



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/088/18, SGAE

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria 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 por la que se resuelve el recurso interpuesto por la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (en adelante, SGAE) contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de fecha 24 de octubre de 2018, por el que se denegó el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional, en el marco del expediente S/DC/0590/16.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 19 de octubre de 2017 la Dirección de Competencia (DC) acordó la incoación del expediente sancionador S/DC/0590/16, contra la SGAE por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, consistentes 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 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
2. El 27 de agosto de 2018 se notificó a la SGAE el Pliego de Concreción de Hechos (PCH) elaborado por la DC.
3. El 26 de septiembre de 2018 tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante, Comisión o CNMC) escrito de alegaciones de la SGAE al PCH, en el que se incluía una solicitud de inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento en curso, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52 de la LDC, y 39 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC).

4. El 24 de octubre de 2018, mediante acuerdo de la DC, se notificó a la SGAE acuerdo por el que se denegaba el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento.
5. Con fecha 13 de noviembre de 2018, ha tenido entrada en la CNMC el recurso interpuesto por la SGAE al amparo de lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, contra el acuerdo de la Directora de Competencia de la CNMC de 24 de octubre de 2018, por el que se deniega el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional, en el marco del expediente S/DC/0590/16.
6. Con fecha 13 de noviembre de 2018, conforme a lo indicado en los artículos 47 de la LDC y 24.1 del RDC 24, el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por la SGAE.
7. Con fecha 19 de noviembre de 2018, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso. En dicho informe, la DC consideró que debe entenderse que no se desvirtúa el contenido del Acuerdo de denegación del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional, y que, por tanto, procede inadmitir a trámite o, en su defecto, desestimar el recurso interpuesto por la SGAE contra el mencionado acuerdo.
8. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 4 de diciembre de 2018.
9. Es interesada en este expediente de recurso la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del recurrente

La SGAE promueve el recurso sobre el que versa la presente resolución bajo su entendimiento de que se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 47 de la LDC contra el acuerdo de la DC de fecha 24 de octubre de 2018, por el que se denegó el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento sancionador, identificado con el número de expediente S/DC/0590/16.

La SGAE solicita que se tenga por presentado el recurso objeto de estudio y que la DC proceda a iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente.

La recurrente basa su pretensión en el entendimiento de que el Acuerdo recurrido afecta a su situación jurídica, por lo que tiene carácter cualificado. Así, indica que dicho Acuerdo causaría a la SGAE un perjuicio irreparable en la medida en que impediría que se tramitara el procedimiento de terminación convencional, el cual, como explica más adelante, entiende que está justificado. Asimismo, afirma que, al rechazar la terminación convencional, existe una elevada probabilidad de que la DC proponga al Consejo de la CNMC que sancione a la SGAE por haber cometido una infracción de la LDC.

En relación con las alegaciones sobre la infracción de los artículos 52 de la LCD y 39 del RDC relativas al principio de interdicción de la arbitrariedad al que están sujetas las Administraciones Públicas, la recurrente indica que la DC ha infringido el mencionado principio por varios motivos:

En primer lugar, debido a que las argumentaciones utilizadas por la DC para rechazar el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente adolecen de falta de solidez y que los motivos esgrimidos en el Acuerdo recurrido carecen de fundamento, y no permiten concluir que la propuesta de terminación convencional planteada por la SGAE tuviera que ser rechazada.

En segundo lugar, la recurrente sostiene que el rechazo de la DC a la propuesta de terminación convencional planteada, relacionadas con las disposiciones estatutarias de la SGAE sobre la gestión y retirada de los derechos, se fundamenta en una concepción completamente errónea de las obligaciones impuestas por la normativa de propiedad intelectual a las entidades de gestión, y que resulta de todo punto arbitraria. En el mismo sentido, la SGAE considera que las exigencias de la DC van más allá de lo exigido por la legislación vigente específica para la gestión de derechos de propiedad intelectual, así como por los principios generales establecidos para la misma.

Relacionado con lo anterior, la recurrente considera que, dado que en el Acuerdo recurrido la DC considera que la propuesta de terminación convencional de la SGAE en el ámbito de la concesión de autorizaciones para la reproducción y comunicación pública de obras musicales y audiovisuales en los sectores de hospedaje y restauración resuelve los problemas de competencia que pudieran existir, pero que se rechazan porque la DC entiende que esta segunda conducta está vinculada a la anterior, y toda vez que, según la recurrente, no existen motivos para rechazar la terminación convencional de la primera de las conductas, alega que el argumento de la DC sobre esta segunda conducta decaería.

