



Roj: **SAP B 13030/2019** - ECLI: **ES:APB:2019:13030**

Id Cendoj: **08019370152019102013**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **07/11/2019**

Nº de Recurso: **664/2017**

Nº de Resolución: **2000/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN FRANCISCO GARNICA MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120148003182

Recurso de apelación 664/2017 -3

Materia: Juicio ordinario propiedad intelectual

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 02 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 387/2014

Parte recurrente/Solicitante: PRODUCCIONES ROCKNROCK, S.L.

Procurador/a: Ricard Simo Pascual

Abogado/a:

Parte recurrida: SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (EN ADELANTE SGAE)

Procurador/a: Fco. Javier Manjarin Albert

Abogado/a:

Cuestiones: propiedad intelectual. Reclamación de los derechos de autor devengados en conciertos. Aplicación de las tarifas generales de la entidad de gestión y alegación de nulidad de las mismas por ilícitos de defensa de la competencia.

SENTENCIA núm. 2000/2019

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

MARTA CERVERA MARTÍNEZ

Barcelona, a siete de noviembre de dos mil diecinueve.

Parte apelante: Producciones Rocknrock, S.L.

- Letrado/a: Sra. Pareja.

- Procurador: Sr. Simó.



Parte apelada: Sociedad General de Autores y Editores.

- Letrado/a: Sra. Vallverdú.

- Procurador: Sr. Manjarín.

Objeto del proceso: propiedad intelectual. Reclamación derechos de autor.

Resolución recurrida: sentencia.

- Fecha: 29 de noviembre de 2016

- Parte demandante: Sociedad General de Autores y Editores.

- Parte demandada: Producciones Rocknrock, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: " *Que debo estimar y ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. FRANCISCO JAVIER MANJARÍN ALBERT, en nombre y representación de la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE), contra ROCKNROCK, S.L.; y en consecuencia condeno a la demandada al pago a la actora de la cantidad de 115.398,40 euros, más los intereses legales que devengue dicha cantidad desde la fecha de presentación de la demanda.*

No se condena a ninguna de las partes al pago de las costas".

La anterior resolución fue complementada por medio del auto de fecha 10 de marzo de 2017.

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación Producciones Rocknrock, S.L. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 31 de mayo de 2018.

TERCERO. Por auto de fecha 15 de noviembre de 2018 se acordó la suspensión del procedimiento por prejudicialidad contencioso-administrativa, hasta tanto se resolviera el recurso de casación interpuesto por SGAE contra la Sentencia de la Sección 6.ª de la Audiencia Nacional de 7 de febrero de 2018. En fecha 29 de mayo pasado se acordó señalar nuevamente votación y fallo para el día 6 de junio, una vez conocida la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2019, que desestimó el recurso de casación de SGAE.

Ponente: magistrado JUAN F. GARNICA MARTÍN.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia.

1. La Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) interpuso demanda contra Producciones Rocknrock, S.L. (en lo sucesivo, Rocknrock) ejercitando una acción de reclamación de los derechos que gestiona frente a la demandada, a la que imputa haber comunicado públicamente las obras cuyos derechos gestiona la actora en los conciertos que organiza y no haberle abonado las tarifas establecidas. Concretamente, la demanda afirma que la demandada organizó en el mes de junio de 2013 una gira de conciertos de los grupos Def Leppard, White Snake y Europe por San Sebastián, Barcelona, Madrid y Santiago de Compostela los días 23, 24, 26 y 28 de junio y que incluso le solicitó autorización y la actora emitió las correspondientes facturas, que ascienden a 115.398,40 euros, que fueron impagadas. Afirma que las tarifas generales aplicables suponen un 10 % de los ingresos de taquilla, previa deducción del IVA.

2. Rocknrock se opuso a la demanda cuestionando la legitimación activa de SGAE; argumenta que no ha acreditado que gestione los derechos de todos los titulares cuyo repertorio se interpretó en la gira. También alegó nulidad de pleno derecho de los contratos de licencia invocados, argumentando que se trata de contratos de adhesión y que SGAE ha actuado abusando de su posición de dominio. En tercer lugar, alega que la actora ha fijado una retribución no equitativa. Y subsidiariamente alega plus petición en la cantidad de 11.020,28 euros, al sostener que ha ingresado dicha cantidad a cuenta del pago que se le reclama.

