

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Expte. VS/0360/11, AGEDI

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep María Guinart Solà

D^a Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 9 de enero de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución, cuyo objeto es la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de junio de 2017 (recurso 471/2013), declarada firme mediante auto de inadmisión del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2018 (recurso 5795/2017), por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por la ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELLECTUALES (en adelante AGEDI) en relación con la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 26 de agosto de 2013 (expediente S/0360/11, AGEDI).

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES DE HECHO	2
II. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA	3
PRIMERO.- Habilitación competencial	3
SEGUNDO.- Sobre la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional	3
TERCERO.- Hechos probados en la resolución de 26 de agosto de 2013	4
CUARTO.- Determinación de la sanción	4
1. Criterios empleados en la resolución de la CNC.....	4
2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo.....	5
3. Criterios para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditados	6
HA RESUELTO.....	9

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), resolvió en su resolución de 26 de agosto de 2013:

“PRIMERO.- Declarar acreditada la existencia de una infracción del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en un abuso de la posición de dominio en el mercado de gestión de derechos de reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales en gramolas, instrumentado mediante el establecimiento de un sistema inequitativo, poco transparente y discriminatorio en la gestión de los derechos de propiedad intelectual de los vídeos musicales que se explotan en las gramolas, que restringe la competencia en los mercados descendentes en los que esos derechos constituyen un input esencial.

SEGUNDO. Declarar responsable de dicha infracción a la ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI).

TERCERO. - Imponer a la ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) una multa de 51.250 euros por la comisión de la infracción declarada en el Resuelve Primero.

CUARTO. - Ordenar a la ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI) que cese en la infracción declarada en el Resuelve Primero en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.

QUINTO. - Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución”.

La resolución fue notificada a AGEDI el 30 de agosto de 2013 (folio 68).

2. AGEDI interpuso un recurso contencioso administrativo ordinario (recurso 471/2013) y solicitó la suspensión de la obligación del pago de la multa, que fue concedida mediante auto de 21 de marzo de 2014.
3. La Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó en parte el recurso interpuesto por AGEDI en su sentencia de 22 de junio de 2017 (recurso 471/2013) y ordenó a la CNMC a realizar un nuevo cálculo de la multa en atención a los criterios legales de graduación debidamente motivados, con aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007.

AGEDI interpuso un recurso de casación (5795/2017) contra dicha sentencia que fue inadmitido por el Tribunal Supremo mediante un auto de 19 de enero

de 2018. Esta Comisión recibió el testimonio de inadmisión el 1 de agosto de 2018.

4. El 16 de julio de 2013, el Consejo de la CNC requirió a AGEDI su volumen de negocios total antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados en el año 2012.

AGEDI presentó escrito de contestación el 22 de julio de 2013 señalando que su volumen de negocio total en el año 2012 ascendió a 23.472.100 euros (folios 1681 y 1682 del expte. S/0360/11).

5. La Sala de Competencia deliberó y falló esta resolución en su sesión del día 9 de enero de 2019.

II. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Habilitación competencial

Compete al Consejo de la CNMC y a su Sala de Competencia aplicar la Ley de Defensa de la Competencia *“en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*¹.

SEGUNDO.- Sobre la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la resolución de la CNC de 26 de agosto de 2013 impuso a AGEDI una multa de 51.250 euros por el establecimiento de unas tarifas abusivas y AGEDI interpuso recurso contencioso administrativo (recurso 471/2013) contra ella. El recurso interpuesto fue estimado parcialmente por la Audiencia Nacional, anulando la multa impuesta y ordenando a la CNMC a cuantificar de nuevo la sanción pecuniaria conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la LDC, en los términos fijados por la doctrina iniciada con la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015.

La Administración que hubiera realizado una actividad que haya sido objeto de recurso, deberá llevar a puro y debido efecto las sentencias firmes, practicando lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo (artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

¹ Artículos 5.1.c) y 20.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

TERCERO.- Hechos probados en la resolución de 26 de agosto de 2013

Para la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional y la determinación de la nueva multa correspondiente a AGEDI es necesario partir de los hechos acreditados que se imputan a esta entidad en la resolución de 26 de agosto de 2013 y que han sido confirmados por la Audiencia Nacional.

En este contexto, sin perjuicio de hacer íntegra remisión a los hechos probados y fundamentación jurídica de la resolución (confirmada por la sentencia que ahora se ejecuta), cabe señalar que, de acuerdo con el dispositivo primero de la resolución y con los fundamentos de derecho cuarto y quinto de la misma, AGEDI ha incurrido en una infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), consistente en un abuso de posición de dominio en el mercado de gestión de derechos de reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales en gramolas, instrumentado mediante el establecimiento de un sistema inequitativo, poco transparente y discriminatorio en la gestión de los derechos de propiedad intelectual de los vídeos musicales que se explotan en las gramolas, que restringe la competencia en los mercados descendentes en los que esos derechos constituyen un *input* esencial.

