

# AUDIENCIA NACIONAL

## Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA Secretaría de D. VÍCTOR GALLARDO SÁNCHEZ

### SENTENCIA Nº:

**Fecha de Deliberación:** 03/07/2012  
**Fecha Sentencia:** 05/07/2012  
**Núm. de Recurso:** 0000398/2011  
**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO  
**Núm. Registro General:** 03923/2011  
**Materia Recurso:** SANCIÓN  
**Recursos Acumulados:**  
**Fecha Casación:**  
**Ponente Ilma. Sra. :** D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO  
**Demandante:** ARTISTAS INTERPRETES SOCIEDAD DE GESTION  
**Procurador:** SR. BORDALLO HUIDOBRO  
**Letrado:**  
**Demandado:** COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA  
**Codemandado:**  
**Abogado Del Estado**

**Resolución de la Sentencia:** DESESTIMATORIA

**Breve Resumen de la Sentencia:**

No iniciación de expediente de terminación convencional.

# AUDIENCIA NACIONAL

## Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

**Núm. de Recurso:** 0000398/2011  
**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO  
**Núm. Registro General:** 03923/2011  
**Demandante:** ARTISTAS INTERPRETES SOCIEDAD DE GESTION  
**Procurador:** SR. BORDALLO HUIDOBRO  
**Demandado:** COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA  
**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO

### SENTENCIA N<sup>o</sup>:

**Ilma. Sra. Presidente:**  
D<sup>a</sup>. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**  
D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO  
D<sup>a</sup>. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA  
D<sup>a</sup>. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

Madrid, a cinco de julio de dos mil doce.

**Visto** el recurso contencioso administrativo núm. 398/2011 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional han promovido **ARTISTAS INTERPRETES SOCIEDAD DE GESTION** representada por el Procurador Sr. Bordallo Huidobro frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 30 de junio de 2011, relativa a **no iniciación de expediente de terminación convencional**, con una cuantía indeterminada. Siendo Ponente la Magistrado **D<sup>a</sup> Mercedes Pedraz Calvo**.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO-** La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 29 de julio de 2011. Por Decreto del Sr. Secretario se acordó tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO-** En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 17 de noviembre de 2011 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso anulando el acto administrativo enjuiciado, y ordenando a la Comisión Nacional de la Competencia la apertura del procedimiento de terminación convencional con todos los pronunciamientos legales favorables derivados de dicho reconocimiento.

**TERCERO-** El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del recurso.

**CUARTO-** La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental, a instancias de la actora, con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

**QUINTO-** La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 3 de julio de 2012 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 30 de junio de 2011 que resuelve desestimar el recurso interpuesto por ARTISTAS INTERPRETES SOCIEDAD DE GESTION (AISGE) hoy actora contra Acuerdo de 16 de marzo de 2011 de la Dirección de Investigación, al considerar que no se ha producido indefensión ni perjuicio irreparable en los derechos o intereses legítimos del recurrente.

La interesada impugnaba el Acuerdo de la Dirección de Investigación de fecha 16 de marzo de 2011 de denegación del inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente S/0208/09.

**SEGUNDO-** En primer lugar es preciso examinar la causa de inadmisibilidad alegada por el Abogado del Estado por entender que ha tenido lugar la pérdida sobrevenida de objeto.

Esta alegación no puede prosperar: considera esta Sala que de estimarse las alegaciones de la actora, la sentencia resolviendo en este recurso tendría repercusiones en relación con el acto administrativo que se dictó en el procedimiento sancionador; por el contrario, el hecho de que se haya dictado resolución declarando cometida una infracción de la Ley de Defensa de la Competencia por la hoy recurrente no impide el examen de dichas alegaciones. Los dos recursos no tienen el mismo objeto, ni se aprecia que puedan dar lugar a resoluciones contradictorias: la voluntad de la Administración se ha manifestado tanto al denegar la terminación convencional como posteriormente al sancionar a la actora, sin que la denegación estudiada impusiera per se la decisión sancionadora, y siendo aquella resolución un acto de trámite cualificado e impugnabile a tenor de lo dispuesto en el art. 25 de la ley jurisdiccional.