3. La resolución recurrida estimó íntegramente la demanda desestimando cada una de las alegaciones de la parte demandada.



4. El recurso de Rocknrock parte, como cuestión previa, de la solicitud de que se plantee una cuestión prejudicial al Tribunal Europeo, como ya interesó durante la primera instancia. También solicita que se suspenda el procedimiento por prejudicialidad administrativa, argumentado que estaba pendiente de resolución el recurso de casación planteado por SGAE contra la Sentencia de la Audiencia Nacional desestimando la impugnación contra la Resolución de 6 de noviembre de 2014 de la Sala de la Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, recaída en el expediente *S/0460/13 SGAE Conciertos a instancias de la Asociación de Promotores Musicales (APM)* en la que se resolvió declarar acreditada la comisión por SGAE de una infracción muy grave y continuada de abuso de posición de dominio y se le impuso una sanción pecuniaria de 3.103.196 euros y se le intimó para que cesara en la conducta infractora. También solicitó el traslado del expediente a la CNMV, al amparo de lo dispuesto en los arts. 465.6 y 15 bis LEC.

Como motivos concretos, el recurso expuso los siguientes:

- a) Incongruencia *ultra petita* y *citra petita*, en diversos fundamentos.
- b) Error en la valoración de la prueba, en orden a apreciar la nulidad de pleno derecho de los contratos de licencia suscritos con SGAE e inequidad de las tarifas generales que aplica.
- c) Subsidiariamente, plus petición.

5. SGAE se opuso tanto al planteamiento de cuestión prejudicial al Tribunal Europeo como a la suspensión del procedimiento por prejudicialidad administrativa y expuso que no concurrían los presupuestos para dar traslado del procedimiento a la CNMC porque no concurre el requisito de que exista con un expediente administrativo en curso.

SEGUNDO. Principales hechos que sirven de contexto.

6. Los hechos que sirven para contextualizar el conflicto que enfrenta a las partes son los siguientes:

- a) Producciones Rocknrock es una empresa que se dedica a la promoción y organización de conciertos musicales y SGAE es una entidad gestora de los derechos de autor.
- b) Rocknrock organizó una gira de conciertos durante el mes de junio de 2013 de los grupos Def Leppard, White Snake y Europe por San Sebastián, Barcelona, Madrid y Santiago de Compostela, para lo cual solicitó a SGAE la correspondiente (y obligatoria) licencia previa. Tras haber rectificado el precio fijado por las entradas, SGAE libró las oportunas licencias aplicando el precio de su tarifa, esto es, un 10 % de los ingresos de taquilla (deducido el IVA), que ascienden a un importe total de 115.398,40 euros.
- c) Rocknrock afirma que dejó de atender las facturas porque SGAE no ha dado respuesta a sus reclamaciones respecto de los derechos de varios autores extranjeros que, cansados de ver que no les pagaba, le cedió los derechos para que los gestionara en España y porque las tarifas que aplica son abusivas, ya que suponen un 10 % del total del producto de las entradas, esto es, sin deducir los gastos necesarios para la organización de los conciertos.
- d) La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia abrió expediente a SGAE por hechos similares al enjuiciado en este proceso, por iniciativa de la Asociación de Promotores Musicales, y dictó Resolución en fecha 6 de noviembre de 2014 en el expediente *S/0460/13 SGAE Conciertos a instancias de la Asociación de Promotores Musicales (APM)* en la que se resolvió declarar acreditada la comisión por SGAE de una infracción muy grave y continuada de abuso de posición de dominio y le impuso una sanción pecuniaria de 3.103.196 euros y le intimó para que cesara en la conducta infractora.
- e) SGAE impugnó en vía contenciosa la referida resolución y la Sentencia de 7 de febrero de 2018 de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional desestimó el recurso. SGAE interpuso frente a ella recurso de casación que se ha resuelto por medio de la Sentencia de 11 de abril de 2019 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, que desestimó el recurso de casación y confirmó la Sentencia de la Audiencia Nacional.
- f) Para dar cumplimiento a la orden de cesación de la CNMC, SGAE ha rebajado sus tarifas al 8,5 %.

TERCERO. Sobre la alegación de incongruencia.

