009, en la que informaba a la entonces CNC, de la estructura tarifaria que pretendía aplicar a la comunicación pública y reproducción de obras musicales y audiovisuales por emisoras de televisión. La SGAE señala que en esa comunicación informaba de la tarifa por uso, y la CNC no planteó objeciones.

(ii) Expediente S/DC/0590/16 DAMA vs SGAE: La SGAE insiste en que las dos conductas sancionadas en el procedimiento actual ya habían sido objeto de análisis por la CNMC en la información reservada previa a la incoación de dicho expediente. En este sentido, la SGAE se refiere a su contestación de 6 de octubre de 2016 en la que, respondiendo a un requerimiento de la DC, explicó el funcionamiento de su tarifa de uso efectivo en el ámbito de la televisión. De igual modo, la SGAE cita su contestación de 14 de noviembre de 2016, en la que informó de sus negociaciones con la Asociación Española de Radiodifusión Comercial (AERC) y la Federación de Organismos de Radio y Televisión Autonómicos (FORTA); así como las explicaciones adicionales aportadas el 26 de mayo de 2017.

(iii) Expediente S/0466/13 SGAE-AUTORES: en este procedimiento se analizaron las tarifas de 2015 de la SGAE, para la concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para televisión. Este procedimiento versaba sobre el carácter discriminatorio y poco transparente de determinados descuentos aplicados a ciertos operadores de televisión, y finalizó mediante una terminación convencional que fue sometida a vigilancia. Durante la tramitación el expediente de vigilancia, la DC solicitó información a la SGAE sobre sus tarifas para televisión en reiteradas ocasiones. Estos requerimientos fueron contestados por la SGAE mediante diferentes escritos en los que (1) remitió las cartas enviadas a ATRESMEDIA y MEDIASET en cumplimiento de los compromisos, (2) envió el contrato-autorización para la utilización del repertorio de la SGAE por operadores de televisión, cuyo anexo II incluye una explicación sobre las tarifas que incluye las de uso efectivo y las promediadas o por disponibilidad. La SGAE afirma que estas son las tarifas aplicadas desde 2015 y elevadas a Tarifa General en julio de 2023. (3) La SGAE informó de las nuevas tarifas adoptadas en 2016, en cumplimiento de la Orden ECD/2574/2015, de 2 de diciembre, por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual. En el mismo escrito de 16 de noviembre de 2016, la SGAE informó de las negociaciones entabladas con los operadores de televisión sobre las nuevas tarifas, indicando que a ATRESMEDIA le interesaba más la tarifa por disponibilidad, a TELEFÓNICA, DIGITAL+ y AOTEC las tarifas por uso, mientras que con MEDIASET se encontraban en una situación de

bloqueo. (4) Finalmente, la SGAE contestó a un último requerimiento de la DC el 22 de julio de 2019, indicando que las negociaciones con los operadores de televisión se habían ralentizado tras la anulación de la Orden de metodología de 2015, por el Tribunal Supremo, y que seguían en vigor las tarifas preexistentes. También se indicaban los acuerdos alcanzados con ATRESMEDIA y MEDIASET, en los que se fijaba una tarifa por disponibilidad promediada. Finalmente, la SGAE hace hincapié en que, sobre la base de toda la información mencionada, recabada durante la tramitación del expediente de vigilancia, la CNMC adoptó su Resolución de 1 de septiembre de 2020, en el expte. VATC/0466/13 SGAE-AUTORES, dando por cumplidos los compromisos originalmente asumidos en la Resolución de 9 de julio de 2015. En particular, la SGAE cita un apartado de la Resolución en el que se recoge que "*SGAE ha cumplido con el primer compromiso adquirido, referido a la aplicación de descuentos al licenciamiento de los derechos de comunicación pública y de reproducción de obras musicales en la televisión sobre la base de* ***criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios***" *(FD. 2º)*[710].

(iv) Expediente 630/07 DAMA SGAE: la SGAE aduce que en este expediente se analizó el acceso a la información relativa al repertorio de la SGAE. En este caso, se trataba de garantizar que los usuarios de obras audiovisuales pudieran acceder a una base de datos conjunta que agrupase las obras de SGAE y DAMA, para que pudieran conocer el repertorio por el que pagaban. La SGAE pone de relieve que la vigilancia de este expediente finalizó mediante Resolución de 5 de diciembre de 2012, tras constatar, entre otros, que la base de datos conjunta estaba activa, y que se estaba llevando a cabo el reparto subsidiario entre las tres categorías de autores de obras (dirección, parte literaria y música). La SGAE señala que el sistema de información sobre el repertorio de DAMA y SGAE que se analizó en este expediente "*es similar al que se utiliza en la actualidad*"[711], y sobre él el Consejo de la CNC había establecido que "*garantizaba el mantenimiento de las condiciones de competencia*"[712]. Y, en todo caso, indica la SGAE que de haber algún problema de competencia derivado de la información sobre el repertorio de DAMA y SGAE nunca podría tratarse de una conducta abusiva, sino que necesariamente debería ser un acuerdo restrictivo también imputable a DAMA.

(973) Ante la existencia de estos antecedentes, la SGAE concluye que se han vulnerado los principios de confianza legítima y buena fe, lesionando sus derechos fundamentales "*al verse expuesta a una sucesión de expedientes sancionadores que examinan una y otra vez los mismos hechos*.[713]" La SGAE también manifiesta que ha recurrido ante la Audiencia Nacional la incoación de

[710] Párrafo 17 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.550).

[711] Párrafo 23 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.553).

[712] Párrafo 23 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.553).

[713] Párrafo 4 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.543).

este expediente, a efectos de que este tribunal dilucide si ha habido infracción del principio *non bis in idem* en su vertiente procesal.

(974) En un sentido similar, la SGAE sostiene que el acuerdo de deducción de testimonio de 18 de octubre de 2023, mediante el que se incorporan al expediente S/0012/23, ciertos documentos desde este procedimiento, vulnera también el principio *non bis in idem*, así como su derecho a la tutela judicial efectiva, su derecho de defensa y los principios de confianza legítima, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad. Mediante el citado acuerdo, se deducía testimonio, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del RDC, de documentación relacionada con conductas denunciadas por DAMA que no guardan relación directa con el presente expediente[714].

Valoración de la Sala

(975) Como veremos a continuación, ni los precedentes citados por la SGAE tenían por objeto las mismas conductas descritas en el PCH y la Propuesta de Resolución de este procedimiento, ni la deducción de testimonio con documentación no relacionada con las conductas aquí analizadas, desde este procedimiento a otro, es susceptible de generar ningún tipo de indefensión.

(976) En este sentido, como bien indicaba la DC en su Propuesta de Resolución, el Tribunal Supremo ya ha tenido oportunidad de descartar la vulneración del principio *non bis in idem* en este procedimiento. Así, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 de octubre de 2022 (nº de recurso 899/2021, FJ 5º), describe el mencionado principio en los siguientes términos:

> "*El principio non bis in idem se incardina, como acertadamente señala la parte recurrente, en el art. 25CE -derecho a la legalidad- (STC 91/2008, de 21 de julio). Y dicho principio, tal y como señala una constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 188/2005, de 7 de julio) "[...] opera, tanto en su vertiente sustantiva como en la procesal, para regir las relaciones entre el ordenamiento penal y el derecho administrativo sancionador, pero también internamente dentro de cada uno de estos ordenamientos en sí mismos considerados, proscribiendo, cuando exista una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, la duplicidad de penas y de procesos penales y la pluralidad de sanciones administrativas y de procedimientos sancionadores, respectivamente [...]*
>
> *En síntesis, dentro del ámbito administrativo sancionador, el principio non bis in ídem prohíbe que, ante la concurrencia de sujeto, hecho y fundamento, pueda sancionarse un hecho ya sancionado o que se ha decidido no sancionar o que se encuentra en trance de enjuiciamiento en otro procedimiento".*
>
> *(…) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 22 de marzo de 2022 (asunto C-117/20) aclara que la identidad de los hechos materiales se entiende como un conjunto de circunstancias concretas derivadas de acontecimientos que son, en esencia, los mismos, en la medida en que implican al mismo autor y están indisociablemente ligados entre sí en el tiempo y en el espacio (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos*

[714] Folios 16.314-16.321

Humanos de 10 de febrero de 2009, Sergueï Zolotoukhine c. Rusia, 83 y 84, y de20 de mayo de 2014, Pirttimäki c. Finlandia, §§ 49 a 52)."

(977) Pues bien, esta sentencia del TS precisamente desestima el recurso de casación interpuesto por la SGAE contra el Auto de la Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de diciembre de 2019 (rec.1102/2018) que inadmitió el recurso contencioso interpuesto por la SGAE contra el acuerdo de la DC de 15 de octubre de 2018 en el que se decidió deducir testimonio de determinados documentos del expediente S/DC/590/16 para incorporarlos al expediente S/0641/18.

(978) Señala el TS en esta sentencia que "*la mera deducción de testimonio respecto de algunos documentos para entonces decidir, a la vista de las indagaciones que se realicen, si se incoa un nuevo expediente sancionador y se dirige una imputación contra dicha sociedad no vulnera el principio non bis in idem, tampoco en su vertiente procesal*." Añade que "[e]*s tras el pliego de concreción de hechos, donde se recogen los hechos que puedan ser constitutivos de infracción, tal y como dispone el art. 50.3 de la Ley 15/2007, de Defensa de la competencia y el art. 33 del RD 26/2008, de 22 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, cuando será posible afirmar si los hechos perseguidos en ambos expedientes son los mismos y solo tras conocer la infracción que se le imputa si existe una coincidencia en su fundamento jurídico*."

(979) También indica el TS en esta sentencia que "[l]a *sociedad recurrente mantiene intacta su posibilidad de defensa en el nuevo procedimiento incluyendo la posibilidad de aducir la infracción de dicho principio si entendiese que concurre la triple identidad antes aludida*."

(980) Resulta destacable que hasta la fecha el TS se ha pronunciado sobre la deducción de testimonio de 15 de octubre de 2018 en otra ocasión, desestimando también el recurso de la SGAE[715].

[715] Por tanto, aparte de la STS de 28/10/2022 (nº de recurso: 899/2021) contra el Auto de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de diciembre de 2019 (rec. 1102/2018), está también la STS de 15/06/2022 (nº de recurso: 3358/2020) relativa al auto de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 31 de julio de 2019 en el procedimiento especial para la protección de los Derechos Fundamentales nº 3/2019. Ambos Autos de la AN inadmitían los recursos de SGAE contra la deducción de testimonio por tratarse de un acto de trámite no susceptible de impugnación. Concretamente, señalaba la AN en el Auto de inadmisión de fecha 11 de diciembre de 2019 que el acuerdo objeto de recurso únicamente establecía la incorporación de determinados documentos recogidos en el marco de otro expediente para incorporarlos a uno nuevo, dando traslado para alegaciones a la SGAE, y que: "*[t]an prematuro es hablar de ne bis in idem procesal, como de indefensión, cuando lo único que se está haciendo es habilitar a la interesada para que se manifieste, sobre unos nuevos acontecimiento nuevos [sic] o desconocidos. Tiempo tendrá la actora de hacer todo tipo de manifestaciones y alegaciones con el discurrir del procedimiento sancionador, y en función del alcance que se les de a estos documentos. Pero todo ello deberá hacerse en su debido tiempo y frente a una eventual resolución sancionadora*".

