



Resolución R 1/2017– Orquestas de Galicia

Pleno:

D. Francisco Hernández Rodríguez, presidente
D. Fernando Cachafeiro García, vocal

En Santiago de Compostela, a 8 de junio de 2017

La Comisión Gallega de la Competencia (CGC), con la composición arriba expresada y siendo ponente D. Francisco Hernández Rodríguez, presidente, dictó la siguiente Resolución en el Expediente 3/2016-Orquestas de Galicia, iniciado de oficio por la Subdirección de Investigación del CGC, por la posible existencia de prácticas contrarias a la competencia en el sector de la industria de la música en las fiestas populares de Galicia, que se centraban en la existencia de un documento titulado “*Convenio Marco para la colaboración y buena gestión en la promoción de las agrupaciones musicales celebrado entre la Asociación Gallega de Orquestas, la Asociación de Representantes de Galicia y MUSICALIA, TREBOL MUSICAL, ESPECTACULOS ALVAR, ESPECTACULOS ESPIN, GESTORQUE, PUNTO ZERO y GALICIA ESPECTÁCULO*”, cuyo contenido incorporaba potenciales prácticas gravemente anticompetitivas.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La Subdirección de Investigación del CGC, tras conocer de la existencia de un documento titulado “*Convenio Marco para la colaboración y buena gestión en la promoción de las agrupaciones musicales celebrado entre la Asociación Gallega de Orquestas, la Asociación de Representantes de Galicia y MUSICALIA, TREBOL MUSICAL, ESPECTACULOS ALVAR, ESPECTACULOS ESPIN, GESTORQUE, PUNTO ZERO y GALICIA ESPECTÁCULO*”, decidió iniciar una investigación reservada, al amparo del dispuesto en el artículo 49.2 *LDC.
2. Con fecha de 7 de abril de 2016 se resolvió el trámite de asignación previsto en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, atribuyéndosele la competencia para conocer del caso al Consejo Gallego de la Competencia por considerarse de una presunta práctica anticompetitiva cuyos efectos se limitarían al ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia.
3. En el marco de la referida información reservada se efectuaron diversos requerimientos a las asociaciones y operadores principales del sector. En concreto, con fecha 5 de abril de 2016, se le requirió que aportaran una copia, si disponían de ella, del documento titulado “*Convenio Marco para la colaboración y buena gestión en la promoción de las agrupaciones musicales celebrado entre la Asociación Gallega de Orquestas, la Asociación de Representantes de Galicia y*



MUSICALIA, TREBOL MUSICAL, ESPECTACULOS ALVAR, ESPECTACULOS ESPIN, GESTORQUE, PUNTO ZERO y GALICIA ESPECTÁCULO”.

