

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Expte. VS/0157/09, EGEDA

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 4 de diciembre de 2018

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente S/0157/09 EGEDA, cuyo objeto es la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 2016 (recurso 203/2012), firme mediante sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2017, por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por la ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (en adelante EGEDA) en relación con la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de marzo de 2012 (Expediente S/0157/09, EGEDA).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por resolución de 2 de marzo de 2012, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), en el expediente de referencia, acordó:

“PRIMERO. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la comisión de una infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE de la que es responsable EGEDA, por el establecimiento de unas tarifas abusivas.

SEGUNDO. Imponer a EGEDA por dicha infracción una sanción pecuniaria por importe de 478.515 euros, (cuatrocientos setenta y ocho mil quinientos quince Euros).

TERCERO. Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de esta Resolución”.

2. Con fecha 2 de marzo de 2012, le fue notificada a EGEDA la citada resolución (folio 79), contra la que interpuso recurso contencioso administrativo ordinario (recurso 203/2012) y recurso contencioso administrativo por procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales (2/2012). EGEDA solicitó la suspensión de la resolución de 2 de marzo de 2012, que fue concedida mediante Auto de 25 de enero de 2013.
3. Mediante sentencia de 13 de febrero de 2013, la Audiencia Nacional desestimó el recurso contencioso administrativo por procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales (2/2012) interpuesto por EGEDA.
4. Mediante sentencia de 29 de septiembre de 2016 (recurso 203/2012), la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó en parte el recurso interpuesto por EGEDA contra la resolución de 2 de marzo de 2012, ordenando a la CNMC 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. Contra dicha sentencia EGEDA interpuso recurso de casación (150/2016). Mediante sentencia de 23 de noviembre de 2017 el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

Esta Comisión recibió el 19 de marzo de 2018 testimonio de la sentencia.

5. Con fecha 23 de febrero de 2012, el Consejo de la CNC acordó requerir a EGEDA la siguiente información (folios 144 a 146):
 - *"Importe de la recaudación total de todos los derechos que gestiona EGEDA en el año 2011.*
 - *Importe de la recaudación total obtenida por EGEDA en España en el mercado de gestión de autorizaciones y de remuneración por comunicación pública de los productores audiovisuales a los establecimientos hoteleros por actos de comunicación pública en las habitaciones de los huéspedes correspondiente al periodo de 1 de enero a 13 de mayo de 2011.*
6. Con fecha 28 de febrero de 2012, EGEDA presentó escrito de contestación a la anterior solicitud señalando que estimaba que *“la recaudación total por los derechos de gestión colectiva obligatoria en España alcanza, a 31 de diciembre de 2011, la cifra de 15.174.786 €. Ello incluye recaudación por conceptos facturados en el año 2011 (9.674.038 €) y ejercicios previos”* (folios 147 a 151).
7. Es interesado: ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (EGEDA).
8. La Sala de Competencia deliberó y falló esta resolución en su sesión del día 4 de diciembre de 2018.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO. - Habilitación competencial

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete “*aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia*”. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de “*resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio*” y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, “*la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio*”.

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

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

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

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la resolución de la CNC de 2 de marzo de 2012 impuso a EGEDA una multa de 478.515 euros por el establecimiento de unas tarifas abusivas. Contra ella EGEDA interpuso recurso contencioso administrativo (recurso 203/2012).

El recurso interpuesto, fue estimado parcialmente por la Audiencia Nacional en su sentencia de 29 de septiembre de 2016 (firme por sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2017 en la que se inadmite el recurso de casación interpuesto por EGEDA), anulando la multa impuesta en la resolución de 2 de marzo de 2012 y ordenando a la CNMC a cuantificar de nuevo la sanción pecuniaria conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en los términos fijados en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, entre otras.

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción

3.1. Hechos probados y determinación de la sanción en la resolución de 2 de marzo de 2012

Para la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional y la determinación de la nueva multa correspondiente a EGEDA es necesario partir de los hechos acreditados que se le imputan a esta entidad en la resolución de 2 de marzo de 2012 y que han sido corroborados por los Tribunales.