**TERCERO-** El motivo fundamental por el que se impugna la actuación administrativa es la alegada arbitrariedad de la misma. A juicio de la recurrente la resolución de la D.I. es arbitraria, le produjo flagrante indefensión y le produjo grave perjuicio a sus derechos e intereses legítimos.

En el escrito de demanda (pág. 10) resume los motivos por los que la Administración niega el inicio del procedimiento de terminación convencional:

- "(i) el momento procesal tardío en el que AISGE presenta su solicitud;
- (ii) no existir margen *"para que los compromisos presentados puedan resolver los efectos negativos sobre la competencia"*;
- (iii) no haber admitido AISGE que sus conductas hayan vulnerado la LDC ni haber realizado *"mención alguna a la posibilidad de poder resolver ningún efecto sobre la competencia derivado de las mismas"*;
- (iv) no haber acompañado la solicitud de inicio de la terminación convencional *"de indicación alguna de cuáles van a ser las líneas generales de su propuesta de compromisos"*;
- (v) la escasa posibilidad a juicio de esa DI *"de que se alcancen unos compromisos adecuados en el marco de una hipotética terminación convencional del expediente de referencia"*.

La propia actora en el escrito de demanda reconoce que *"La doctrina más autorizada caracteriza esta potestad atribuida por Ley al Consejo de la CNC como discrecional y lo cierto es que dado la naturaleza indeterminada de los requisitos que el Consejo debe valorar respecto a los compromisos ofrecidos por los supuestos infractores –si resuelven los efectos sobre la competencia y si queda garantizado suficientemente el interés público- tal caracterización es acertada"*. Acepta por tanto

*expresamente el carácter de discrecional de la potestad administrativa enjuiciada, para más tarde negarla con fundamento en su particular interpretación del artículo 39 del Reglamento, por entender que la expresión “podrá” no confiere sino competencia a la DI según la actora “para abrir el procedimiento si el interesado lo solicita”. La propia proposición actora es contradictoria: si la D.I puede decidir abrir el procedimiento a solicitud del interesado, este (la solicitud del interesado) sería el único elemento reglado.*

La conclusión de la actora no puede prosperar porque la ley de Defensa de la Competencia y el Reglamento deben interpretarse en consonancia con lo establecido en la ley de procedimiento administrativo, que regula en su art. 88 el procedimiento de terminación convencional en los siguientes términos:

*“1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.*

*2. Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados.*

*3. Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano.*

*4. Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos.”*

El artículo 52 LDC dice a su vez:

*“Artículo 52. Terminación convencional.*

*1. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público.*

*2. Los compromisos serán vinculantes y surtirán plenos efectos una vez incorporados a la resolución que ponga fin al procedimiento.*

3. *La terminación del procedimiento en los términos establecidos en este artículo no podrá acordarse una vez elevado el informe propuesta previsto en el artículo 50.4.*"

Tanto la Ley 30/92 como la LDC incluyen la expresión "podrán" seguida en el caso de la LRJAP de "celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho" y en el caso de la LDC de "resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas". En el caso del Reglamento de Defensa de la Competencia, el artículo 39 con claridad establece que "la Dirección de Investigación podrá acordar, a propuesta de los presuntos autores de las conductas prohibidas, el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional".

La discrecionalidad administrativa, en el supuesto de estos procedimientos de Defensa de la Competencia, se sitúa por tanto en el propio inicio del procedimiento, y no como alega la recurrente, en la valoración y resolución de los compromisos propuestos.

En todo caso, la potestad discrecional de la Administración ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto administrativo. Y con arreglo a la doctrina reiterada tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo lo que se exige para evitar la indefensión y cumplir la exigencia de la motivación de las resoluciones, es que se analicen, aunque no sea exhaustiva y pormenorizadamente, las cuestiones planteadas y que se especifiquen las razones o circunstancias tenidas en cuenta para resolver, a fin de posibilitar que los afectados puedan conocer esas razones y motivos y con ello puedan articular adecuadamente sus medios de defensa.