4. La asociación impulsora del documento, AGO, una vez cobrada conciencia del potencial contenido contrario la competencia del documento y de las graves consecuencias de firmarlo o de llevarlo a la práctica de cualquiera otra manera contrató para su revisión y tramitación a un despacho de abogados, con el objetivo de que verificara su conformidad con la legislación vigente, especialmente en lo relativo al cumplimiento de las normas de competencia, que mismo contactó con el Consejo Gallego de la Competencia.
5. Con posterioridad, en fecha 15 de septiembre de 2016, se les dirigió un nuevo requerimiento, con el objeto de que acerque la siguiente información y remisión de documentación:
 - Informar sobre cuál fue el origen de la propuesta de convenio de colaboración y de quien partió la decisión de proponer el convenio.
 - Quien decidió a quien se enviaba la propuesta de convenio y a quien se remitió el borrador de la propuesta de convenio (asociaciones, representantes, orquestas...).
 - En la actualidad, ¿Existe alguna nueva versión de la propuesta de convenio diferente de la que nos fue remitida?
 - La propuesta de convenio o cualquiera otra versión posterior ¿se aprobó formalmente, tácitamente o se puso en práctica de alguna manera?
6. Fruto de los citados requerimientos, la Subdirección de Investigación pudo constatar la existencia del citado documento, que había sido elaborado por la Asociación AGO, en colaboración con ARTEGAL, así como que lo mismo tenía inicialmente el carácter de borrador, cuya distribución se limitaba a los representantes de los potenciales firmantes del mismo, con los que se quería llegar a un compromiso, formalizado como un convenio de colaboración entre una de las asociación (AGO), en la que se agrupaban numerosas empresas del sector (orquestas y grupos), con la asociación de los representantes (ARTEGAL) y las agencias que intermedia en este singular mercado.
7. El examen del documento, del que se recibieron varias versiones, sustancialmente idénticas, revelaba graves problemas de competencia, en la medida en que trataba de establecer una vinculación directa entre la pertinencia a asociación impulsora del proyecto de convenio y la realización de la actividad profesional por los diferentes operadores, y se pretendían regular diversos aspectos de la actividad profesional por operadores independientes y situados en diferentes procesos o fases del mercado, de manera coordinada y común, lo que representa una clara conducta anticompetitiva que podría calificarse mismo de cartel, con la gravedad añadida de que los destinatarios de la propuesta, como se ha indicado, no sólo eran potenciales competidores entre sí, sino que la propuesta pretendía incluir en el convenio a otros operadores que participan en el negocio y que como las mismas orquestas, deben desarrollar su actividad de manera autónoma e independiente y nunca de forma concertada entre sí.



8. Desde esa Subdirección de Investigación se trasladó al sector en su conjunto que el convenio propuesto presentaba serios y graves problemas de competencia, especialmente en la medida en que lo recogido en el borrador había venido a recoger prácticas que, de alguna manera se estuvieran ya a producir, esto es, que el borrador había tratado de recoger de manera formal, una operativa en el sector que estaría claramente en contra de las normas de competencia y había podido revelar la comisión de conductas claramente anticompetitivas y sancionables. Al mismo tiempo, se les trasladó que la labor de las asociación profesionales no puede, en manera alguno, instrumentarse para coordinar la actividad de los operadores económicos en la toma de sus decisiones empresariales, que tienen que ser, en todo caso, independientes y autónomas.
9. Con fecha 22 de diciembre de 2016, desde la Asociación ARTEGAL se remitió la esta Subdirección general copia del acta nº 4 de la Asamblea General Extraordinaria , celebrada por la dicta asociación, el 10 de noviembre de 2016, en cuyo orden del día se recogía expresamente la comunicación a los asociados de los problemas serios de competencia que presentaba el documento que se tenía intención de formalizar como un convenio entre la dicta asociación, AGO y las oficinas de los agentes que intervienen en los contratos que las diferentes orquestas, especialmente con ayuntamientos y las comisiones de fiestas. En la referida asamblea se explicó a los asociados los graves problemas de competencia que tendría no sólo firmar un convenio como el propuesto, sino de desarrollar prácticas como las que figuraban en el mismo. La citada documentación se incorporó a la investigación.
10. A la vista de lo que antecede, esta Subdirección General de Investigación elevó al Pleno, en fecha 23 de enero de 2017, una propuesta de archivo de la presente investigación, al no apreciar indicios de que el documento que dio origen a la misma hubiera pasado de la condición de borrador y del desistimiento de los potenciales firmantes de llevarlo a cabo, una vez conocido su contenido anticompetitivo.
11. El Pleno de la Comisión Gallega de la Competencia deliberó sobre este asunto en sus reuniones del 10 de febrero de 2017 y del 4 de mayo de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Competencia

1. Conforme al artículo 3 de la *Ley 1/2011, de 28 de febrero, reguladora del Consejo Gallego de la Competencia*, el Consejo Gallego de la Competencia es el órgano competente para la aplicación ejecutiva en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia de la Ley de Defensa de la Competencia, en los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1º, 2º y 3º de la dicha ley.