(981) Por tanto, el TS ya se ha pronunciado sobre la deducción de testimonio de 15 de octubre de 2018, que vuelve a mencionar la SGAE en su escrito de 7 de agosto de 2023 de alegación a la ulterior deducción de testimonio, y ha establecido claramente que no produce vulneración alguna del *non bis in idem*. Además, el TS ha establecido que solo tras PCH podría producirse la triple identidad, por lo cual tampoco podrían vulnerar este principio las restantes incorporaciones de información anteriores a la notificación del PCH que señala la SGAE en sus alegaciones.

(982) Tanto en el PCH como en la Propuesta de Resolución del presente procedimiento se recogen los hechos que puedan ser constitutivos de infracción, de conformidad con el artículo 50.3 y 50.4 de la LDC. Se analiza a continuación, a partir de tales hechos, si en este caso se produce la triple identidad.

(983) Como se ha señalado, de acuerdo con la jurisprudencia, basta con que no concurra alguna de las tres identidades para no apreciar vulneración del principio de *non bis in idem*. Por lo que respecta a la identidad de hechos, la citada sentencia del TS indica lo siguiente recordando a su vez la jurisprudencia de la UE en la materia:

> *"Naturalmente, esta identidad no se produjera si ambos procedimientos se refieren a periodos distintos o conductas diferentes, para que exista esa identidad de hechos se precisa que los dos conjuntos de hechos se superpongan, debe existir identidad dentro de esa superposición. El TEDH describe la identidad de los hechos como un conjunto de circunstancias fácticas concretas que implican al mismo infractor y están unidas indisociablemente en el tiempo y en el espacio. (TEDH, sentencia de 10 de febrero de 2009, Zolotukhin c. Rusia)."*

(984) Adicionalmente el TS recuerda que "*es perfectamente posible iniciar varios expedientes sancionadores contra una misma entidad por hechos e infracciones distintas*".

(985) Pues bien, en este caso no se aprecia que concurra la identidad de hechos a la que alude la jurisprudencia por los motivos se abordan seguidamente.

(986) El acuerdo de incoación es el primer acto del procedimiento administrativo sancionador. El artículo 49 de la LDC relativo a la iniciación del procedimiento establece que la DC incoará expediente "*cuando se observen indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas y notificarán a los interesados el acuerdo de incoación*". A su vez, el artículo 28 del RDC señala que en el acuerdo de incoación ha de incluirse la identificación de los presuntos responsables y los hechos que motivan la incoación.

(987) De acuerdo con la nota de prensa[716] relativa a la incoación del expediente S/DC/590/16 las conductas investigadas cubrían:

> *"la imposición a los socios de condiciones estatutarias y contractuales que restringen injustificadamente tanto la atribución inicial a SGAE de la gestión de*

[716] https://www.cnmc.es/expedientes/sdc059016

derechos de propiedad intelectual de autores y editores de forma parcial, como la revocación o retirada parcial de la gestión de esos derechos durante la vigencia de los contratos de gestión" y el "establecimiento de tarifas generales inequitativas y discriminatorias en los mercados de concesión de autorizaciones y remuneración de reproducción y comunicación pública de autores y editores de obras musicales y audiovisuales en establecimientos de los sectores hospedaje y restauración".

(988) Por su parte el resuelve primero de la resolución de 20 de mayo de 2019 el Consejo de la CNMC (expediente S/DC/590/16) recoge las conductas por las que se sancionó a la SGAE:

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

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

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

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

(989) Sin embargo, las prácticas que son objeto de análisis en el presente expediente son marcadamente diferentes, como se desprende de la literalidad del acuerdo de incoación de fecha 18 de enero de 2022:

"De la información disponible la Dirección de Competencia de la CNMC ha observado la existencia de indicios racionales de la comisión, por parte de SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES, de una presunta infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a través de las siguientes prácticas en los mercados de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras audiovisuales y de obras musicales y de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de obras musicales y audiovisuales:

- Posible abuso de posición de dominio consistente en el diseño y aplicación de las tarifas por disponibilidad en los mercados de televisión y radio.

- Posible abuso de posición de dominio al licenciar a los usuarios, con carácter pretendidamente universal, el repertorio que gestiona.

Tales prácticas han podido desplegar efectos en los mercados de la radiodifusión, la comunicación pública, la música en directo y el mercado de la explotación digital."

(990) Así, las prácticas analizadas en los dos expedientes son muy distintas y tienen lugar en mercados diferentes. Resumidamente, en el precedente S/DC/590/16 se analizaron las siguientes prácticas de la SGAE:

(i) la restricción injustificada a la atribución inicial de derechos por parte de los asociados y a su retirada parcial;

(ii) la paquetización y falta de desglose tarifario para usuarios del sector hospedaje y;

(iii) la paquetización y la estructura tarifaria para usuarios del sector de la restauración.

(991) Ninguna de estas prácticas se contempla en el acuerdo de incoación, el PCH o la Propuesta de Resolución del presente expediente[717] en el que se analizan exclusivamente:

(i) el diseño y aplicación de tarifas de la SGAE de su repertorio musical y audiovisual para emisoras de radio y televisión;

(ii) las declaraciones de universalidad de su repertorio musical y las garantías de indemnidad frente a reclamaciones de terceros en el marco de las relaciones contractuales entre SGAE y emisoras de radio y televisión.

(992) Como se deduce de los hechos acreditados en este expediente, en sus tarifas generales la SGAE cuenta con tarifas específicas para las emisoras de radio y televisión que difieren de las que son aplicables al sector del hospedaje y la restauración; además la SGAE ha llegado a acuerdos específicos con los usuarios de radio y televisión. Ahora bien, **tan solo son objeto de este expediente las prácticas de la SGAE relacionadas con el uso de su repertorio musical y audiovisual por parte de emisoras de radio y televisión** que son precisamente las reflejadas en el acuerdo de incoación y solo en relación con estos usuarios se imputan conductas en este procedimiento. Por el contrario, el expediente S/DC/590/16 se centraba en el diseño y aplicación de otras tarifas a un grupo de usuarios completamente distinto.

(993) En este mismo sentido se ha pronunciado ya el Consejo de la CNMC en su resolución de 27 de abril de 2022 (R/AJ/003/22) relativa al recurso que interpuso

[717] Véase el apartado 5.1.3.2. de la Propuesta de Resolución.

la SGAE contra el acuerdo de incoación del presente expediente, al señalar lo siguiente:

> *"En relación a la vertiente procesal de la prohibición del bis in idem, en el presente caso únicamente concurre la identidad de sujeto al ser SGAE la incoada en ambos expedientes (S/DC/0590/16 y S/0641/18), pero faltan los elementos de identidad de hechos y fundamento que obligarían a estimar la alegación de vulneración de dicho principio.*
>
> *La comparación entre el acuerdo de incoación del expediente S/0641/18 así como de la Resolución de ese expediente, y el acuerdo de incoación del expediente S/0641/18, que la recurrente reseña en su recurso y del que ha sido hecha pública nota de prensa, ponen de manifiesto que las conductas que se analizan en uno y otro caso son distintas. (…)*
>
> *En cuanto a la vertiente material del principio de non bis in idem, aun en el supuesto de que el expediente sancionador iniciado el 18 de enero de 2022 resultara en una resolución sancionadora frente a SGAE, tampoco lo sería por los mismos hechos y fundamento que en el caso de la resolución del expediente S/DC/0590/16."*

(994) Por tanto, dado que los hechos investigados en los dos expedientes son marcadamente distintos, no concurre el requisito de identidad de hechos y **no cabe apreciar vulneración del principio de *non bis in idem* ni cabe acoger las alegaciones de la SGAE a este respecto**.

(995) Idénticas conclusiones pueden alcanzarse en relación con el expediente 630/07 DAMA SGAE, cuyo objeto tenía que ver con la restricción de competencia competencia entre las entidades de gestión por la captación de autores audiovisuales. Para ello se acordó la creación de una base de datos conjunta por parte de DAMA y la SGAE y se introdujo un sistema subsidiario de reparto entre los distintos autores de una obra audiovisual. Además, se perseguía facilitar la movilidad de los autores entre las dos entidades, motivo por el que se planteó la reforma de sus respectivos estatutos, para acortar los periodos de afiliación obligatoria, plazo de preaviso y permanencia de un autor en una de las entidades de gestión de derechos. Finalmente, también se abordó el problema de la participación en la recaudación de cada una de las entidades.

(996) Por lo tanto, puede observarse que el objeto del expediente 630/07 no se solapa con el del presente expediente que se limita a (i) el diseño y aplicación de tarifas de la SGAE de su repertorio musical y audiovisual para emisoras de radio y televisión y (i) la inclusión de declaraciones sobre la universalidad de su repertorio musical y garantías de indemnidad frente a reclamaciones de terceros por el uso de sus respectivos repertorios en sus relaciones contractuales con usuarios de radio y televisión.

(997) En definitiva, las conductas analizadas en este procedimiento no habían sido objeto de análisis en ningún procedimiento previo sustanciado ante la CNMC. Es cierto que la SGAE ha sido parte interesada y sancionada en otros procedimientos, pero siempre relativos a conductas distintas de las aquí enjuiciadas. Huelga decir que, dado que dichos procedimientos estaban relacionados con la actividad de la SGAE, los temas allí analizados también

tienen que ver con la gestión de derechos audiovisuales. Sin embargo, como la jurisprudencia citada más arriba ha establecido, la vulneración del principio *non bis in idem* requiere de una triple identidad que va más allá de la coincidencia de sujetos y de ámbito material general, como parece pretender la SGAE. La jurisprudencia requiere la coincidencia de sujetos, hechos y fundamento jurídico (ver párrafo (976)) y, la única conexión entre los precedentes citados por la SGAE y este procedimiento es el sujeto: la SGAE.

(998) En conexión con la pretendida vulneración del principio de *non bis in idem* que acaba de analizarse, la SGAE sostiene en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución que el Consejo, en las resoluciones de los expedientes S/DC/0590/16 y S/0466/13 SGAE AUTORES, ya ha validado las conductas de la SGAE que están siendo objeto del presente expediente[718]. Lo anterior implicaría, siempre según la SGAE, "*la quiebra de los principios de confianza legítima y buena fe con que debe proceder la actuación administrativa, con lesión de los derechos fundamentales de esta entidad, al verse expuesta a una sucesión de expedientes sancionadores que examinan una y otra vez los mismos hechos*"[719]. Añade la SGAE que "*[e]sta forma de proceder ha sido objeto de recurso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que en el procedimiento 578/2022 está valorando si la incoación del presente expediente constituye una infracción del principio non bis in idem desde el punto de vista procesal, además del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de defensa y el principio de buena administración"*[720].