7. El recurso imputa a la resolución recurrida haber incurrido en incongruencia *extra petita* en el fundamento cuarto cuando aprecia falta de legitimación de la demandada para instar la nulidad de las tarifas generales porque se extralimita en el contenido de la decisión aludiendo a una cuestión no planteada, ya que lo que pidió no fue la nulidad de las tarifas generales sino la de los contratos de licencia que traen causa de las mismas, lo que es bien distinto.

También imputa el recurso a la resolución recurrida haber incurrido en incongruencia omisiva por no haberse pronunciado respecto de la nulidad de pleno derecho de los contratos de licencia suscritos.



8. Tiene razón el recurso en todo cuanto argumenta, que hemos resumido en el apartado anterior. La demandada no interesó la nulidad de las tarifas generales sino que se limitó a aducirla como fundamento de su oposición a la demanda, lo que es bien distinto y creemos que ha confundido la resolución recurrida. Por ello, es incorrecto apreciar falta de legitimación en este proceso. Aunque sea cierto que Producciones Rockrock carece de legitimación activa para impugnar las tarifas, sí que la tiene para impugnar el contrato en el que las mismas se le aplican. Y tampoco podemos compartir con la resolución recurrida que la impugnación (o la declaración de nulidad) de las tarifas constituya un presupuesto ineludible para poder apreciar, e incluso, declarar la nulidad del contrato en el que se aplican. La demandada frente a quien se ejercita una acción de cumplimiento contractual puede cuestionar la validez del contrato cuyo cumplimiento se interesa por medio de acción (reconvención) o excepción, y en ambos casos puede fundar su alegación en que el contrato incurre en la infracción de normas de carácter imperativo, como son las que regulan la defensa de la competencia. Eso es lo que ha hecho la demandada de forma irreprochable. Y si, para juzgar adecuadamente acerca de esa acción o excepción, se le invoca la nulidad de las tarifas ello no constituye otra cosa que la atribución al órgano jurisdiccional de un conocimiento de carácter prejudicial, esto es, a los solos efectos de declarar la validez del contrato. Por tanto, el juzgado no podrá dejar de conocer de esa alegación, siempre que sea relevante, como sin duda lo es en este caso, aunque lo resuelto no tendrá efecto directo más que sobre el contrato, no sobre las tarifas generales, en el caso de que se apreciara que las mismas son nulas.

9. En cualquier caso, aunque la resolución recurrida diga cosas que no podemos compartir sobre esos particulares, creemos que tales manifestaciones terminan siendo irrelevantes en cuanto a la falta de legitimación activa porque el juzgado mercantil termina entrando a analizar si las tarifas son o no equitativas, hemos de entender que a los únicos efectos a los que ello era posible, esto es, analizar el éxito o fracaso de la acción contractual ejercitada. No obstante, sí es cierto que al analizar la excepción de nulidad del contrato se limita a la cuestión de la falta de equidad de las tarifas y no entra en las demás alegaciones con las que la demandada fundó su excepción, esto es: (i) haber fijado condiciones distintas para prestaciones equivalentes; (ii) la imposición de condiciones comerciales no equitativas; (iii) la imposibilidad de negociar las tarifas; y (iv) la subordinación de la celebración de los contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias.

Respecto de ninguna de esas alegaciones se pronunció la resolución recurrida y por ello incurrió en incongruencia omisiva.

CUARTO. Sobre la alegación de error en la valoración de la prueba.

10. Afirma la recurrente que está acreditada la posición dominante y de monopolio de hecho que ocupa SGAE y que impone a cualquier promotor solicitar autorización previa a SGAE para poder utilizar el repertorio en territorio español, lo que le obliga a suscribir un contrato de licencia redactado unilateralmente por ella y sin posibilidad de modificación por los promotores, de manera que han de someterse a las condiciones comerciales que impone SGAE, pues de lo contrario no hay autorización ni concierto. También alega que las conductas que le imputa constituyen un abuso de la posición de dominio, razón por la que afirma que es preciso analizarlas separadamente, haciendo las siguientes consideraciones:

a) Ha resultado acreditado en el juicio que las tarifas de SGAE no son generales y son discriminatorias, ya que se aplican diferentes tarifas según que el promotor sea o no socio de determinadas asociaciones. En ese sentido hace referencia a las tarifas que SGAE aplica a los asociados a ARTE, a los que hace descuentos que no quiere reconocer a la recurrente y que pueden llegar a alcanzar hasta un 20 % de las tarifas.