Segundo: Objeto de la resolución

2. El artículo 49.2 LDC prevé que ante la noticia de la posible existencia de una infracción de la legislación de competencia, la Subdirección de Investigación del CGC podrá realizar una información reservada, con el fin de determinar con



carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación de un expediente sancionador, conforme al procedimiento establecido en la Ley de Defensa de la Competencia.

3. Finalizada, en su caso, la información reservada, el artículo 49.3 LDC prevé que el Pleno, la propuesta de la Subdirección General de Investigación del CGC, podrá acordar la no incoación de los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 LDC y el archivo de las actuaciones cuando considere que no existen indicio de infracción de la legislación de competencia.

Cuarto. Valoración de la propuesta de archivo

4. La Propuesta de archivo de la Subdirección de Investigación del CGC se basa en las siguientes consideraciones:

“El examen de la documentación recabada en el marco de la Información reservada permitió constatar que el documento titulado “CONVENIO MARCO para la colaboración y buena gestión en la promoción de las agrupaciones musicales celebrado entre la ASOCIACIÓN GALLEGA DE ORQUESTAS, la ASOCIACIÓN DE REPRESENTANTES DE GALICIA y MUSICALIA, TREBOL MUSICAL, ESPECTACULOS ALVAR, ESPECTACULOS ESPIN, GESTORQUE, PUNTO ZERO y GALICIA ESPECTÁCULO” existió efectivamente, pero que no llegó a aprobarse, no pasando de ser un proyecto, en estado de borrador, que tuvo una difusión limitada y no llegó a estar en vigor, no existiendo, la fecha de hoy, indicios de que su contenido había sido puesto en práctica.”.

5. El Pleno de la Comisión Gallega de la Competencia quiere comenzar destacando la singularidad e importancia del sector de la industria de la música en las fiestas populares de Galicia. Como había revelado ya el Estudio “Del palco al escenario. Una aproximación analítica a la industria de la música en las fiestas populares de Galicia”, elaborado en el marco del proyecto de investigación ‘Del palco al escenario’, desarrollado por el Equipo Canal Campus de la Facultad de Ciencias da Comunicación de la Universidad de Santiago de Compostela, con el patrocinio de la Agencia Gallega de las Industrias Culturales (AGADIC), y presentado al público el 22 de marzo de 2012.
6. En el citado informe afirmar que, lo que denomina “sector de las verbenas” en Galicia, “[...] conforma en nuestro territorio un modelo económico propio, dinámico y dentro de las industrias culturales el menos dependiente de ayudas públicas para su sostenimiento. Una actividad, la de las actuaciones musicales en las verbenas, en la que el 65% de los gallegos declara participar por lo menos una vez al año. Una afición que detenta la categoría de hábito cultural preferido por los gallegos, casi 20 puntos por encima del cine(10). A las verbenas asiste anualmente un 47,5% de personas de nuestra comunidad (11). Esta actividad genera millares de trabajos directos y un volumen de negocio de decenas de millones de euros(12).”
7. En el citado informe se hace una estimación más precisa del volumen de negocio del sector, señalando que “Considerando la cifra de 300 orquestas que puede haber en Galicia, con una tarifa media de 3.500 euros de caché y un número aproximado de 85 galas por formación al año, resulta una cifra de 89,3 millones de euros. A eso habría que sumar los 120 dúos y tríos, con un caché medio de 500 euros y otras 85



galas anuales, que da como resultado 5,1 millones de euros. Por tanto, una aproximación del volumen de negocio de la industria de las verbenas daría 94 millones de euros”.