(999) La SGAE afirma concretamente, en relación con lo anterior, que "[e]*n el expediente S/DC/0590/16 la DC investigó las tarifas de* la *SGAE en radio y televisión y no incluyó dicha conducta en el Pliego de Concreción de Hechos* […][721] y que "[p]*or ello, no deberían haber sido objeto de un nuevo proceso"* de tal manera que [l]*a nueva acusación que se está formulando contra* la *SGAE constituye por ello claramente una infracción del principio non bis in idem de carácter procedimental*" [722].

(1000) Alega asimismo la SGAE que en el expediente 630/07, *DAMA SGAE* el Consejo de la CNC analizó el acceso por los usuarios a la información sobre el repertorio de la SGAE y DAMA y entiende que "*[e]sta nueva investigación que se está desarrollando infringe en consecuencia el principio non bis in idem de carácter procedimental. Y no solo eso. La actuación supone también un atentado contra el principio de buena administración y vulnera los derechos de defensa y a la tutela judicial de la SGAE. Singularmente infringe el principio de buena fe en la*

[718] Párrafos 11 a 26 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.547 a 20.554).

[719] Párrafo 4 de las alegaciones de la SGAE a Propuesta de Resolución (folio 20.543).

[720] Párrafo 5 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.543 y 20.544).

[721] Apartado 2.2 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.544 a 20.547).

[722] Párrafo 8 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.544).

actuación administrativa en su vertiente del deber de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos, quebrando la confianza legítima que los administrados esperan del proceder previo de la Administración"[723].

(1001) Los argumentos de la SGAE en cuanto a la pretendida vulneración de los principios de confianza legítima y buena fe, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad y buena administración que se habría derivado de la deducción de testimonio de octubre de 2023, coinciden parcialmente con los argumentos, ya refutados, sobre la infracción del principio *non bis in idem* en su vertiente procesal.

(1002) De nuevo, esta Sala se remite a lo indicado anteriormente para señalar que es perfectamente posible iniciar varios expedientes sancionadores contra una misma entidad, siempre que no se produzca la triple identidad de hechos, sujeto y fundamento jurídico, de acuerdo con el principio de *non bis in idem*.

(1003) No es posible hacer, como la SGAE pretende, un análisis formalista de anteriores expedientes sancionadores tramitados frente a la misma para concluir que existe un *bis in idem* en su vertiente procesal. Los hechos investigados e imputados en el presente expediente y el mercado afectado son manifiestamente distintos a los enjuiciados en el expediente S/DC/0590/16.

(1004) Frente a lo apuntado por la SGAE sobre la imposibilidad de establecer una estrategia de defensa, debe recordarse que el TS ha señalado, en el marco del recurso frente a la deducción de testimonio realizada en 2018 que[724]:

> *"Tampoco se aprecia que el acto impugnado le cause un perjuicio irreparable por el hecho de que existan varios expedientes paralelos contra la misma entidad, con tal de que se respete el principio non bis in ídem antes aludido, pues es perfectamente posible iniciar varios expedientes sancionadores contra una misma entidad por hechos e infracciones distintas y la entidad imputada tendrá que articular los medios de defensa que considere necesarios en cada uno de ellos sin que ello vulnere en absoluto su derecho de defensa".*

(1005) En lo tocante a la alegada vulneración de los principios de buena administración y buena fe que la SGAE vincula a la confianza legítima, hay que señalar que (ante la existencia de denuncias relativamente extensas, en las que se describen variadas prácticas que presuntamente podrían afectar a las condiciones de competencia y con una amplia descripción de distintos hechos de los que puede derivarse la existencia de infracción) resulta plenamente compatible con el derecho de los ciudadanos a una buena Administración pública el que la DC en su acuerdo de incoación y/o PCH no incluya algunas de las conductas denunciadas. Ello incluso puede venir aconsejado o debido para salvaguardar derechos directamente vinculados al de buena Administración: el derecho de los

[723] Párrafo 26 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.554).

[724] Sentencias de 15 de junio y 28 de octubre de 2022.

administrados a una resolución administrativa en plazo razonable y el derecho a una respuesta pertinente y eficaz. El que el PCH y la Propuesta de Resolución deban incluir los hechos que puedan ser constitutivos de infracción es una previsión destinada a salvaguardar el principio de presunción de inocencia en tanto que no podrá imputarse conducta alguna sin incluir los hechos constitutivos de la misma conforme a la valoración que realice de los mismos la DC. Ello no impone que todos los hechos contenidos en una denuncia respecto de los cuales la DC entienda que existan indicios de infracción deban incorporarse en un único acuerdo de incoación y en un único expediente sancionador. Tampoco permite asumir legítimamente a la empresa incoada que aquellas conductas no incluidas en el acuerdo de incoación ni en el PCH han de considerarse analizadas y validadas por la CNMC como si se hubiese adoptado una resolución de archivo en relación con las mismas. La propuesta de archivo de conductas analizadas en el PCH se formula siempre de forma expresa en el PCH o en la Propuesta de Resolución y se acuerda siempre, en su caso, por el Consejo. Evidentemente, no corresponde tal propuesta de archivo respecto de hechos que siquiera han sido tratados o analizados en el PCH. Respecto de esto último la SGAE no puede alegar válidamente la vulneración del principio de confianza legítima, desde su perspectiva, y buena fe desde la de la debida actuación de la Administración, puesto que es una práctica debida y por tanto constante de la DC.

(1006) Pese a que la SGAE se limita a invocar los principios de confianza legítima y buena fe, sin un análisis específico sobre la concurrencia de requisitos que justificarían su efectiva aplicabilidad al caso, esta Sala entiende que corresponde hacer tal examen a los efectos de inadmitir esta alegación, pese a su carácter formal.

(1007) La regulación legal sectorial sobre el archivo de conductas, en este caso denunciadas, es clara respecto de la competencia del Consejo para acordar el archivo de las actuaciones cuando considere que no hay indicios de infracción [arts. 49.3 y 53.1 e) LDC y arts. 27, 38.3 RDC]. Asimismo, la Ley 39/2015 establece con carácter general para los procedimientos de carácter sancionador que el archivo por inexistencia de hechos que pudieran constituir infracción se formulará bien en la propuesta de resolución del órgano instructor bien en la resolución de finalización del procedimiento con archivo de las actuaciones (art. 89 de la Ley 39/2015). La seguridad jurídica se refiere a la existencia de reglas ciertas y claras de Derecho que contribuyan a que los operadores jurídicos sepan en todo momento a qué atenerse y no cabe alegar por parte de la SGAE vulneración por la DC del principio de la interdicción de la arbitrariedad, cuando ha realizado una aplicación escrupulosa de la normativa que rige el procedimiento.

(1008) Por otra parte, la SGAE puede calificarse como un operador sofisticado con una amplia experiencia en la tramitación de expedientes sancionadores de la normativa de competencia, dado que ha sido parte incoada y/o sancionada en un número significativo de resoluciones de la autoridad de competencia, algunas

resueltas con el archivo de las actuaciones[725]. No puede predicarse ni de los dos acuerdos de deducción de testimonio de octubre de 2018 y octubre de 2023 ni del contenido del PCH de 13 de octubre de 2023 ni de la Propuesta de Resolución de 26 de enero de 2024 que hayan conculcado legítimas expectativas despertadas por la DC en la SGAE, habiéndose guiado la actuación de la DC en esta cuestión por el cumplimiento escrupuloso de la normativa sobre procedimiento sancionador y por los principios de certeza, previsibilidad y seguridad jurídica.

(1009) En función de su relativa heterogeneidad, precisamente, el principio de buena administración puede recomendar que se deduzca testimonio de la documentación pertinente para ser analizada en otras actuaciones, tendentes a la incoación de un nuevo expediente sancionador sobre hechos diferentes o a la elaboración de una propuesta de archivo. En las diferentes fases en las que se ha procedido a esa deducción de testimonio y en las imputaciones contenidas en el PCH del expediente S/DC/0590/16 y del presente expediente, se ha descrito en extenso cuáles eran y son los diferentes hechos analizados y cuáles las diferentes conductas imputadas. El amplio acceso al expediente, disponible para la SGAE y utilizado por la misma, y su derecho a formular alegaciones, también ampliamente ejercitado, así como el de interponer recursos en vía administrativa (y judicial), asimismo extensamente utilizado por la SGAE, impiden también considerar que haya habido un quebranto de su derecho a una buena Administración en lo relativo a esos aspectos.

(1010) Por todo ello **no pueden acogerse las alegaciones de la SGAE relativas al quebranto de los principios de confianza legítima, buena fe, seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad y buena administración.**

5.7.2. Sobre que una parte relevante de la documentación que figura en el expediente y que podría tener carácter exculpatorio ha sido censurada

(1011) En sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, la SGAE reprocha que la DC haya desestimado su reiterada alegación relativa a la vulneración de su derecho de defensa que habría supuesto la incorporación al expediente de documentos censurados, así como el hecho de que ciertos apartados del PCH y de la Propuesta de Resolución también estén censurados[726].

(1012) La SGAE ya había solicitado el levantamiento de la confidencialidad de determinada información censurada en sus alegaciones de 17 de noviembre de 2023 al PCH y en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución insiste en que la "*información sobre esta materia* [los contactos y negociaciones de UNISON y

[725] Resoluciones del TDC de 23 de octubre de 1997, expte. 1434, Antena 3 Televisión y Gestevisión Telecinco vs SGAE; de 22 de diciembre de 2000, expte. R 429/00 Federación de Municipios de Cataluña vs SGAE; y de 27 de octubre de 2006, expte. R 678/05 El Caserón/SGAE.

[726] Apartado 3 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.554 a 20.557).

DAMA con los usuarios] *podría mostrar que los problemas que han tenido UNISON o DAMA para acceder al mercado no se deben a la actuación de* la *SGAE, sino que tienen otras posibles causas* y que "[a]*demás, la información censurada también podría utilizarse para establecer el marco de actuación de la propia SGAE, y sería en consecuencia relevante para que pudiera ejercer su derecho de defensa*[727]*".*Se refiere en particular SGAE a (i) respuestas de los usuarios a requerimientos de información de la DC en las que la información que figura tras el epígrafe o la mención a "UNISON" o a "DAMA" ha sido censurada[728]; (ii) la descripción aparentemente relativa a los contactos con UNISON o DAMA[729]; (iii) folios que podrían contener información sobre la SGAE o sobre el mercado[730].

(1013) Insiste asimismo la SGAE en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución que "*hay numerosos apartados del PCH y de la PR que están censurados, lo cual resulta sorprendente toda vez que se trata del documento en el que se fundamenta la acusación contra nuestra representada*" [731]. Por todo lo anterior entiende la SGAE que tanto el PCH como la PR se han formulado en infracción de sus derechos de defensa, vulnerando el artículo 24 de la Constitución. Menciona la SGAE en apoyo de su argumentación el artículo 31 del RDC, relativo al acceso de los interesados al expediente. Cita asimismo la SGAE sentencias del TS y del TJUE en apoyo de su tesis. En concreto, la STS de 13 de noviembre de 2015[732], en relación a la posible indefensión material en casos de imputación pudiendo existir datos o documentos exculpatorios a los que la imputada no hubiese podido acceder por haber sido extraídos del expediente. Además, cita la STJUE de 25 de octubre de 2011 en relación a que el "*derecho de acceso al expediente implica que la Comisión debe dar a la empresa afectada la posibilidad de examinar todos los documentos incluidos en el expediente de la instrucción que puedan ser pertinentes para su defensa. Estos documentos comprenden tanto las pruebas de cargo como las de descargo, con excepción de los secretos comerciales de otras empresas, de los documentos internos de la Comisión y de otras informaciones confidenciales"*[733]*.*

Valoración de la Sala

[727] Párrafo 31 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.556).