b) También afirma que ha resultado acreditada la imposibilidad de negociar las tarifas y la coacción desplegada por SGAE para que hubiera de aceptar contratar.

c) La imposición de condiciones comerciales no equitativas, que suponen la obligación de asunción de unas tarifas generales innegociables, así como la firma obligada del contrato de licencia. El carácter excesivo y desproporcionado de las tarifas, que se reconoce que constituye la razón esencial de su oposición, también se considera plenamente acreditada y resulta de la propia actuación de la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia (CNMC).

d) También considera acreditado el recurso que se ha producido una subordinación de la celebración de los contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias a determinados promotores, como es la de exigir la obtención de la licencia de forma coactiva antes de la celebración del evento o la de prestar una fianza o aval por el total de los derechos. Así se afirma que resulta del expediente abierto por la CNMC, que acabó con sanción.

11. SGAE se opone a este motivo del recurso alegando que no han resultado acreditadas ninguna de las conductas de abuso de posición de dominio que se le imputan. Y argumenta que la demandada quiere ignorar



que SGAE, como entidad de gestión, está obligada a fijar tarifas generales a todos los usuarios en condiciones equitativas y no discriminatorias para la modalidad del repertorio que utilicen y el hecho de que utilice un mismo modelo de contrato para todo un sector no lo convierte en nulo sino que garantiza a todos los usuarios el mismo trato. Y afirma que de la testifical practicada se deriva que todos los promotores acceden a la misma licencia de SGAE y pagan los derechos de autor en función del uso efectivo del repertorio y acceden a los descuentos objetivos siempre que cumplan las condiciones para ello. Y también argumenta que, según la jurisprudencia comunitaria, ciertas condiciones comerciales que imponga la sociedad de gestión pueden estar justificadas porque garantizan una mayor protección de los derechos que administran y no implican costes excesivos (STJUE 11 diciembre 2008 *Kanal 5 Ltd.*). Y los convenios con asociaciones de usuarios pretenden garantizar el cobro de los derechos al menor costo posible, de manera que ello justifica que se puedan aplicar descuentos. Y la demandada podría haber accedido a las mismas condiciones que se aplican a los asociados a ARTE cumpliendo las condiciones objetivas que se exige a los mismos, entre las que se encuentran estar al corriente en el pago de las tarifas y ofrecer la información requerida para liquidar correctamente los derechos. Y afirma que así lo admitió en el acto del juicio el legal representante de la demandada, que admitió que desde el año 2011 no ha liquidado a SGAE correctamente ningún concierto.

Valoración del tribunal

12. El abuso de posición de dominio es regulado tanto por la normativa que proviene de la Comunidad Europea como por la nacional. Con respecto a la normativa comunitaria, el artículo 102 TFUE sanciona la explotación abusiva de una posición dominante en el Mercado Común o parte de este por parte de una o varias empresas. Esta prohibición se reproduce también en el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que dispone:

"1. Queda prohibida la explotación abusiva por parte de una o varias empresas de su posición de dominio en todo o parte del mercado nacional.

2. *El abuso podrá consistir, en particular, en: la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos; la limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o los consumidores; la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios; 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; 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.*

3. *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".*

13. No se prohíbe la posición de dominio, pero sí la utilización de dicha posición para imponer condiciones comerciales y obtener ventajas que no obtendría en el caso de una competencia practicable y suficientemente efectiva. Por tanto, para que exista una infracción del artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE la conducta tiene que realizarse desde una posición de dominio de la empresa o empresas en el mercado relevante o, en determinados supuestos, con dicho poder en un mercado conexo. **La posición de dominio en el mercado de los derechos de autor de SGAE es incuestionable, pues tiene el práctico monopolio de la gestión de esos derechos.**

14. En nuestro caso, no es preciso que seamos nosotros quienes nos pronunciemos sobre la existencia de una clara situación de abuso de la posición de dominio pues ya se ha pronunciado sobre el particular la autoridad administrativa de defensa de la competencia, en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC) de 16 de noviembre de 2014, que apreció la existencia un ilícito del art. 102 TFUE en los actos de SGAE en la gestión de los derechos en relación con los organizadores de conciertos. Tal resolución hoy ya es firme, pues tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo, este último por medio de su Sentencia de 11 de abril de 2019, han confirmado la resolución del CNMC.