En tal sentido, afirma la resolución en su fundamento de derecho quinto, que la conducta abusiva de AGEDI: “[...] constituye una infracción única y continuada de abuso de posición dominante, sin perjuicio de que la misma ha sido implementada a través de distintos mecanismos interrelacionados entre sí, que deben ser valorados en su conjunto para apreciar en toda su extensión su carácter abusivo, que han tenido como efecto global el establecimiento de un sistema inequitativo, poco transparente y discriminatorio en la gestión de los derechos de propiedad intelectual de los videos musicales que se explotan en gramolas, que ha restringido de forma desproporcionada e injustificada las condiciones de competencia en los mercados aguas abajo en los que operan los proveedores de contenidos para gramolas, los operadores de gramolas y los locales en los que se ubican las gramolas. Una restricción de la competencia que se produce porque ese sistema de gestión y la conducta desplegada en la práctica por AGEDI causan una limitación, injustificada, de la libertad de empresa de los operadores económicos [...]”.

CUARTO.- Determinación de la sanción

1. Criterios empleados en la resolución de la CNC

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

La resolución de 26 de agosto de 2013 sancionó a AGEDI y determinó la multa sobre la base de los criterios siguientes:

- Importe básico de la sanción (IBS). Para el cálculo del importe básico de la sanción se tuvieron en cuenta los ingresos de AGEDI en el mercado afectado en el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2009 y el 2012, desglosado por años, excluidos los importes correspondientes a IVA y a otros impuestos relacionados. El mercado afectado quedó delimitado como el correspondiente a los derechos de reproducción de fonogramas y vídeos musicales destinados a su incorporación a gramolas o *jukebox* y los derechos de remuneración por la comunicación pública de vídeos musicales realizada a través de gramolas o *jukebox*.

Sobre la suma, ponderada por la duración, de los ingresos antes señalados, se consideró procedente aplicar un porcentaje del 10%, obteniendo una sanción de 51.250 €.

- Atenuantes o agravantes. No se aplicaron agravantes ni atenuantes.

- Límite del 10%. No se aplicó dicho límite, ya que la multa calculada resultaba ser muy inferior al límite del 10% de la facturación total de 2012 de AGEDI, que hubiera permitido una sanción de hasta 2.347.210 €.

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

Entidades infractoras	Mercado afectado ponderado por antigüedad de la infracción	Porcentaje aplicado (%)	Importe básico de la sanción (€)	Límite 10%	Multa Impuesta (€)
AGEDI	512.500	10	51.250	2.347.210	51.250

2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo

De acuerdo con los razonamientos jurídicos de las sentencias de la Audiencia Nacional que aquí se ejecutan, la determinación de la sanción deberá adecuarse a la doctrina iniciada por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015². Respecto de dicha doctrina, cabe destacar, con carácter general, los siguientes aspectos:

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas,

² También, en idéntico sentido, las sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013), entre otras.

deben individualizarse. Tales límites “constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje”. Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.”

- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en este caso podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC se refiere al “volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”, concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, “lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen”.

Sobre la base de estas premisas ha de concluirse que la nueva determinación de la sanción deberá concretarse en un arco que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio anterior al de dictarse resolución. Dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá determinarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la LDC.

3. Criterios para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditados

La infracción que acredita la resolución de la CNC (y que ha confirmado la Audiencia Nacional) de la que es responsable AGEDI es una infracción muy grave (art. 62.4.b) y, por tanto, podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), esto es, 2012. La conducta abusiva de AGEDI aparece descrita en el fundamento de derecho quinto de la resolución original:

“[...] constituye una infracción única y continuada de abuso de posición dominante, sin perjuicio de que la misma ha sido implementada a través de distintos mecanismos interrelacionados entre sí, que deben ser valorados en su conjunto para apreciar en toda su extensión su carácter abusivo, que han tenido como efecto global el establecimiento de un sistema inequitativo, poco

transparente y discriminatorio en la gestión de los derechos de propiedad intelectual de los videos musicales que se explotan en gramolas, que ha restringido de forma desproporcionada e injustificada las condiciones de competencia en los mercados aguas abajo en los que operan los proveedores de contenidos para gramolas, los operadores de gramolas y los locales en los que se ubican las gramolas. Una restricción de la competencia que se produce porque ese sistema de gestión y la conducta desplegada en la práctica por AGEDI causan una limitación, injustificada, de la libertad de empresa de los operadores económicos [...]”.