[728] Párrafo 33 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.556). SGAE se refiere a los folios 9.390, 9.392, 9.351, 9.355-9.356 o 11.358-11.361, matizando que no se trataría de una relación exhaustiva.

[729] Párrafo 34 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.556). SGAE se refiere a los folios 7.028, 7.065, 9.122, 9.452, 9.459, 9.799, 9.824-9.825, 9.933, 10.698-10.700 o 10.806-10.809.

[730] Párrafo 35 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.556). SGAE se refiere a los folios 7.011-7.012, 7.026-7.027, 7.067, 9.449-9.450, 9.822 o 10.697.

[731] Párrafo 38 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.556 y 20.557).

[732] STS de 13 de noviembre de 2015, rec. 1407/2013: FD. 5º.

[733] *Solvay SA c. Comisión Europea*, C-110/10 P, ECLI:EU:C:2011:687.

(1014) Respecto de esta alegación de indefensión derivada de la existencia de información y datos de terceros parcialmente confidenciales para la SGAE, esta Sala considera que deben realizarse las siguientes aclaraciones y observaciones.

(1015) En primer lugar, todos los folios señalados por la SGAE en sus alegaciones tanto al PCH como a la PR fueron objeto de un análisis específico e individualizado en el acuerdo motivado de denegación del levantamiento de la confidencialidad de 25 de septiembre de 2023 (folios 14631 a 14635).

(1016) La cita normativa y las citas de dos sentencias realizadas por la SGAE matizan, precisamente, que el acceso de los interesados al expediente tiene como límite "*los secretos comerciales de otros interesados o terceros, así como de cualquier otra información confidencial*" (art. 31 del RDC). Asimismo, la sentencia del TJUE que se reseña hace referencia, como recoge la propia SGAE, a la "*excepción de los secretos comerciales de otras empresas, de los documentos internos de la Comisión y de Otras informaciones confidenciales*". También la sentencia del TS citada se refiere a documentos extraídos del expediente y sobre los que se pretenda sustentar la imputación o bien que contengan datos o elementos exculpatorios para la imputada. En ningún caso la documentación controvertida respecto de su condición confidencial para la SGAE sirve de base a ninguna de las imputaciones dirigidas contra ella en el presente expediente, como la propia SGAE viene a reconocer al señalar que se trata de información eventualmente susceptible de servir de prueba de descargo, en particular, SGAE afirma literalmente que se trata de documentos "*que podrían ser relevantes para su defensa en tanto pudieran contener información exculpatoria* [734]".

(1017) Asimismo, esta Sala coincide con la DC al poner de relieve que el acceso de la SGAE al expediente ha quedado plenamente garantizado a lo largo de la tramitación del mismo. Concretamente la SGAE ha accedido al expediente en diez ocasiones diferentes desde la incoación del expediente hasta la presentación de alegaciones a la Propuesta de Resolución. En esos accesos ha podido tener conocimiento de las respuestas de los usuarios de repertorios musicales y audiovisuales a los distintos requerimientos de información realizados por la DC. En relación con todas y cada una de las respuestas a requerimientos de información que se han incorporado al expediente, se ha elaborado por la DC el correspondiente acuerdo motivado de aceptación o denegación de confidencialidad solicitada por los requeridos, de acuerdo con los criterios doctrinales y jurisprudenciales aplicables, recogidos también en la *Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la Ley 15/2007*[735]. Así, en cada uno de estos casos la DC ha llevado a cabo el correspondiente análisis que pondera los diversos intereses afectados, valorando si se trata de secretos comerciales, si han tenido difusión entre las partes y/o terceros y si son

[734] Párrafo 39 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.557).

[735] Aprobada por la CNMC en junio de 2020 y disponible en https://www.cnmc.es/prensa/guia-confidencialidad-procedimientos-competencia-20200604.

necesarios para fijar los hechos o garantizar los derechos de defensa de la SGAE.

(1018) La información censurada a la que se refiere la SGAE en los folios que cita describe las relaciones comerciales entre los usuarios y los competidores directos de la SGAE, ya sea respecto de sus contratos, las negociaciones, sus repertorios o los importes facturados o reclamados. Esta información por su naturaleza y los sujetos a los que se refiere es susceptible de considerarse sensible y constitutiva de un secreto de negocio, particularmente para los competidores directos de las entidades de gestión u OGIs a las que se refieren o por constituir información desagregada, ya sea de dichos competidores o de los usuarios, no siendo información pública que haya sido difundida. Debe subrayarse adicionalmente que el acceso a esta clase de datos por un competidor puede resultar en restricciones graves de competencia, siendo habitual que el mero intercambio de este tipo de información entre competidores sea sancionado por las autoridades de competencia incluso como una infracción constitutiva de cártel[736]. No puede por tanto exigirse de la CNMC que, a la hora de ejercer sus funciones de defensa de la competencia incurra en actuaciones que pueden dar lugar a una grave restricción de la misma.

(1019) Respecto de la consideración genérica de la SGAE en sus alegaciones a que "*hay numerosos apartados del PCH y de la PR que están censurados*", esta Sala entiende que se refiere a los datos de mercado de los otros operadores, que constituyen secretos de negocio de estos y cuya censura no es susceptible de afectar a su derecho de defensa. Conviene subrayar que los apartados de las versiones del PCH y de la Propuesta de Resolución notificados a SGAE que se encuentran censurados se sitúan, en su inmensa mayoría, en los apartados del PCH "*3.4 Estructura de mercado*", y su correlativo epígrafe con el mismo título de la Propuesta de Resolución. Se censuran en esos apartados cuotas de otras entidades de gestión (EKKI, SEDA, DAMA) u OGIs (SUGARPOD, JAMENDO, SOUNDREEF), partes de tablas relativas a importes repartidos a autores y editores, número de autores y editores, convenios suscritos por un operador alternativo o métricas de cuota de mercado de la SGAE para no revelar por diferencia la de otras entidades[737]. El epígrafe relativo a Hechos Acreditados, tanto del PCH como de la Propuesta de Resolución, contiene siete párrafos parcialmente censurados. Como puede constatarse consultando las propias versiones censuradas notificadas a SGAE, se trata de una parte de las afirmaciones realizadas por un usuario (AERC); consideraciones de ATRESMEDIA en relación a su convenio con DAMA, de diciembre de 2021; y referencias de TELEFÓNICA, VODAFONE y HBO a sus respectivas relaciones

[736] Véanse, entre otros, los expedientes S/0086/08 PELUQUERÍA PROFESIONAL, S/0425/12 INDUSTRIAS LÁCTEAS 2 o S/0012/19 CHATARRA Y ACERO.

[737] Los párrafos parcialmente censurados del apartado de Mercado del PCH son los (202) a (208), (212), (213), (224), (233), (275) a (278). Y sus correlativos en la Propuesta de Resolución son los párrafos (219) a (225), (229), (230), (241), (242), (246), (247), (250), (253), (254), (257), (267), (270), (285), (287) a (290), (293), (295) y (297).

comerciales con DAMA[738]. No existen párrafos censurados o parcialmente censurados para la SGAE en el resto del PCH ni de la Propuesta de Resolución, en particular en los apartados relativos a la valoración jurídica.

(1020) Por todo lo anterior, esta Sala coincide con la valoración de la DC cuando afirmaba que la información censurada no se trataba, en ninguno de los casos, de información que pueda ser rebatida por la SGAE ni en la que se base la imputación y en tal medida su carácter parcialmente confidencial no puede causarle indefensión.

Por ello, no puede acogerse esta alegación de la SGAE sobre una posible indefensión derivada de la existencia de información y datos de terceros parcialmente confidenciales para la SGAE.

5.7.3. Sobre que la imputación de la DC se habría ido modificando a raíz de las alegaciones SGAE generándole indefensión

(1021) Afirma la SGAE en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución que "*la imputación de la DC se ha ido modificando a raíz de las alegaciones formuladas por SGAE de tal forma que, en estos momentos, SGAE todavía no sabe con precisión cuál es la conducta exacta que le imputa la DC y de la que tiene que defenderse*[739]". Ello de tal modo -siempre de acuerdo con lo alegado por la empresa imputada- que "*estos cambios de imputación generan indefensión en la medida en que a SGAE le resulta imposible articular una defensa coherente*"[740].

(1022) Por lo que se refiere al cambio de imputación reprochado, la SGAE apunta que, en el PCH, la DC afirmó que, hasta 2023, SGAE tan solo había ofrecido a las emisoras de radio la posibilidad de acogerse a una TDP y que la práctica abusiva consistía por tanto en estar obligando a las emisoras de radio a utilizar una TDP, al no haber ofrecido una TUE[741]. Sin embargo, a raíz de las alegaciones de SGAE al PCH, la DC reconoció en la PR que la SGAE aprobó en 2015 unas tarifas generales para las radios que incluían una TUE y modificó su imputación de tal modo que la conducta abusiva, en relación con las tarifas de las radios, pasó a ser que la TDP desincentivaba a los usuarios optar por una TUE[742].

Valoración de la Sala

(1023) En primer, lugar, procede contestar a lo anterior, que, sin perjuicio de la complejidad que puedan revestir los hechos analizados en el presente

[738] Los párrafos parcialmente censurados del apartado de Hechos Acreditados del PCH son los párrafos (374), (395), (406), (414), (416), (417) y (421). Y sus correlativos en la Propuesta de Resolución son los párrafos (389), (410), (421), (429), (431) y (432), (436).

[739] Párrafo 73 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.556 y 20.557).

[740] Párrafo 79 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.568).

[741] Párrafo 74 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.567).

[742] Párrafos 75 y 76 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.567).

expediente, las imputaciones a la SGAE en la Propuesta de Resolución, en relación con el diseño y aplicación de sus tarifas (tanto en el caso de las televisiones como de las radios), son perfectamente claras, por lo que no cabe admitir el planteamiento de que "*SGAE todavía no sabe con precisión cuál es la conducta exacta que le imputa la DC*".

(1024) Basta fijarse, por ejemplo, en el párrafo 727 de la Propuesta de Resolución en la que se describen los hechos a los que se refiere SGAE en las alegaciones que aquí se valoran: "*SGAE ha diseñado y aplicado tarifas que no guardan relación con el uso efectivo por parte de todas las emisoras de radio y el grueso de emisoras de televisión en términos de audiencia. Ello obedece a que, aunque las tarifas generales de SGAE contemplan a nivel teórico una TUE, SGAE las ha diseñado estratégicamente situándolas en un nivel que las hace mucho más caras que la TDP tanto para televisión (para el grueso de usuarios en términos de audiencia) como para radio*".