8. A pesar de la importancia del sector y del grado de “ profesionalización”, especialmente en el caso de los representantes y agentes, pero también de los propios propietarios de las orquestas, aunque en este último caso su actividad sea más estacional, el cierto es que el conjunto de los operadores económicos están afrontando un necesario proceso de “modernización”, que pasa por el estricto cumplimiento de sus deberes fiscales y laborales, algo que parece no se estaba produciendo de manera efectiva. En efecto, como se recoge nos medios de comunicación (a título ilustrativo, *“Hacienda impone multas de hasta un millón a 20 representantes de orquesta. La Agencia Tributaria los considera empresarios y *os acusa de no pagar el IVA”*, *La Voz de Galicia*, 26/01/2017¹. *“Los 4.500 trabajadores de las orquestas gallegas ya tienen convenio colectivo. Los sueldos irán en función de lo que facture el grupo, con un mínimo de 14.490 euros al año”*, *La Voz de Galicia*, 19/11/2016²).
9. En ese contexto de escaso rigor en el sometimiento las normas generales de obligado cumplimiento para cualquiera operador que desarrolla una actividad económica, es donde debe enmarcarse la génesis del borrador objeto de la investigación desarrollada por la Subdirección de Investigación de este Consejo Gallego de la Competencia. La simple lectura del mismo revela dos cuestiones básicas que este Pleno quiere dejar perfectamente claras y precisa: 1) el papel que en las actividades económicas pueden desarrollar sus asociación profesionales o empresariales y 2) que cualquier operador que desarrolle una actividad que podría calificarse cómo económica, está sujeto a las normas de la competencia, por lo que, muchas de las cláusulas que contenía el borrador examinado presentaban una especial gravedad, por lo que, aunque no había llegado a firmarse, este Pleno quiere poner en evidencia desde la perspectiva de la normas de la competencia.

El papel de las asociaciones empresarias y la legislación de competencia

10. La ya extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC), Elaboró una “Guía para Asociaciones Empresariales”³, en la que se establecen unas pautas sobre los principales factores que deben tener en cuenta las asociaciones para evitar la comisión de conductas anticompetitivas. Desde manera, la citada guía expone, en su primer párrafo, que: *“las asociaciones empresariales, por ser foros de encuentro entre empresas competidoras, tienen que saber que determinadas actuaciones de su práctica cotidiana pueden coconstituir infracciones de la legislación de defensa de la competencia. [...] que puede dar lugar a la imposición de multas importantes”*

¹ *Cfr. http://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/galicia/2017/01/26/hacienda-impone-multas-millon-20-representantes-orquesta/0003_201701G26P12996.htm

² *Cfr. http://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/economia/2016/11/19/4500-trabajadores-orquestas-gallegas-convenio-colectivo/0003_201611G19P33991.htm

³ *Cfr. https://www.cnmcc.es/sites/default/files/1185648_9.pdf Resulta también de interés el documento elaborado por la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, bajo título, *Guía de competencia para las empresas andaluzas*, (2010), disponible en la dirección: <http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/gu%C3%Ada%20de%20competencia%20para%20lans%20empresas%20andaluzas.pdf>



11. En este sentido, y siguiendo con la argumentación de la CNMC en el informe sobre asociaciones empresariales, hay que tener en cuenta que “tanto las asociaciones como los cargos directivos que las representan tienen que ser conscientes de que sus actuaciones pueden transgredir el ámbito de lo lícito si son aptas para alterar el normal funcionamiento del mercado, básicamente, por unificar el comportamiento de sus asociados y de otros terceros.” Es preciso recordar, con el citado informe de la CNC que. La normativa de competencia, como este Pleno quiere remarcar, es plenamente aplicable a todos los operadores económicos, sean empresas o empresarios individuales o profesionales, así como sus asociaciones o colegios profesionales que, por lo tanto, pueden ser sancionados. El propio artículo 1 LDC incluye entre los acuerdos prohibidos las recomendaciones colectivas, procedentes de estos entes colectivos cuando tengan “por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:
- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
 - b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
 - c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
 - d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen 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 según los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.”
12. Las sanciones pueden mismo entenderse a sus propios directivos, tal y como recoge el Artículo 63.2 LDC, cuando afirma “Además de la sanción prevista en el punto anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se le podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que intervinieran en el acuerdo o decisión.”, añadiendo que “Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no asistieran a las reuniones o votaran en contra o salvaran su voto.
13. El mencionado informe de la CNC analiza los principales ámbitos en los que las actuaciones y recomendaciones de las asociaciones empresariales pueden plantear más problemas para la competencia en el mercado. Así, por ejemplo.
- Las asociaciones deben evitar todo tipo de decisiones o recomendaciones de precios, de reparto de mercados y otras condiciones comerciales. Se afirma en el informe que *“En un mercado competitivo las empresas deben poder fijar autónomamente su política comercial y de precios y, por ello, las asociaciones empresariales han de abstenerse de cualquier decisión o recomendación que tienda a eliminar dicha autonomía de las empresas asociadas. Cuando una asociación realiza anuncios que pueden influir sobre las actuaciones de las empresas en materia de precios, ventas, condiciones contractuales y, en general, cualquier otra variable comercial capaz de señalar la las empresas cuál debe ser su comportamiento, debe tener en cuenta que su actuación podrá ser analizada por las autoridades de competencia para valorar su objeto y sus posibles efectos restrictivos de la competencia”*.