15. Las concretas conductas que justifican la apreciación de que SGAE ha abusado de su posición de dominio son de dos tipos:

a) **El carácter excesivo de las tarifas generales que aplica SGAE, que se aprecia que están muy por encima de las que se aplican en otros Estados.**

b) La imposición por la SGAE de una serie de condiciones desproporcionadas e injustificadas añadidas a los promotores musicales e indirectamente a los distribuidores de entradas. Las prácticas consistirían en: (i) la exigencia de obtener la correspondiente licencia de la SGAE antes de iniciar la venta de las entradas, (ii) la obligación de depósito de una fianza/aval que cubra el total de la recaudación correspondiente a los derechos



de autor, o bien (iii) la obligación alternativa del promotor, para poder acogerse a la exención de fianza, de distribuir las entradas a través de un operador de *ticketing* que tenga convenio de colaboración con la SGAE y que, hasta el año 2012, debe retener y liquidar el importe adeudado.

16. En relación con el importe de las tarifas, las consideraciones que hace la CNMC creemos que son muy valiosas, pues nos permiten conocer no solo su criterio acerca del carácter excesivo de las tarifas sino también las razones que lo justifican, lo que creemos que ha de sernos de gran utilidad a la hora de examinar si las nuevas tarifas generales, en las que SGAE ha disminuido el tipo que aplica del 10 % al 8,5 %, pueden asimismo ser consideradas inequitativas por desproporcionadas o bien han superado el reproche. Así, se afirma que mientras España aplica tarifas de un 10 % (un 9 % en los casos de recintos con un aforo inferior a las 1000 localidades), catorce Estados miembros aplican tarifas más reducidas que la SGAE. En particular, Reino Unido tiene tarifas del 3% de los ingresos brutos de taquilla; Dinamarca, tramos entre 2,42% y 5,25% de los ingresos de taquilla; Lituania, tramos desde el 3,5% al 6% del producto de taquilla; Suecia, entre el 3,1% y el 5,5% en función del número de asistentes; Alemania, entre el 5 y el 7,65% según el número de asistentes; Holanda, entre el 3% y el 7% en función del peso del repertorio protegido sobre el total del repertorio; Irlanda, entre el 3% y el 6% de los ingresos netos. En los casos señalados, excepto en Irlanda, la tarifa se aplica sobre los ingresos brutos de taquilla.

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

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

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

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

20. Por consiguiente, no creemos que el simple hecho de que SGAE haya procedido a reducir sus tarifas generales a un 8,5 % constituya un argumento suficiente para considerar enervada la causa de nulidad que afecta a sus tarifas generales. En nuestra opinión, siguiendo el esquema argumental que ha seguido la autoridad de defensa de la competencia española, esas tarifas seguirán siendo abusivas mientras no se aproximen claramente a la media europea, y de forma particular a las aplicadas por la entidad británica.

21. A ello debemos añadir que no es ésta la única causa que justifica la apreciación del ilícito en materia de defensa de la competencia sino que también se considera que confluyen adicionalmente una serie de prácticas que, sin calificarse por sí mismas y de forma aislada de restrictivas de la competencia, refuerzan ese abuso. Estas prácticas consisten en la imposición por la SGAE de una serie de condiciones desproporcionadas e injustificadas añadidas a los promotores musicales e indirectamente a los distribuidores de entradas. Las prácticas consistirían en: (i) la exigencia de obtener la correspondiente licencia de la SGAE antes de iniciar la venta de las entradas, (ii) la obligación de depósito de una fianza/aval que cubra el total de la recaudación correspondiente a los derechos de autor, o bien (iii) la obligación alternativa del promotor, para poder acogerse a la exención de fianza, de distribuir las entradas a través de un operador de *ticketing* que tenga convenio de colaboración con la SGAE y que, hasta el año 2012, debe retener y liquidar el importe adeudado.