(1025) Tampoco plantea dudas la calificación jurídica que se atribuye a tales conductas en la Propuesta de Resolución: sendas infracciones de los artículos 2 LDC y 102 de TFUE para los derechos de obras audiovisuales, por un lado, y de obras musicales por otro, que, en ambos casos, comprenden el diseño y aplicación de las tarifas por disponibilidad, como se afirma claramente, por ejemplo, en el párrafo 1090 de las Propuesta de Resolución (en el caso de las obras musicales la infracción también comprende la representación del repertorio como audiovisual y la indemnidad frente a reclamaciones de terceros).

(1026) Procede subrayar, en segundo lugar, que el que se haya matizado (que no añadido) un hecho incluido en la Propuesta de Resolución, a raíz de las alegaciones de la SGAE, no infringe sus derechos de defensa. Antes, al contrario, refleja que dichos derechos están siendo garantizados, en la medida en que la DC tiene en cuenta los argumentos que la SGAE invoca en su defensa y se muestra dispuesta a acogerlos cuando resultan razonables. Cosa distinta sería que la DC hubiese incluido, en la Propuesta de Resolución, hechos nuevos que no constaban en el PCH y los hubiese considerado como comprendidos en la infracción o infracciones imputadas.

(1027) En tercer lugar, debemos señalar que, tanto los hechos imputados como la calificación jurídica de los mismos que figura en la Propuesta de Resolución se mantienen, sin ninguna modificación, en la presente Resolución. Ello supone que la SGAE ha tenido oportunidad de realizar las manifestaciones que consideraba oportunas en relación con los referidos hechos y su calificación, como efectivamente ha hecho en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución, cuya extensión supera las 90 páginas.

(1028) **No puede por tanto acogerse la alegación** -incluida, de hecho, en el referido escrito- **de que la DC habría ido modificando la imputación generándole indefensión**.

(1029) Conviene recordar, a este respecto, la doctrina del Tribunal Constitucional en cuanto a que "[…] *por indefensión ha de entenderse el impedir a una parte en un proceso o procedimiento, toda vez que las garantías consagradas en el artículo*

24.1 de la Constitución Española son también aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses", señalando que "*la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes*". Es decir, que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 de la CE es solo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa. Estima, por tanto, la jurisprudencia constitucional que "*no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, o cuando no se ha llegado a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa* (STC 71/1984, 64/1986)".

(1030) Resulta también destacable en este sentido la resolución de la CNC de 23 de marzo de 2011 (R/0067/11):

> *"[…] la corrección en el actuar administrativo, por un lado, y la existencia de trámites posteriores en los que la recurrente puede hacer valer sus derechos, por otro, impide hablar de vulneración alguna de derecho fundamental. En todo caso, en el hipotético caso de producirse vulneración de algún derecho nada impide su restablecimiento, por lo que tampoco cabe apreciar la presencia de este requisito".*

5.7.4. Alegación de UNISON relativa al acceso al memorándum de entendimiento DAMA-SGAE

(1031) En alegaciones presentadas el 13 de noviembre de 2023 UNISON solicitó que se levántese la confidencialidad del Memorandum de Entendimiento (MdE) presentado por SGAE el 9 de octubre de 2023 y firmado por esta última y DAMA. Consideraba UNISON que el contenido del MdE afecta a su derecho de defensa, "en la medida que pueda revelar un nuevo acto de discriminación de la SGAE frente a [UNISON]". Afirmaba UNISON que había quedado acreditado en el expediente el trato diferenciado y más favorable que la SGAE ha ido dispensado a DAMA a lo largo del tiempo, en sus relaciones con los usuarios respecto del repertorio audiovisual, frente al que aplica a UNISON en cuanto al repertorio musical.

Valoración de la Sala

(1032) Si bien UNISON no ha reiterado la referida solicitud durante la fase de resolución, esta Sala estima conveniente manifestar su conformidad respecto de la negativa a dar seguimiento a la misma que se incluye en la Propuesta de Resolución.

(1033) **Consideró acertadamente la DC que no correspondía atender el levantamiento de la confidencialidad** (cautelarme acordada el 13 de octubre de 2023) **por contener información sensible sobre el proceso de negociación, en curso, entre** la **SGAE y DAMA en relación con diversos aspectos de su actividad en el mercado.**

(1034) Las entidades de gestión monopolistas tienen un deber especial de transparencia y en varias resoluciones este Consejo ha subrayado la importancia de que las condiciones de acceso de distintos *usuarios* de contenidos protegidos

por derechos de propiedad intelectual fueran transparentes, para poder verificar estos que las tarifas acordadas aplicadas por la entidad de gestión de que se tratara no eran abusivas por injustificadamente discriminatorias[743]. Ello es coherente con el régimen de transparencia establecido por el TRLPI para las tarifas generales que deben establecer las entidades de gestión (art. 185 e); art. 153.4 e) para las tarifas por el uso de los derechos gestionados para el caso de los OGIs).

(1035) Es especialmente reveladora del objetivo pro-usuarios perseguido con las obligaciones de transparencia que pesan sobre las entidades de gestión con posición de dominio la siguiente valoración realizada por la CNMC en el marco de la Terminación convencional del expte. S/0466/13 SGAE Autores:

> *"La medida permite que los descuentos que se apliquen a un operador de TV concreto se extiendan a todos aquellos que cumplan con las mismas condiciones objetivas. Esta medida, que dota de transparencia a los descuentos aplicados por SGAE al pago de la tarifa por los derechos de comunicación pública y reproducción de obras musicales empleadas en la emisión de espacios televisivos, no cercena la necesaria capacidad de los operadores de negociar con SGAE, de forma individual, aquellas condiciones en el licenciamiento de los citados derechos que respondan a sus características particulares. […]En coherencia con la política de transparencia en la gestión que asume SGAE a través de su propuesta de compromisos, las condiciones especiales pactadas, así como las circunstancias objetivas que las han justificado, se recogerán en un anexo al contrato-tipo que será publicado en la página web de SGAE. Mediante esta publicitación, se dará a conocer al resto de operadores la existencia de posibles condiciones especiales en la autorización de los citados derechos de autor, en orden a que puedan reclamar de SGAE su aplicación, garantizándose así por la entidad de gestión un trato equitativo entre competidores, siempre que se reúnan las circunstancias objetivas que motivaron la adopción de las respectivas especificidades."*

(1036) Sin perjuicio de lo anterior y tal y como expuso con acierto el órgano de instrucción, el levantamiento de la confidencialidad que solicitaba UNISON hacía referencia a un documento firmado de mutuo acuerdo entre dos entidades de gestión que concurren en la gestión de los derechos correspondientes a los autores audiovisuales de guion y parte literaria. Ni la posición en términos de cuotas de repertorio, ni de derechos de posible gestión coinciden en el caso de DAMA y UNISON. De forma que un tratamiento diferenciado, en este caso para (de acuerdo con lo que se alega) resolver algunos de los conflictos que dieron lugar a la denuncia planteada por DAMA ante la CNMC, no suponía un tratamiento discriminatorio *per se*, puesto que las circunstancias y posición de la entidad de gestión DAMA en sus relaciones con la SGAE son objetivamente diferentes de las del operador de gestión independiente UNISON.

[743] Entre otras, Resolución CNC de 23 de julio de 2009 (Expt. 651/08, AIE/T5); Resolución CNC de 23 de marzo de 2011 (Expte. S/0156/09, AISGE); Resolución CNC de 14 de junio de 2012 (Expte. S/0297/10 AGEDI/AIE); Resolución CNC de 3 de julio de 2012 (Expte. S/0220/10 SGAE); Resolución de la CNMC de 9 de julio de 2015 (S/0466/13 SGAE Autores).

5.7.5. Alegación de UNISON en relación con los mercados de comunicación pública

(1037) En el mismo escrito de alegaciones de UNISON de 13 de noviembre de 2023 al que se hacía referencia en el apartado anterior, ésta llamaba la atención sobre que el PCH no había recogido de forma expresa, como conducta infractora de abuso de posición dominante, los hechos descritos en la denuncia presentada por UNISON el 7 de junio de 2021, consistentes en la ausencia de transparencia y el licenciamiento universal y con tarifas por disponibilidad en el segmento de la comunicación pública general (música de fondo y amenización). Sostenía UNISON en dichas alegaciones que las prácticas que se imputan en el PCH a la SGAE en el mercado de la radiodifusión afectaban igualmente al mencionado segmento, ya que el fundamento de la infracción de abuso imputado concurriría también en ese mercado (falta de transparencia del repertorio, pactos o cláusulas de universalidad o presunción de universalidad y tarifas por disponibilidad no equitativas).

(1038) Apuntaba asimismo UNISON que el PCH tampoco hacía referencia al archivo parcial respecto a dichos hechos. UNISON solicitaba en sus alegaciones que se aclarase expresamente si tales conductas no incluidas en el PCH se daban por archivadas o si iban a ser objeto de actuaciones bajo otra información reservada o expediente sancionador, haciendo mención en particular a las actuaciones con número de referencia S/0012/23.

Valoración de la Sala

(1039) Al igual que sucede con las alegaciones abordadas en el apartado anterior, UNISON no ha reiterado estos planteamientos en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución. Sin perjuicio de ello, esta Sala considera pertinente expresar su conformidad con la postura de la DC al respecto.

(1040) Como se explica en mayor detalle en la Propuesta de Resolución[744], la DC recogió en el PCH los hechos que estimó constitutivos de infracción, a la vista de las denuncias recibidas, los anexos a las mismas y el resto de los documentos obrantes en el expediente, de conformidad con el artículo 50.3 de la LDC. Tales hechos son los únicos que conforman el objeto del presente expediente, no pudiendo descartarse que cualquier otra actuación -aun relacionada directa o indirectamente, con los mencionados hechos- pudiera ser objeto de una nueva investigación y, en su caso, de una infracción distinta.

(1041) Procede recordar lo apuntado en los párrafos (1005) y siguientes *supra* en cuanto a que la propuesta de archivo de conductas analizadas en el PCH se formula siempre de forma expresa en el PCH o en la PR y se acuerda, en su caso, por el Consejo. **En ningún caso puede, por tanto, presumirse el archivo respecto de hechos que ni siquiera han sido recogidos o analizados en el PCH**.

[744] Párrafos 1029 y 1030 de la Propuesta de Resolución.

5.7.6. Alegaciones de MEDIASET y ATRESMEDIA sobre el reconocimiento de los perjuicios que les habrían generado las prácticas infractoras

(1042) En sus alegaciones al PCH, MEDIASET solicitaba que se reconocieran, en particular, los perjuicios causados por la SGAE a los operadores de TV por las conductas analizadas en el presente expediente. Asimismo, formula MEDIASET en dichas alegaciones una estimación teórica del posible perjuicio causado a los operadores de televisión según el razonamiento del propio PCH. Subrayaba además MEDIASET en sus alegaciones al PCH que, para el caso de operadores de TV como ella, que además son editores de una parte significativa de las obras musicales que utilizan en sus emisiones, los efectos perjudiciales del abuso son mayores, al tener, en principio, más incentivos a conferir la representación de su repertorio a un operador OGI, siempre en combinación con una TUE correctamente diseñada, lo cual habría sido obstaculizado por la conducta infractora. Indicaba también MEDIASET como elemento adicional para la determinación del daño generado por la conducta de la SGAE el que esta entidad calcule su tarifa incluyendo incorrectamente la música de los espacios publicitarios emitidos por los operadores de TV. Si bien MEDIASET no ha formulado alegaciones a la Propuesta de Resolución, esta Sala considera que conviene pronunciarse sobre la valoración de la DC en relación con los referidos planteamientos.