En este contexto y 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 el

fundamento de derecho quinto, EGEDA ha incurrido en un abuso de posición de dominio consistente en una infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y del artículo 102 del TFUE, por el establecimiento de tarifas abusivas en el mercado del otorgamiento de autorizaciones y de remuneración por comunicación pública de los productores audiovisuales a los establecimientos hoteleros por actos de comunicación pública en las habitaciones de los huéspedes.

Tal y como se menciona en el fundamento de derecho cuarto, *“el Consejo coincide con la DI en que, como veremos a continuación, el conjunto de conductas llevadas a cabo por EGEDA y que se desprenden de los hechos probados, conforman un abuso explotativo de la posición de dominio, o mejor del monopolio de hecho, que EGEDA tiene por su condición de sociedad de gestión exclusiva de los derechos de los productores audiovisuales. EGEDA determina unilateralmente un esquema de Tarifas Generales que resulta inequitativo por los parámetros en que se basa y cuyo nivel (...) resulta excesivo. Basándose en este esquema de tarifas abusivas por excesivas e inequitativas, fuerza una negociación que lleva a unos acuerdos que, por los parámetros en que igualmente se basan y por su falta de transparencia, le lleva a aplicar unas tarifas efectivas igualmente abusivas por inequitativas y discriminatorias.”*

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

La resolución de 10 de enero de 2013 motivó la determinación de la multa sobre la base de los criterios siguientes¹:

- Cálculo del importe básico. El Consejo consideró que el abuso de posición de dominio de EGEDA debía calificarse como una infracción muy grave, por lo que aplicó un tipo sancionador de un 10% sobre el volumen de negocios afectado ponderado.
- Atenuantes o agravantes. Coincidiendo con el criterio de la DI, el Consejo apreció que existía una circunstancia agravante por la comisión repetida de infracciones tipificadas en la LDC, toda vez que debe considerarse la infracción como una reiteración de la que mereció la sanción impuesta a EGEDA por el Tribunal de la Defensa de la Competencia en una resolución del año 2000. Esta circunstancia es acreedora de un incremento en la sanción del 15%.
- Límite del 10%. Por último, se comparó el importe básico de la sanción propuesta con el límite legal máximo del 10% del volumen de negocios total de la entidad el año anterior a la sanción, como se indica en el artículo 63 de la LDC. El importe básico de la sanción era inferior al límite legal máximo, por lo que no hubo que realizar ningún ajuste y la multa finalmente impuesta fue igual al importe básico de la sanción.
- La determinación de la multa por la CNC se resume en la siguiente tabla:

¹ El FD octavo de la Resolución, relativo al cálculo de la sanción, no analiza los criterios del artículo 64 para la determinación del importe de las sanciones, motivo por el cual se extraen estos del contenido general de la resolución.

Entidad infractora	Mercado afectado ponderado por antigüedad de la infracción	Porcentaje aplicado (%)	Agravante (%)	Importe básico de la sanción (€)	Límite 10%	Multa Impuesta (€)
EGEDA	4.161.001	10	15	478.515	1.517.478	478.515

3.2. 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 los criterios expresados en la sentencia de 29 de enero de 2015².

En este sentido, debe tenerse en cuenta, en esencia, lo siguiente:

- 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, 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 Ley 15/2007.

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

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

La infracción que acredita la resolución de 2 de marzo de 2012 (y que ha confirmado la Audiencia Nacional) de la que es responsable EGEDA, 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, 2011.

Como se ha mencionado, consta en el expediente que el 28 de febrero de 2012 EGEDA contestó al requerimiento indicando que sus ingresos en España en 2011 fueron 15.174.786 euros (folios 147 a 151). Como se ha dicho antes, se le requirió el importe total, pero la infractora remitió el dato solo para España. Sin embargo, este fue el dato considerado en la resolución original y que no ha sido cuestionado en la sentencia que ahora se ejecuta.

Sobre estas premisas, el porcentaje a aplicar a ese volumen de negocios total en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la Resolución de 2 de marzo de 2012, (Expediente S/0157/09 EGEDA), siguiendo los criterios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La infracción cuya sanción debe recalcularse es una infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 TFUE, consistente en la fijación de las tarifas generales por el uso de la televisión en las habitaciones de los hoteles, y en la aplicación de esas tarifas a los hoteleros en infracción del apartado segundo letra a), imposición de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos, y apartado segundo letra d), aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, sin que se hubiera acreditado justificación objetiva para la misma.