- Una de las actuaciones más perjudiciales para la competencia que puede realizar una asociación empresarial es el boicot a uno a varios operadores de mercado. El boicot puede manifestarse de diversas formas, si bien con carácter general implicará una respuesta coordinada de las empresas asociadas que implique directamente a otro operador u operadores con los que guarden alguna relación. Esta vulneración de la libertad empresarial del o de los que sufren el boicot no puede encontrar justificación alguna.
 - El informe también se refiere a otros tipos de prácticas anticompetitivas que suelen ser frecuentes en el marco de las asociaciones empresarias como son los intercambios de información comercial sensible o a la difusión de contratos tipo. A este respecto afirma acertadamente la CNMC que *“La economía de mercado se construye sobre el principio de libre empresa y libertad de contratación. La figura del contrato tipo, por cuanto estandariza los términos contractuales que finalmente suscriben distintos operadores que compiten en el mismo mercado, resulta, en esencia, contradictoria con este planteamiento. La aplicación de contratos tipo puede afectar a la libre competencia al coartar la independencia de los operadores económicos y homogeneizar su comportamiento”*.
14. Así pues, aunque las asociaciones empresariales desempeñan una función económica y social muy importante y pueden contribuir a que sus miembros funcionen de manera más eficiente en beneficio de los consumidores así como a mejorar globalmente el funcionamiento de determinados sectores, hay que tener en cuenta que, en ocasiones, sus actuaciones pueden ser especialmente idóneas para alterar el normal funcionamiento del mercado al unificar el comportamiento de sus miembros restringiendo así la libre competencia. Como la ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia eliminó el sistema de autorizaciones previas, son las propias asociaciones las que deben autoevaluar sus prácticas y acuerdos para evitar que infrinjan la normativa de competencia.

La naturaleza anticompetitiva de algunas de las disposiciones del borrador de convenio

15. En este caso, el Pleno de la Comisión Gallega de la Competencia considera que resulta indiscutible que el borrador del convenio contenía varias cláusulas que, de haberse llevado a la práctica restringirían de forma notable a competencia en el comprado de las orquestas en Galicia.
16. Tal y como se recoge con claridad en la propuesta de archivo de la Subdirección de Investigación:
- “6º- El examen del documento, del que se recibieron varias versiones, sustancialmente idénticas, revelaba graves problemas de competencia, en la medida en que trataba de establecer una vinculación directa entre la pertinencia a asociación impulsora del proyecto de convenio y la realización de la actividad profesional por los diferentes operadores, y se pretendían regular diversos aspectos de la actividad profesional por operadores independientes y situados en diferentes procesos o fases del mercado, de manera coordinada y común, lo que representa una clara conducta anticompetitiva que podría calificarse mismo de cartel, con la gravedad



añadida de que los destinatarios de la propuesta, como se ha indicado, no sólo eran potenciales competidores entre sí, sino que la propuesta pretendía incluir en el convenio a otros operadores que participan en el negocio y que como las mismas orquestas, deben desarrollar su actividad de manera autónoma e independiente y nunca de forma concertada entre sí.”