Tanto el Legislador como la Jurisprudencia han sido conscientes de la necesidad de profundizar en una línea progresiva de racionalización y objetivación de la actividad administrativa, exigida por el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 de la Constitución). La motivación viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración, pero en el terreno formal constituye una garantía para el administrado, que podrá así impugnar en su caso el acto administrativo, con posibilidad de criticar las bases en que se fundamentó, facilitando, además y en último término el control jurisdiccional de la Administración con arreglo al artículo 106.1 de la Constitución.

En el presente caso nos encontramos ante motivación suficiente, pues se detallan las razones por las que la DI no considera debe iniciarse el procedimiento, tal y como las recoge la actora en su demanda y han sido reproducidas más arriba. Cuestión distinta es que la actora no comparta dichas razones, pero en cualquier caso la decisión está fundada. No existe en consecuencia indefensión, puesto que ha podido conocer las razones de la negativa y ha podido impugnarlas y debatirlas.

En definitiva, se ha satisfecho la exigencia legal de motivación con la que deben cumplir los actos discrecionales.

Como igualmente pone de relieve el Abogado del Estado, la desestimación del recurso por el Consejo no debe ser obviada, y su tenor permite comprobar que por

dicho Consejo de la CNC se ha valorado un conjunto de factores: la naturaleza y gravedad de la conducta, los efectos que ya se habrían producido, los que podrían ocurrir, la naturaleza de estos efectos, su irreversibilidad, y todo ello en conexión con otra circunstancia que no es en absoluto irrelevante, pese a lo que parece entender la actora. Esta circunstancia es el momento de la formulación de solicitud de inicio del procedimiento, cuando ya se ha concluido por la DI que la conducta es contraria a la ley, y que ha producido una grave afectación antijurídica del interés público (cuestiones sujetas a la revisión jurisdiccional mediante el correspondiente recurso contencioso-administrativo contra la resolución sancionadora).

**CUARTO-** En cuanto a la infracción del principio de seguridad jurídica “*al haberse apartado de su modo de proceder en la tramitación*” este principio no supone, en contra de la tesis actora, que, acordada una vez la terminación convencional a AISGE se deba de acordar siempre: la Administración valorará las circunstancias del caso y decidirá si se inicia o no, y en este caso, las circunstancias tanto de tiempo como de fondo no son idénticas, en contra de lo afirmado por la actora, a las que concurrían en el supuesto en que sí se acordó el inicio del procedimiento.

La CNC expone las diferencias que considera concurren entre uno y otro supuesto:

*“No resulta posible la equiparación invocada por el recurrente, dadas las notables diferencias existentes con el Expte. S/156/09, AISGE, ya que mientras en dicho procedimiento AISGE no había percibido ninguna cantidad de SOGECABLE por los derechos de propiedad intelectual controvertidos, en el presente determinados usuarios (cines) han satisfecho cantidades que la DI considera inequitativas y o discriminatorias, habiendo desplegado la conducta infractora dichos efectos a lo largo de muchos años.*

.....

*A diferencia de lo ocurrido en el procedimiento 6/0156, en el que AISGE presentó solicitud de inicio de terminación convencional (27/01/09) una vez notificado el PCH (4/03/09) y tras la presentación de alegaciones (7/04/09), es decir, antes de que la DI hubiese acordado el cierre de la fase de instrucción en este expediente S/208/09, AISGE sólo presenta la solicitud cuando en un acceso al expediente tiene conocimiento que le está siendo notificada la PH. Es más, a pesar de haber manifestado en su escrito de recurso que tenía intención de solicitar la terminación convencional del procedimiento, que dice haber estado preparando, lo cierto es que no ha acompañado a su escrito de esbozo alguno de los compromisos, siquiera en líneas generales, simplemente se limita a solicitar la terminación convencional.”*

Resulta en consecuencia que se aprecian trascendentales diferencias entre uno y otro supuesto, diferencias que han sido debidamente motivadas por la CNC, debiendo desestimarse igualmente esta alegación.

En conclusión, no existe discriminación ni infracción del principio de igualdad porque el término de comparación utilizado no es válido al referirse a un supuesto

distinto, tanto desde la perspectiva de la conducta analizada y sus efectos, como desde la perspectiva procedimental.