El volumen de negocios total de AGEDI en el año 2012, de acuerdo con la información aportada por la propia interesada en julio de 2013, fue de 23.472.100 euros (folios 1681-1682 del expediente).

Sobre estas premisas, el porcentaje a aplicar a ese volumen de negocios total debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC siguiendo los criterios expuestos en la doctrina del Tribunal Supremo, antes referida.

El mercado afectado (art. 64.1.a) es el mercado de gestión de derechos de reproducción y comunicación pública de fonogramas u obras audiovisuales en gramolas o *jukebox* en el territorio español en su conjunto, sin distinciones en función de ámbitos geográficos regionales o limitaciones territoriales al desarrollo de dicha actividad (art. 64.1.c).

AGEDI ostenta una cuota de mercado (art. 64.1.b) próxima al monopolio en el mercado de la gestión de los derechos de reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales en gramolas, puesto que representa a los productores a los que correspondería, al menos, el 90% de la producción de videos musicales y fonogramas en España.

En cuanto a la duración de la infracción (art. 64.1.d), la infracción ha tenido lugar desde el 1 de septiembre del 2009 hasta el 2012.

En cuanto a los efectos (art. 64.1.e), la resolución original afirmaba que esta limitación ha tenido efectos restrictivos de la competencia entre los proveedores de contenidos, entre los operadores de gramolas y entre los usuarios finales (los propietarios de los locales en los que se ubican las gramolas), en la medida en que los límites introducidos por AGEDI en los contratos con los proveedores de contenidos habrían limitado injustificadamente tanto el número inicial de videos musicales que se pueden introducir en la carga inicial de la gramola, como el número de videos que se pueden añadir en cada actualización, lo que es apto para afectar al atractivo de las gramolas de cara a atraer usuarios (fundamento de derecho quinto de la resolución original).

Conforme a la información facilitada por AGEDI, el volumen de negocios en el mercado afectado por la conducta desde el 1 de septiembre de 2009 hasta 2012, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados asciende a

658.000 euros³. Dicho mercado afectado se corresponde con (i) Los derechos de reproducción de fonogramas y vídeos musicales destinados a su incorporación a gramolas o jukebox en España y (ii) los derechos de remuneración por la comunicación pública de vídeos musicales realizada a través de gramolas o jukebox en España.

Siguiendo la precitada doctrina del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado, duración de la conducta, no concurrencia de atenuantes o agravantes– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta infractora. Sobre tales premisas, el tipo sancionador que corresponde aplicar a AGEDI de acuerdo con la gravedad y circunstancias de la conducta es de un 5,5% de su volumen de negocios total correspondiente al ejercicio 2012.

El Tribunal Supremo insiste en la necesaria proporcionalidad que debe guiar el ejercicio de la potestad sancionadora y, para ello, es preciso concretar *“la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados”*.

Ahora bien, aunque un tipo sancionador sea proporcionado a la gravedad y características de la infracción cometida, la aplicación de ese porcentaje al volumen de negocios total de la empresa podría conducir a una sanción en euros que no respetara la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva, lo que puede ocurrir cuando se trate de una entidad con una importante proporción de su actividad fuera del mercado afectado por la infracción. Para realizar esta última comprobación es necesario realizar una estimación, bajo supuestos muy prudentes, del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta, y aplicarle un factor incremental⁴.

En el presente caso, la multa que le corresponde a AGEDI es superior al valor de referencia calculado para ella – resultado de aplicar un factor incremental de disuasión al beneficio ilícito estimado- que se cifra en 87.000 euros. Por tanto, procedería reducir el importe de la sanción de AGEDI hasta ese valor de referencia para que sea proporcionada a la efectiva dimensión de la infracción.

No obstante, la sanción que correspondería imponer sería superior a la originalmente impuesta por lo que, en aplicación del principio de prohibición de

³ Conforme consta en el FD sexto de la resolución.

⁴ Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Los supuestos que se han asumido se basan en datos de las propias empresas infractoras o en los ratios de empresas no financieras publicados por el Banco de España.

reformatio in peius, debe imponerse la sanción original, que asciende a 51.250 euros.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Imponer, en ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de junio de 2017 (recurso 471/2013) y en sustitución de la impuesta en la resolución de 26 de agosto de 2013 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (expte. S/0360/11, AGEDI), una multa por importe de 51.250 euros.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a las partes interesadas haciéndoles saber que la misma ha sido dictada en ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que contra ella pueden promover incidente de ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 109 de la citada Ley 29/1998, de 13 de julio, sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso contencioso administrativo ordinario, en el plazo de dos meses desde el día siguiente al de notificación de la resolución, de acuerdo con lo resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.