(1043) Por lo que se refiere a ATRESMEDIA, ésta sí ha formulado alegaciones a la Propuesta de Resolución en las que se incluyen determinados argumentos que coinciden o se asemejan con aquellos de MEDIASET que acaban de mencionarse y sobre la base de los cual solicita que se le reconozca la condición de perjudicado[745]. Sostiene, por ejemplo, que debería tenerse en cuenta en la resolución que las conductas analizadas "*no habrían afectado a todos los usuarios por igual, sino que había sido mayor para el caso de usuarios de la SGAE como ATRESMEDIA, que: por un lado, cuentan con editoriales musicales* […]*; y, por otro lado, operan en los mercados de concesión de autorizaciones de uso de los derechos de reproducción y comunicación pública de obras musicales, tanto para radio como para televisión*"[746].

Valoración de la Sala

(1044) Tanto en la Propuesta de Resolución como en la presente resolución, se ha hecho referencia, con carácter general, al perjuicio que los operadores de televisión y radio habrían sufrido como consecuencia de las conductas investigadas. La LDC regula la compensación de daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia (Título VI), reconociéndose a la jurisdicción civil ordinaria como el foro ante el que cualquiera que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia tendrá

[745] Párrafos a 68 a 74 de las alegaciones de ATRESMEDIA a la Propuesta de Resolución (folios 20.748 a 20.749).

[746] Párrafo 73 de las alegaciones de ATRESMEDIA a la Propuesta de Resolución (folio 20.749).

derecho a reclamar al infractor y obtener su pleno resarcimiento (art. 72.1 de la LDC). Adicionalmente se prevé que la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad de la competencia española se considerará irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional español (art. 75 de la LDC), mientras que el régimen de cuantificación de daños y perjuicios se contempla en el artículo 76 de la LDC. Tal como se recoge en la *Guía sobre cuantificación de daños por infracciones del derecho de la competencia*, adoptada por la CNMC el 11 de julio de 2023[747]:

> *"En este contexto, el papel de la CNMC en el marco de la aplicación privada del derecho de la competencia es de carácter consultivo y está regulado en el artículo 15 bis de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC) en su faceta de amicus curiae y en los artículos 5.2, apartado b), de la LCCNMC y 76.4 de la LDC, introducido mediante la transposición de la Directiva de daños, que facultan a los órganos judiciales competentes a solicitar a la CNMC que informe sobre los criterios para cuantificar los daños." [énfasis en el original]*

(1045) Respecto de la incorrección alegada por MEDIASET en su respuesta al PCH, consistente en que la SGAE calcule su tarifa incluyendo la música de los espacios publicitarios emitidos por los operadores de TV, esta Sala coincide con la DC en que MEDIASET se refiere a la no aplicación a los autores de obras audiovisuales de carácter publicitario de los derechos de remuneración previstos en el artículo 90.4 del TRLPI, conforme excepciona expresamente el artículo 90.6 en relación con artículo 87.3, ambos del TRLPI. Se trata, por tanto, de una cuestión ajena al objeto del presente expediente que correspondería, en su caso, resolver, a la luz de las previsiones de la normativa sectorial de propiedad intelectual.

5.7.7. Alegaciones de SGAE y UNISON en relación determinados acuerdos alcanzados por SGAE durante la fase de resolución del expediente

(1046) El 26 de abril de 2024 tuvo entrada en la CNMC un escrito de la SGAE mediante el que esta última informaba al Consejo de que había alcanzado, [redacted] para la comunicación pública y reproducción de música en los canales de televisión con determinadas deducciones[748]. Informaba asimismo la SGAE que había alcanzado, también el 24 de abril de 2024, un acuerdo con [redacted] Informaba adicionalmente la SGAE, en el mencionado escrito, que [redacted]

[747] Disponible en https://www.cnmc.es/expedientes/g-2020-03.

[748] Folios 20.807 a 20.8014.

[redacted].

(1047) La SGAE solicita al Consejo que se tengan en consideración dichas actuaciones como prueba de la voluntad de la SGAE de poner fin a los problemas de competencia identificados por la DC y a los efectos de valorar las conductas que se le atribuyen, ya sea descartando la imposición de una sanción a la SGAE o entendiendo que concurre una circunstancia atenuante en el sentido del artículo 64.3 LDC.

(1048) UNISON, por su parte, informó a la CNMC del nuevo acuerdo tarifario de SGAE [redacted] 30 de abril de 2024 realizando las siguientes consideraciones: [e]*n el asunto de referencia, ayer tuvimos noticia de que* la *SGAE ha suscrito un "acuerdo de colaboración"* [redacted] *Esta práctica SGAE sella el cierre total del mercado de radiodifusión de operadores privados, lo que se produce a pocos días de la resolución del expediente y en clara contravención del contenido del PCH y la PR dictadas en el expediente de referencia en relación con las tarifas por disponibilidad (además de una posible práctica de precios predatorios). Lo ponemos en conocimiento del Consejo a los efectos de lo dispuesto en el artículo 64.2. c) de la Ley de Defensa de la Competencia, ya que se trata de medidas dirigidas a perpetuar las conductas anticompetitivas con posterioridad a la resolución sancionadora"*[749].

(1049) Adicionalmente, UNISON remitió a la CNMC dos escritos más, los días 7 y 8 de mayo de 2024, mediante los que solicitaba al Consejo la adopción de medidas cautelares del artículo 54 LDC consistentes en suspender la aplicación, tanto de las tarifas objeto del presente expediente como del acuerdo tarifario de 24 de abril de 2024 alcanzado por la SGAE con [redacted]. Insiste, asimismo, en dichos escritos en que la firma de este último acuerdo debería tenerse en cuenta a los efectos de aplicar la agravante del artículo 64.2(c) LDC consistente en la adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.

Valoración de la Sala

(1050) Por lo que se refiere a la solicitud de medidas cautelares de UNISON, procede recordar, en primer lugar, que la petición de suspensión cautelar de las tarifas objeto del presente expediente ya fue denegada por la DC mediante acuerdo del 8 de junio de 2022[751].

(1051) En cuanto al nuevo convenio tarifario alcanzado por la SGAE con [redacted] no sería, en ningún caso, susceptible de poner en riesgo la eficacia

[749] Folio 20.822

[750] Folios 20.834 a 20.843 y 20.883 a 20.892.

[751] Folios 6.066 a 6.073.

de la presente resolución, siendo éste el requisito esencial para la adopción de las medidas cautelares del artículo 54 LDC. Desde una perspectiva temporal, esta resolución no puede imponer sanciones u otras medidas -cuya eficacia sea necesario garantizar en el marco del presente expediente- respecto de conductas ulteriores al cierre de la fase de instrucción (26 de enero de 2024). Dado que el nuevo acuerdo con [redacted] se adoptó con posterioridad a dicha fecha (el 24 de abril de 2024) debería ser, en su caso, objeto de un nuevo procedimiento sancionador. Por los mismos motivos, tampoco cabe considerar que el nuevo convenio tarifario pueda dar lugar a la agravante del artículo 64.2(c). Alternativamente si dicho convenio debiera considerarse como una mera variación cuantitativa de las tarifas que se recogen en el PCH, aplicaría el acuerdo precitado de 8 de junio de 2022 mediante el que la DC denegó la primera petición de suspensión cautelar de UNISON.

(1052) Deben rechazarse de plano, por otro lado, las pretensiones de la SGAE respecto de las actuaciones comunicadas en su escrito de 26 de abril. La empresa imputada no puede pretender que este Consejo tenga en cuenta las referidas actuaciones como "*prueba de la voluntad de la SGAE de poner fin a los problemas de competencia identificados por la DC*"[752] cuando en ningún momento la SGAE ha reconocido dichos problemas de competencia, habiendo dedicado el conjunto de sus alegaciones a negar su existencia y defender la licitud de las prácticas investigadas.

(1053) De hecho, por lo que se refiere al acuerdo de compensación alcanzado con [redacted] por haber percibido pagos por derechos que corresponderían al repertorio de ésta y al intento frustrado de alcanzar un acuerdo similar con [redacted] se trata de actuaciones que refuerzan las conclusiones alcanzadas por la DC y por esta Sala en cuanto a las declaraciones sobre la universalidad de su repertorio musical y las garantías de indemnidad frente a reclamaciones de terceros realizadas por la SGAE que se analizan en el apartado 5.4.3.2.2.

5.7.8. Sobre la solicitud práctica de prueba

(1054) En la notificación de la Propuesta de Resolución se informó a las empresas incoadas de que, conforme al artículo 50.4 de la LDC, podían incluir en sus alegaciones las propuestas que consideraran pertinentes en relación con la práctica de pruebas, sin que ninguna de ellas hayas ejercido esta posibilidad.

5.7.9. Sobre la solicitud de confidencialidad

(1055) La SGAE solicita que su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución sea declarado confidencial con arreglo al artículo 42 de la LDC por contener información de negocio que no puede ser divulgada a terceros y aporta, junto a las mismas, una versión no confidencial de dicho escrito.

(1056) Esta Sala, tras analizar el mencionado escrito, considera que contiene, en efecto, datos de carácter comercial y estratégico que merecen la consideración de

[752] Folio 20.809.

información confidencial. Se declara, por tanto, confidencial el escrito de alegaciones de la SGAE y se incorpora al Expediente la versión no confidencial del mismo. Se recuerda, no obstante, que el TJUE ha considerado que un periodo de cinco años es suficiente para que la información comercial pierda, en principio, su condición de confidencial. Por tanto, los datos que sean anteriores a junio de 2019 no se considerarán, con carácter general, confidenciales.

(1057) Solicita, asimismo, la SGAE, que se declare confidencial la información aportada en respuesta al requerimiento de información de 8 de mayo de 2024 sobre su volumen de negocios. Ello, tanto en lo que respecta a su facturación total en el ejercicio 2023, como a la facturación realizada en los mercados afectados por las infracciones que se le imputan. Por lo que se refiere al volumen de negocios total para el ejercicio 2023, procede contestar, en primer lugar, que se trata de información que consta o debería constar en los registros públicos correspondientes, sin perjuicio de que la empresa pueda haber aportado un importe aproximado. Este dato es, además, necesario para el cálculo de la sanción y su utilización a estos efectos refleja el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 63 de la LDC. No procede por tanto declarar su confidencialidad. Tampoco se consideran confidenciales los datos relativos al volumen de negocios de los mercados afectados cuando no se recogen por años, sino de forma agregada para la duración total de las infracciones imputadas.

5.8. Determinación de la sanción

5.8.1. Criterios para la determinación de la sanción

5.8.1.1. Principios generales

(1058) En el sistema español, las sanciones deben calcularse de forma que se garantice una aplicación eficaz y uniforme del Derecho europeo de la Competencia[753]. Ello exige que las sanciones se determinen tomando como base los criterios de gravedad y duración de las infracciones, respetando los principios de efectividad, proporcionalidad a la infracción cometida y disuasión[754].