22. Por consiguiente, y por todas esas razones que acabamos de exponer, hemos de dar la razón a la parte demandada cuando imputa nulidad al contrato firmado por las partes como consecuencia de su obligada (e injustificada) solicitud de licencia a SGAE para poder iniciar la venta de entradas y celebrar el concierto. Y asimismo creemos que resulta ilegítimo que no se le haya concedido la posibilidad de tener acceso a los descuentos que aplica a ARTE más que asociándose a la misma, con lo que está imponiendo una restricción injustificada, tal y como ha tenido ocasión de apreciar el TS (Sala 3.^a) en su Sentencia de 11 de junio de 2018, al enjuiciar otra violación de art. 102 TFUE cometida por la propia SGAE. Así podemos ver que afirma:

"...ha quedado acreditado que SGAE, amparado por su posición de dominio ha aplicado condiciones desiguales para prestaciones equivalentes a los distintos agentes. Así mientras que los miembros de las asociaciones, firmando contratos idénticos tenían derecho a bonificaciones del 20% sobre la Tarifa General, los empresarios individuales no tenían el acceso a asumir los compromisos que les dieran la posibilidad de tener dichas reducciones en el coste, porque ni siquiera conocían la posibilidad de acceder a las bonificaciones".

23. La nulidad del contrato con fundamento en el cual SGAE formula su reclamación no puede conducir a la desestimación de la demanda pues, aunque consideremos nulo ese contrato, no podemos desconocer que la demandada ha hecho uso de los derechos que SGAE gestiona, lo que da derecho a ésta a obtener una remuneración equitativa como consecuencia de ese uso. La cuestión está en determinar cuáles han de ser los criterios conforme a los cuales haya de ser retribuido ese uso. De acuerdo con el modelo legal, han de ser las partes las que por medio de convenio lo fijen, pero esa posibilidad parece estar excluida a la vista del contencioso que las enfrenta. Por otra parte, el procedimiento subsidiario es el de las tarifas generales, pero no unas tarifas cualesquiera sino que puedan ser consideradas válidas, esto es, a las que no se puedan reprochar de nulidad por ser abusivas, como es el caso de las ya anuladas de manera formal y, en nuestra particular opinión, también de las vigentes.

24. Como la alternativa no puede ser la desestimación de la demanda estimamos que hemos de ser nosotros quienes acudamos a un parámetro equitativo que venga a suplir el vacío a que hemos hecho referencia. En nuestra opinión, y sin que con ella queramos imponer, con carácter general, a la SGAE un tipo concreto, estimamos que la tarifa a aplicar debe ser en nuestro caso de un 3 %, a aplicar sobre el importe bruto de la facturación de cada uno de los conciertos. Por tanto, no cuestionándose por la demandada que el referido importe bruto es de 1.153.984 euros, la cantidad resultante por la que debe ser estimada la demanda es de 34.619,52 euros.

QUINTO. Sobre la alegación de plus petición.

25. La demandada también se queja de que la resolución recurrida no haya tomado en consideración su alegación de plus petición por la suma de 11.020,28 euros, cantidad que afirma que pagó a SGAE a cuenta de las cantidades que le está reclamando.

26. La actora no niega el pago y afirma que, si bien se ha realizado, no puede ser imputado a las cantidades que se reclaman porque la demandada no especificó en el mismo concepto alguno.

27. Tampoco en este punto podemos compartir el punto de vista que expresa la resolución recurrida. Aunque la demandada no fuera especialmente cuidadosa en la indicación del concreto concepto al que imputaba el pago (expresó que se refería a los conciertos objeto de este pleito y a los de otros doce grupos o artistas), tampoco la actora ha hecho esa imputación a un concreto concepto, razón por la que sigue siendo quien lo efectúa quien tiene el privilegio de hacer la imputación, como ha hecho en este proceso.

SEXTO. Costas.

28. Estimada en parte la demanda no procede hacer imposición de las costas de primera instancia (art. 394.2 LEC).

29. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas, al haberse estimado el recurso, razón por la que es procedente ordenar la devolución del depósito constituido al recurrir.

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por Producciones Rockrock, S.L. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 2 de Barcelona de fecha 29 de noviembre de 2016, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que modificamos en el sentido de fijar el importe de la condena en la suma de 23.599,24 euros con sus intereses legales desde la interpelación y sin imposición de las costas de la primera instancia.

No hacemos imposición de las costas del recurso con devolución del depósito.



Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