17. No se trata ya de que la asociación pretende dar indicaciones más o menos claras a sus miembros para alinearlos en su forma de actuación en el mercado, lo que ya de por sí sería contrario a la normativa de competencia, sino que en el borrador de convenio se fijaban expresamente condiciones comerciales que los miembros de la asociación, al firmarlo, se comprometían a cumplir .

La relevancia del hecho de que el borrador no se llegara a firmar ni a producir efectos

18. El contenido expuesto del borrador que llegó a conocimiento de este Consejo Gallego de la Competencia no fue ni firmado ni llevado a la práctica, por lo que no ha producido efectos anticompetitivos en el mercado.
19. En este sentido, la Ley de Defensa de la Competencia en su artículo primero prohíbe los acuerdos, prácticas concertadas y recomendaciones colectivas que restrinjan, puedan restringir o tengan por objeto restringir la libre competencia en el mercado. Como el convenio no se llegó a firmar ni a poner en marcha no se cumplen los requisitos del artículo primero. Y decir, en este caso no nos encontramos ni con un acuerdo entre competidores ni con una recomendación colectiva, que podrían estar prohibidas por el artículo primero de la LDC, sino ante un proyecto que no se llega a materializar y que cómo tal no está previsto cómo práctica restrictiva prohibida por el citado artículo primero. Así mismo, la Subdirección de Investigación en la investigación reservada llevada a cabo no constató que ninguna de las propuestas contrarias la competencia que aparecen en el borrador fueran llevadas la práctica.
20. Este Consejo también tiene en cuenta el hecho de que fueron las propias partes implicadas las que decidieron retirar la propuesta de convenio cuando, tras requerir asesoramiento legal, fueron informadas de que una parte sustancial del borrador era contrario a las normas de defensa de la competencia, lo que demuestra no sólo que no se infringieron las normas de defensa de la competencia si no también que no hubo intención de infringirlas. En todo caso lo que sí hubo en un primer momento fue un claro desconocimiento de la normativa de defensa de la competencia
21. Por otro lado, y con independencia de que el borrador fuese retirado, la Subdirección de Investigación en su investigación reservada no consiguió ninguna evidencia de que las propuestas que circularon en el borrador de convenio fueran llevadas a la práctica por las empresas en cuestión.
22. En estas circunstancias conviene recordar el escrito por la ya extinta Comisión Nacional de la Competencia en la citada “Guía para asociaciones empresariales” cuando afirma que “tanto las asociaciones como los cargos directivos que las representan tienen que ser conscientes de que sus actuaciones pueden transgredir el ámbito del ilícito si son aptas para alterar el normal funcionamiento del mercado, básicamente, por unificar el comportamiento de sus asociados y de otros terceros”.

-



Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación,

RESOLVIÓ

ÚNICO: No incoar expediente sancionador y, consiguientemente, archivar las actuaciones iniciadas por la Subdirección de Investigación en el Expediente 3/2016-Orquestas de Galicia, por la posible existencia de prácticas contrarias a la competencia en el sector de la industria de la música en las fiestas populares de Galicia, que se centraban en la existencia de un documento titulado *“Convenio Marco para la colaboración y buena gestión en la promoción de las agrupaciones musicales celebrado entre la Asociación Gallega de Orquestas, la Asociación de Representantes de Galicia y MUSICALIA, TREBOL MUSICAL, ESPECTACULOS ALVAR, ESPECTACULOS ESPIN, GESTORQUE, PUNTO ZERO y GALICIA ESPECTÁCULO”*, al constatarse que el mencionado documento nunca se llegó a firmar ni por lo tanto, a producir efectos en el comprado relevante.

Comuníquese esta Resolución a la Subdirección de Investigación del Consejo Gallego de 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 el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.