(1059) La Directiva (UE) 2019/1, de 11 de diciembre de 2018, Directiva ECN+, establece expresamente (considerando 47) que "[e]*stos factores deben evaluarse de acuerdo con la jurisprudencia pertinente del TJUE y de modo que se garantice la disuasió*n". La evaluación de la gravedad se debe hacer caso por caso para

[753] Véase la apreciación con respecto al Reglamento CE 1/2003 desde su propio considerando primero.

[754] Véase el considerando 40 de la Directiva ECN+ (Directiva (UE) 2019/1) : "*Para garantizar la aplicación efectiva y uniforme de los artículos 101 y 102 del TFUE, las autoridades administrativas nacionales de competencia deben tener la facultad de imponer multas efectivas, proporcionadas y disuasorias a las empresas y asociaciones de empresas que infrinjan los artículos 101 o 102 del TFUE, bien ellas directamente en el marco de sus propios procedimientos, en concreto en el marco de procedimientos administrativos, siempre que dichos procedimientos permitan la imposición directa de multas efectivas, proporcionadas y disuasorias, o solicitando la imposición de multas en procedimientos judiciales no penales*".

todos los tipos de infracción, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso. Entre los factores que se pueden tener en consideración se encuentran la naturaleza de la infracción, la cuota de mercado combinada de todas las empresas involucradas, el alcance geográfico de la infracción, el hecho de que la infracción se haya aplicado, el valor de las ventas de bienes y servicios de la empresa a que se refiere directa o indirectamente la infracción y el tamaño y poder de mercado de la empresa implicada".

(1060) Asimismo, la determinación de las sanciones en nuestro ordenamiento debe respetar los criterios establecidos en el artículo 64 de la LDC, así como la jurisprudencia del TS, iniciada con la sentencia de 29 de enero de 2015[755] y los principios de eficiencia, proporcionalidad y disuasión, igualmente de acuerdo con la jurisprudencia del TS y el TJUE.

5.8.1.2. Aplicación a este caso

(1061) Se ha acreditado la existencia de **dos infracciones muy graves de los artículos 2 LDC y 102 TFUE**, consistentes en (i) un abuso de posición de dominio en los mercados de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual radiofónico y para el servicio de comunicación televisivo (lineal y bajo demanda) que comprende el diseño y aplicación de tarifas por disponibilidad y las prácticas relativas a la presentación del repertorio como universal y la indemnidad frente a reclamaciones de terceros; y (ii) un abuso de posición de dominio consistente en el diseño y aplicación de las tarifas por disponibilidad en el mercado de la gestión de derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales a que se refiere el artículo 90.4 del TRLPI para el servicio de comunicación audiovisual de televisión (lineal o a petición).

(1062) De acuerdo con la información recabada, la facturación total de la empresa infractora en el año 2023 asciende a 60.836.374 euros.

(1063) En el ordenamiento jurídico español, la determinación de las sanciones debe efectuarse sobre la base de los criterios del artículo 64 de la LDC[756]. La aplicación debe realizarse de conformidad con la doctrina jurisprudencial fijada por nuestro Tribunal Supremo[757].

(1064) Cuando procede una aplicación conjunta de las normas nacionales y de la Unión Europea, las sanciones en materia de defensa de la competencia deben establecerse de forma que se garantice una aplicación eficaz y uniforme del

[755] También, en idéntico sentido, sentencias del TS de 30 de enero de 2015 (rec. 1476/2014 y 1580/2013), entre otras.

[756] De conformidad con el artículo 5 del Reglamento 1/2003, la imposición de las sanciones se realizará por las autoridades de competencia de los Estados miembros de acuerdo con *"su Derecho nacional"*.

[757] Especialmente, la Sentencia del TS de 29 de enero de 2015, recurso 2872/2013 (ECLI:ES:TS:2015:112).

Derecho europeo de la competencia[758]. Como se dispone en la Directiva ECN+, las autoridades nacionales de competencia *"deben tener la facultad de imponer multas efectivas, proporcionadas y disuasorias a las empresas y asociaciones de empresas"*[759].

(1065) Las sanciones deben determinarse sobre la base de "la duración y la gravedad de la infracción". Para evaluar la gravedad de la conducta se pueden tener en consideración "*la naturaleza de la infracción, la cuota de mercado combinada de todas las empresas involucradas, el alcance geográfico de la infracción, el hecho de que la infracción se haya aplicado, el valor de las ventas de bienes y servicios de la empresa a que se refiere directa o indirectamente la infracción y el tamaño y poder de mercado de la empresa implicada*"[760].

(1066) En este proceso de fijación de las sanciones, el Consejo de la CNMC "*cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa*"[761].

(1067) En este caso concreto, la Sala de competencia de la CNMC ha de comenzar por determinar cuál debe ser el tipo sancionador aplicable al volumen de negocios del ejercicio anterior dentro del intervalo que llega hasta un máximo del 10%.

(1068) En primer lugar, en cuanto a las características del mercado afectado (art. 64.1.a), estos mercados son, para la primera infracción, los mercados de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual radiofónico y para el servicio de comunicación televisivo (lineal y bajo demanda), y para la segunda infracción, el mercado de la gestión de derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales a que se refiere el artículo 90.4 del TRLPI para el servicio de comunicación audiovisual de televisión (lineal o a petición), en los que se han desarrollado las infracciones.

(1069) En cuanto a la dimensión del mercado afectado (art. 64.1.a), el volumen de la recaudación de SGAE en los mercados afectados durante los periodos de infracción asciende a 626.753.912,00 euros en el caso de la primera infracción y a 37.300.031,00 euros en el caso de la segunda.

---

[758] Véase la apreciación al respecto del Considerando Primero del Reglamento 1/2003.

[759] Véase el considerando 40 de la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018 (DO L 11 de 14.1.2019, p. 3/33). Esta indicación también ha sido recogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo: por todas, vid. la sentencia de 24 de febrero de 2017, recurso 2872/2013 (ECLI:ES:TS:2015:112).

[760] Véase el considerando 47 de la Directiva ECN+.

[761] Sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, Asunto C-194/14 P *AC-Treuhand AG* contra Comisión Europea, (ECLI:EU:C:2015:717), citada, entre otras muchas, por la Sentencia del TS de 7 de junio de 2021, recurso 5428/2020 (ECLI:ES:TS:2021:2439).

(1070) Respecto de la cuota de mercado de SGAE (art. 64.1.b) desde al menos el 1 de enero de 2016 hasta la actualidad, SGAE ostenta cuotas de mercado muy elevadas (siempre por encima de 90%), en el mercado de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual radiofónico y para el servicio de comunicación televisivo. Asimismo, desde al menos el 1 de enero de 2016 hasta al menos el 31 de diciembre de 2017, la SGAE mantuvo cuotas de mercado muy elevadas en el mercado aguas abajo de gestión de derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales a que se refiere el artículo 90.4 del TRLPI para el servicio de comunicación audiovisual de televisión (superiores al 80%).

(1071) En cuanto al mercado geográfico afectado por la infracción (art. 64.1.c), la conducta se ha desarrollado en el mercado español, con afectación al comercio intracomunitario.

(1072) La duración de la conducta (art. 64.1.d) abarca en el caso de la primera infracción, desde al menos el 1 de enero de 2016 hasta la actualidad, y en el caso de la segunda, habría tenido lugar desde al menos el 1 de enero de 2016 hasta al menos el 31 de diciembre de 2017.

(1073) Las conductas, como se ha analizado en los apartados 5.4.3.2.1.2 y 5.4.3.2.2.2, han sido susceptibles de desplegar efectos explotativos y exclusionarios en los mercados de referencia (art 64.1.e). Concretamente las conductas consistentes en el diseño y aplicación de tarifas por disponibilidad promediada han sido aptas para generar, por una parte, efectos explotativos sobre los usuarios de derechos que han tenido que pagar tarifas inequitativas que no guardan relación con el repertorio; y por otra parte, efectos exclusionarios sobre los competidores al obstaculizar su entrada y expansión en el mercado dificultando que otras entidades u operadores puedan lograr que los usuarios de los derechos de su repertorio paguen por su uso. También la práctica consistente en la presentación del repertorio musical como universal y la garantía de indemnidad frente a reclamaciones de terceros ha sido susceptible de generar estos efectos exclusionarios. Así, tanto la infracción única y continuada relativa a derechos sobre obras musicales para emisoras de televisión y radio que comprende los dos tipos de prácticas, como el abuso de posición de dominio consistente en el diseño y aplicación de TDP sobre derechos audiovisuales para emisoras de televisión, han sido susceptibles de generar tanto efectos explotativos como exclusionarios.

(1074) No se ha apreciado la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes previstas en los artículos 64.2 y 64.3.

(1075) Considerando todos estos factores, esta Sala debe determinar la sanción adecuada al caso.

5.8.1.3. Multa

(1076) El conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, características y dimensión del mercado afectado, duración, ámbito geográfico de la conducta, participación de las infractoras en la conducta, efectos, ausencia de atenuantes y agravantes– permite a esta Sala concretar el tipo sancionador que corresponde aplicar la entidad infractora y las sanciones que corresponden a estos tipos sancionadores.

(1077) De acuerdo con los criterios anteriores esta Sala considera que el tipo sancionador que correspondería imponer a SGAE es del **6,5 por ciento para el caso de la primera infracción y del 4 por ciento para la segunda**, atendiendo a la diferente duración de ambas infracciones, así como al número de prácticas en que consiste cada una de las infracciones.

(1078) Estos tipos sancionadores son adecuados a la gravedad y características de la infracción. Sin embargo, la jurisprudencia exige comprobar que la sanción impuesta no resulte desproporcionada en relación con la efectiva dimensión de la conducta de la empresa infractora y el resto de los factores que se verifiquen en cada caso concreto.

(1079) Para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad de la sanción es necesario utilizar como referencia un porcentaje de la facturación en el mercado afectado durante la infracción que refleje el potencial beneficio derivado de la conducta y aplicar a esa cifra un factor incremental que asegure la disuasión. Esta estimación se utiliza como valor de referencia, por encima del cual se considera que la multa podría resultar desproporcionada. En este caso, esta comprobación muestra que las multas que correspondería imponer a SGAE por ambas infracciones, resultantes de aplicar el tipo sancionador sobre el volumen de negocios total de la empresa infractora en 2023, no corren el riesgo de ser desproporcionadas en relación con la efectiva dimensión de la infracción, por lo que no procede ajustarlas para asegurar su proporcionalidad.

(1080) Tras esta comprobación final de proporcionalidad, esta Sala concluye que las sanciones proporcionadas y disuasorias que corresponde imponer a la entidad infractora son las siguientes:

- Una sanción de 3.954.364 euros para la primera infracción, consistente en un abuso de posición de dominio en los mercados de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual radiofónico y para el servicio de comunicación televisivo (lineal y bajo demanda) que comprende (i) el diseño y aplicación de tarifas por disponibilidad y (ii) las prácticas relativas a la presentación del repertorio como universal y la indemnidad frente a reclamaciones de terceros.