La actora igualmente considera arbitrario el acto recurrido porque, a su juicio, la CNC debió analizar los compromisos propuestos con su escrito de 22 de marzo. En el momento de presentar la solicitud, sin duda por la premura de tiempo, por haberse presentado cuando ya existía una propuesta de resolución con petición de sanción, no se acompañó tal solicitud de compromiso alguno ni siquiera de los principios en los que estos se apoyarían, presentándose finalmente los compromisos en cuestión en un escrito de 22 de marzo. Como se ha indicado más arriba, no se establece en la LDC una obligación de inicio del procedimiento con la correlativa obligación para la Administración de examinar y valorar, en cualquier circunstancia, incluso cuando la solicitud ha sido presentada extemporáneamente, los compromisos presentados.

**QUINTO-** En relación con el momento en el cual se puede solicitar y acordar el inicio del procedimiento de terminación convencional, esta Sala comparte los razonamientos de la CNC sobre la interpretación de las normas de aplicación.

El art. 39.1 del RDC establece que *“De conformidad con el artículo 52 de la ley 15/2007 de 3 de julio, en cualquier momento del procedimiento previo a la elevación del informe propuesta previsto en el artículo 50.4 de la ley 15/2007 la Dirección de Investigación podrá acordar, a propuesta de los presuntos autores de las conductas prohibidas, el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional”*

El artículo 52.3 LDC señala:

*“La terminación del procedimiento en los términos establecidos en este artículo no podrá acordarse una vez elevado el informe propuesta previsto en el artículo 50.4.”*

A su vez el art. 50 LDC en su párrafo 4 establece:

*“4. Practicados los actos de instrucción necesarios, la Dirección de Investigación formulará propuesta de resolución que será notificada a los interesados para que, en el plazo de quince días, formulen las alegaciones que tengan por convenientes.”*

Es decir: el art. 52.3 fija como límite a la presentación de la solicitud de terminación convencional el momento de elevación al Consejo del informe del art. 50.4 y este artículo a su vez regula la propuesta de resolución, que es un trámite anterior al informe en cuestión.

Acudiendo a los criterios de interpretación normativa del artículo 3 del Código Civil, debe valorarse (atendiendo al espíritu y finalidad de la norma) es fundamental el hecho de que la LDC y el RDC sitúan la decisión del inicio del procedimiento en sede de la Dirección de Investigación, el órgano instructor, frente a la atribución de la decisión sobre la terminación convencional, que la normativa de Defensa de la Competencia sitúa en sede del Consejo. Resulta así que si quién debe decidir sobre el inicio del procedimiento es la DI, a la que el artículo 35 LDC atribuye la función de instruir los expedientes, señalando concretamente en el párrafo 2 letra a) que son

sus funciones *“instruir y elevar la correspondiente propuesta de resolución de los expedientes sobre los que deba resolver el Consejo”*.

Y el propio artículo 50 pfs. 4 y 5 señala como momento final de la instrucción la propuesta de resolución: *“practicados los actos de instrucción necesarios la Dirección de Investigación formulará propuesta de resolución..... una vez instruido el expediente, la Dirección de Investigación lo remitirá al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia acompañándolo de un informe en el que se incluirá la propuesta de resolución....”*.

La instrucción del procedimiento no concluye con la elevación del informe, sino que, a juicio de esta Sala, claramente ha concluido con la formulación de la propuesta de resolución, sin que el hecho de que exista un trámite, la elevación del informe, signifique que pueden practicarse nuevos actos de instrucción, y la ley dice claramente *“una vez instruido el expediente,....”* como en el párrafo anterior había dicho *“practicados los actos de instrucción...”*.

Resulta en consecuencia que por las razones expuestas, la solicitud de inicio de expediente de terminación convencional fue presentada de forma extemporánea.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado.

**SEXTO-** No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139. Pfo. 1 de la Ley Jurisdiccional, justifiquen la condena al pago de las costas a ninguna de las partes.

**VISTOS** los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución,

## FALLAMOS

Que debemos **ADMITIR Y DESESTIMAR como DESESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **ARTISTAS INTERPRETES SOCIEDAD DE GESTION** contra el Acuerdo dictado el día 30 de junio de 2011 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos, por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial.

**Así**, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

**PUBLICACION.-** Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.