En cuanto a las características del mercado afectado (art. 64.1.a), la infracción se refiere al mercado nacional del otorgamiento de autorizaciones y de remuneración de los productores audiovisuales a los establecimientos hoteleros por actos de comunicación pública en las habitaciones de los huéspedes.

Por lo que se refiere a la cuota de mercado de la entidad responsable (art. 64.1.b), el abuso se lleva a cabo por una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual que goza del monopolio legal de la explotación de dichos derechos, lo que supone mayor responsabilidad en una adecuada gestión de los mismos. De acuerdo con el artículo 122.1 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, EGEDA, en representación de los productores audiovisuales, es la única que puede autorizar la comunicación pública. Dicha situación implica por tanto que la cuota de mercado de EGEDA es del 100%.

En relación con el ámbito geográfico relevante de los mercados de producto (art. 64.1.c), las conductas de EGEDA afectan a todo el territorio español y a productores audiovisuales comunitarios, así como a empresarios hoteleros comunitarios asentados

en España, y tienen aptitud para afectar de manera apreciable a los intercambios en el interior de la Unión Europea y en consecuencia, de acuerdo con el Reglamento 1/2003, es de obligada aplicación el artículo 102 del TFUE en este expediente.

En cuanto a la duración de la infracción (art. 64.1.d), la conducta se ha mantenido durante un periodo de cinco años y medio (esto es, desde la fijación de la tarifa general en octubre de 2005 hasta la notificación y publicación de las nuevas tarifas generales en mayo de 2011).

En cuanto a los efectos de la infracción (art. 64.1. e), el Consejo afirma que *“La estrategia de EGEDA de fijar una tarifa general excesiva y no relacionada con el valor económico de los derechos ha podido por tanto situar los precios negociados por encima de los que hubieran resultado en caso de haber comunicado una tarifa no abusiva, y de ese modo incidir sobre los costes de los hoteles, repercutidos por éstos en los precios y recayendo finalmente sobre los clientes. Además, ha llevado a aplicar efectivamente unas tarifas discriminatorias entre los clientes.”*

En cuanto a las circunstancias atenuantes y agravantes, concurre la circunstancia agravante prevista en el artículo 64.2 a) de la LDC, en la medida en que EGEDA ya había sido sancionada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, por un abuso de posición dominante en el mercado de otorgamiento de autorizaciones y de remuneración por comunicación pública de los productores audiovisuales a los establecimientos hoteleros por actos de comunicación pública en las habitaciones de los huéspedes, Resolución de 27 de julio del 2000, (expediente 465/99).

Siguiendo la precitada Sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, duración de la misma, características del mercado, concurrencia de agravantes– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración de la densidad antijurídica de la conducta de las empresas. El Consejo de la CNMC considera que, de acuerdo con la gravedad y circunstancias de la conducta, corresponde aplicar a EGEDA un tipo sancionador total del 6,0%, lo que se traduciría en una sanción de 910.487 euros.

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 incremental³.

En el caso de esta resolución, el valor de referencia estimado para EGEDA es de 660.000 euros, inferior a la sanción (910.487 euros) que se deriva del tipo sancionador total que le correspondería recibir (6,0%). Por tanto, es necesario ajustar la sanción propuesta para asegurar su proporcionalidad con la efectiva dimensión de la infracción, y procede reducir el importe de la sanción de EGEDA hasta ese valor de referencia de 660.000 euros.

Sin embargo, esta sanción que le corresponde es superior a la originalmente impuesta (478.515 euros), por lo que en aplicación de la prohibición de *reformatio in peius* habría que imponer a la infractora la misma sanción de la resolución original.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Imponer, en ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 2016 (recurso 203/2012), y en sustitución de la impuesta en la resolución de 2 de marzo de 2012 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (Expte. S/0157/09, EGEDA), una multa por importe de 478.515 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.

³ 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 entidades infractoras o en las ratios de empresas no financieras publicados por el Banco de España.