- Una sanción de 2.433.455 euros para la segunda infracción, consistente en un abuso de posición dominante por el diseño y aplicación de las tarifas por disponibilidad en el mercado de la gestión de derechos de

remuneración de autores de obras audiovisuales a que se refiere el artículo 90.4 del TRLPI para el servicio de comunicación audiovisual de televisión (lineal o a petición).

5.8.1.4. Alegaciones a la propuesta de sanción

(1081) La SGAE sostiene que la propuesta de sanción resulta desproporcionada[762]. Lo anterior, en primer lugar, por cuanto la CNMC ya habría validado en el pasado las conductas objeto del presente expediente y porque tales conductas se habrían analizado en el expediente S/DC/0590/16 sin ser finalmente incluidas en el acuerdo de incoación ni en el PCH[763].

(1082) Este Consejo estima que tal alegación no puede resultar acogida por los motivos previamente expuestos en los párrafos (975) a (1010) para rechazar la vulneración del principio non *bis in idem* en su vertiente procesal, así como de los principios de seguridad jurídica y buena administración. Conviene insistir, a este respecto, en que las conductas imputadas en el presente expediente difieren claramente de las actuaciones señaladas por SGAE que habrían sido objeto de valoración en el pasado por la CNMC.

(1083) Defiende asimismo la SGAE que la imposición de dos multas resulta desproporcionada porque la DC habría llevado a cabo una división artificial de las conductas analizadas en dos infracciones pese a que deberían haberse analizado, en su conjunto, como una única infracción[764]. Para respaldar este planteamiento la SGAE apunta que, en su análisis, la DC no habría establecido diferencias entre el repertorio musical o el audiovisual sino únicamente en función de los usuarios abordando la aptitud para restringir la competencia del diseño de ambos tipos de tarifas en un mismo epígrafe de la Propuesta de Resolución[765].

(1084) Tal alegación tampoco puede admitirse por los motivos ya señalados en los párrafos (936) a (941) de la presente resolución en los que se trata específicamente esta cuestión. Debe apuntarse, adicionalmente, que el que la DC haya podido abordar de forma conjunta determinadas cuestiones que resultan comunes al diseño y aplicación de las tarifas de los derechos audiovisuales y musicales, para evitar reiteraciones innecesarias en la Propuesta de Resolución, en modo alguno permite concluir que *la actuación de SGAE según ha sido analizada por la DC formaría parte de una sola infracción única y continuada que comprendería los repertorios musical y audiovisual*[766].

---

[762] Párrafos 291 a 305 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.265 a 20.268).

[763] Párrafos 297 a 298 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.265 a 20.626).

[764] Párrafos 299 a 304 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.626 a 20.628).

[765] Párrafo 303 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.627).

[766] Párrafo 304 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folio 20.627).

(1085) Por último, SGAE defiende en sus alegaciones que imponer una sanción aplicando dos tipos sancionadores distintos sobre el VNT "*conduce a un resultado manifiestamente desprorpocionado*[767]".

(1086) También debe rechazarse esta alegación dado que se imponen sendas multas para cada una de las dos sanciones imputadas a SGAE.

(1087) A este respecto, el artículo 63.1 de la LDC dispone 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 las siguientes sanciones,* ***para cada una de las infracciones declaradas****".* (énfasis añadido).

(1088) Del párrafo anterior queda claro que la CNMC puede establecer para cada infracción grave sancionada en un expediente concreto una sanción de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total mundial de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

(1089) En el presente expediente se ha considerado que la SGAE ha cometido dos infracciones diferenciadas y, por lo tanto, se han de fijar dos tipos sancionadores que cumplen con las obligaciones legales al situarse ambos por debajo del límite del 10 por ciento del volumen de negocios de la empresa infractora.

(1090) Además, tal y como se ha detallado en el apartado anterior, una vez fijada la sanción que corresponde de acuerdo con las características de la infracción, tanto la propuesta de la Propuesta de Resolución como esta resolución han realizado un análisis de proporcionalidad. El objetivo de este análisis es comprobar que las sanciones fijadas en cada una de las infracciones son proporcionales en relación con la efectiva dimensión de la conducta. Tras dicha comprobación, esta Sala ha valorado que no era necesario realizar ningún ajuste a las sanciones propuestas en la Propuesta de Resolución ni en las impuestas en esta resolución, ya que las sanciones no resultan desproporcionadas a la efectiva dimensión de la conducta.

5.9. Prohibición de contratar

(1091) La Disposición Final Novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que modifica el artículo 60 del entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) y cuya entrada en vigor tuvo lugar el 22 de octubre de 2015[768], establece una específica prohibición de contratar para los sancionados por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia, en los siguientes términos:

> *"No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 61 bis, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias: […] b) Haber sido sancionadas con carácter*

[767] Párrafo 305 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de resolución (folio 20.628).

[768] Disposición final decimoctava de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

firme por infracción grave en materia profesional, de falseamiento de la competencia […]".

(1092) Esta previsión se recoge, con idéntica redacción, en el artículo 71.1.b) de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP):

"1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:
b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia […] de falseamiento de la competencia".

(1093) Así pues, quedan sujetas a una prohibición de contratar con las entidades que forman parte del sector público las personas que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción al menos grave en materia de falseamiento de la competencia. Debe precisarse, asimismo, tal y como ya apuntado este Consejo en otras ocasiones que la LCSP no restringe la prohibición de contratar a que la conducta anticompetitiva esté relacionada con la contratación pública[769].

(1094) La CNMC ha señalado en numerosas resoluciones, desde el momento de entrada en vigor de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia, que esta es una consecuencia jurídica que deriva directamente de la Ley en el caso de sujetos sancionados por infracciones a la normativa de competencia[770].

(1095) En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sus sentencias núm. 1115/2021, de 14 de septiembre y núm. 1419/2021, de 1 de diciembre, al recordar la alternativa procedimental para la concreción de la misma, indican que "*la prohibición de contratar acordada por la CNMC al amparo del art. 71.1. b) de la LCSP es una limitación anudada a la imposición de una sanción firme por una infracción grave en determinadas materias*".

(1096) Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sus sentencias núms. 3273/2022 y 3289/2022, ambas de 28 de septiembre de 2022, ha concluido que la autoridad de competencia cuenta con la facultad de definir, respecto de cada infracción, el conjunto de consecuencias jurídicas que sirvan a los principios de eficacia, disuasión y proporcionalidad exigidos por la normativa europea e interna, entre ellas la prohibición de contratar, potestad esta que lleva implícita la de pronunciarse sobre su alcance y duración. Lo anterior sin perjuicio de que el pronunciamiento relativo a la concreta duración y alcance de la prohibición pueda dejarse a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, conforme a lo establecido en el artículo 72 de la LCSP.

[769] Resolución de 12 de julio de 2023, expte. S/0013/21 AMAZON/APPLE BRANDGATING.

[770] Véase por todas la Resolución de 14 de marzo de 2019 (Expte S/DC/0598/16, Electrificación y Electromecánicas Ferroviarias).

(1097) En relación con lo anterior, el 13 de junio de 2023 el Consejo de la CNMC adoptó la Comunicación 1/2023, sobre criterios para la determinación de la prohibición de contratar[771].

(1098) Sin perjuicio de lo anterior, esta Sala coincide con lo defendido por SGAE en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución en cuanto a que la facultad para establecer el concreto alcance de la prohibición de contratar, de acuerdo con los criterios de la referida comunicación, únicamente resulta aplicable respecto de los expedientes incoados a partir de la publicación de la misma que se produjo el 30 de junio de 2023[772]. Dado que la incoación del presente expediente se produjo en una fecha posterior, dicha facultad no resulta de aplicación al mismo.

(1099) En esta Resolución se pone de manifiesto la responsabilidad de la empresa incoada por infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE, que debe ser calificada como infracción de falseamiento de la competencia a los efectos del mencionado artículo 71.1.b) de la Ley 9/2017.

(1100) La normativa nacional, incorporando las Directivas comunitarias en la materia, establece instrumentos a disposición de las empresas para evitar ser excluidos de los procedimientos de contratación, a través de medidas de autocorrección o de “self-cleaning” (artículo 72.5 LCSP). No obstante, a lo largo de la instrucción de expediente sancionador, la SGAE no ha acreditado contar con programas de cumplimiento que pongan de manifiesto su voluntad cumplidora en relación con la defensa de la competencia, ni haber adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones de la normativa de competencia.

(1101) Atendiendo a todo lo anterior y dado que mediante la presente resolución se sanciona a SGAE por una infracción muy grave en materia de falseamiento de la competencia, esta Sala considera que procede declarar la prohibición de contratar por aplicación del artículo 71.1.b) de la LCSP, sin perjuicio de la posible exención de su aplicación prevista en el artículo 72.5 de la esta misma ley. No obstante, dado que no se fija por la Sala la duración y alcance de la prohibición de contratar, atendiendo a lo apuntado en el párrafo (1098), tales extremos deberán determinarse mediante procedimiento tramitado de acuerdo con el artículo 72.2 de la LCSP. A tal efecto, se acuerda remitir una certificación de esta resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

6. RESUELVE

Primero. Declarar la existencia de las siguientes dos infracciones muy graves en el sentido del artículo 62.4 de la LDC:

[771] BOE núm. 155, de 30 de junio de 2023.

[772] Párrafos 306 a 312 de las alegaciones de la SGAE a la Propuesta de Resolución (folios 20.628 a 20.629).

- **Una infracción única y continuada de los artículos 2 LDC y 102 TFUE** consistente en un abuso de posición de dominio en los mercados de concesión de autorizaciones de uso para la reproducción y comunicación pública de **obras musicales** para el servicio de comunicación audiovisual radiofónico y para el servicio de comunicación televisivo (lineal y bajo demanda) que comprende (i) el diseño y aplicación de tarifas por disponibilidad y (ii) las prácticas relativas a la presentación del repertorio como universal y la indemnidad frente a reclamaciones de terceros, **desde al menos el 1 de enero de 2016 hasta el cierre de la fase de instrucción del presente expediente**.

- **Una infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE constitutiva de abuso de posición dominante** por el diseño y aplicación de las tarifas por disponibilidad en el mercado de la gestión de derechos de remuneración de autores de **obras audiovisuales** a que se refiere el artículo **90.4 del TRLPI** para el servicio de comunicación audiovisual de televisión (lineal o a petición) **desde al menos el 1 de enero de 2016 hasta al menos el 31 de diciembre de 2017**.

Segundo. Declarar responsable de dichas infracciones a la Sociedad General de Autores y Editores (**SGAE**).

Tercero. Imponer a la SGAE las siguientes sanciones de conformidad con el fundamento de derecho 5.8 de la presente resolución:

- Por la primera infracción: **3.954.364 euros**

- Por la segunda infracción: **2.433.455 euros**

Cuarto. Intimar a SGAE a que tome las medidas necesarias para la cesación de las conductas señaladas en el punto primero.

Quinto. Resolver sobre la confidencialidad según lo señalado en el fundamento de derecho 5.7.9.

Sexto. Remitir esta resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado de acuerdo con lo previsto en el fundamento de derecho 5.9.

Séptimo. Instar a la Dirección de Competencia a que vigile el cumplimiento íntegro de esta resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles 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 el día siguiente al de su notificación.