Por último, la recurrente manifiesta que, en relación con el artículo 52 de la LDC, a la hora de acordar la terminación convencional de un expediente, la DC no analizó la necesidad de que se resolvieran los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y que se garantizara suficientemente el interés público. En este sentido, indica la recurrente que la SGAE, como sociedad de gestión colectiva, viene obligada a desempeñar una función social y cultural que hace que las entidades de gestión se diferencien de cualquier otra entidad que opere en el mercado de derechos, así como en otros mercados. Asimismo, indica que tienen naturaleza asociativa, se constituyen como asociaciones sin ánimo de lucro y sus principios de actuación no son estrictamente mercantiles. Por ello, indica que no tener en cuenta estos criterios y atender única y exclusivamente a criterios de explotación comercial o de rendimientos económicos por la explotación de las obras supone abandonar la idea de proteger la diversidad cultural y por ende la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, llegando a un modelo y a un escenario en el que únicamente existan aquellos repertorios o incluso obras que tenga éxito y recauden los suficiente para hacerlos rentables.

No obstante lo anterior, pese a las pretensiones de la recurrente, la DC consideró que debe entenderse que no se desvirtúa el contenido del Acuerdo de denegación del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional, y que, por tanto, procede inadmitir a trámite o, en su defecto, desestimar el recurso interpuesto por la SGAE contra el mencionado acuerdo.

SEGUNDO.- Naturaleza del recurso interpuesto

Antes de analizar las concretas pretensiones del recurrente, resulta necesario aclarar la naturaleza del recurso sobre el que se dicta la presente resolución.

Al respecto, el artículo 47 LDC prevé la posibilidad de presentar recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por el órgano de instrucción, estableciendo que *"Las resoluciones y actos dictados de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días."*

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DC que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2013 advierte de que los motivos de impugnación frente a actuaciones de la DC deben estar basados únicamente en la indefensión o el perjuicio irreparable que los actos recurridos puedan causar a derechos o intereses legítimos, y no en ningún otro motivo: *"En efecto, la vía a través de la cual es posible la impugnación "anticipada" de las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación es precisamente, en la nueva Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, la establecida en su artículo 47.1, esto es, el recurso (interno) frente a unas y otros ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia. Pero no se trata de una vía que abra la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar "perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos".*

Como aclara la Audiencia Nacional en sentencia de 18 de mayo de 2011: *"El Tribunal Supremo en múltiples sentencias en las que se interpreta la aplicación supletoria de la Ley 30/1992 al procedimiento administrativo de Defensa de la Competencia (entre otras las sentencias de 26-IV-2005, 11-X1-2005 y 24-15 2006) ha establecido que la supletoriedad de dicha ley en relación con la Ley de Defensa de la Competencia significa que es aplicable en lo que sea compatible con la naturaleza de los procedimientos regulados en la LDC".*

Asimismo, la Resolución de 16 de julio de 2009 (Expte R/0022/09, PELUQUERÍA PROFESIONAL) ya especificó que *"los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se rigen por lo dispuesto en la LDC y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, siendo el artículo 47 de la LDC el que establece la regulación del recurso administrativo contra las resoluciones y actos*

dictados por la DI". Deben estas referencias entenderse ahora hechas a la precitada Ley 39/2015 (LPAC).

No estamos, pues, ante los recursos regulados en la Ley 39/2015, sino ante el único recurso administrativo previsto por la LDC contra los actos dictados por el órgano instructor en materia de defensa de la competencia.

Por tanto, la terminación convencional no se configura, ni normativa ni jurisprudencialmente, como un derecho de las empresas presuntamente infractoras, sino que tiene una naturaleza discrecional, toda vez que corresponde a la Comisión, a través de sus Direcciones de Instrucción, valorar *ab initio* si concurren circunstancias objetivas que justifiquen su tramitación, y que tienen como objetivo satisfacer el interés general y restaurar la competencia en los mercados analizados, no responder al interés particular de los que presuntamente han cometido prácticas prohibidas.

TERCERO.- Inadmisión del recurso por ausencia de los requisitos del artículo 47 de la LDC

Como ya se ha comentado, la recurrente alega que, bajo su entendimiento, se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 47 de la LDC contra el Acuerdo de la DC por el que se denegó el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento sancionador: a saber, la existencia de indefensión o un perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional viene entendiendo por perjuicio irreparable *"aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración"* (por todas, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009). Sin embargo, tal y como se aprecia por la mera existencia de la presente resolución y, en coincidencia con lo argumentado por la DC, la denegación por parte de la DC del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional no pone fin de manera definitiva a la posibilidad de que la misma se produzca, pues nada impide a esta Sala modificar tal valoración. En este sentido, y en el caso de que esta Sala estuviese en desacuerdo con los razonamientos de la DC, podría resolver retrotraer las actuaciones, instando a la DC a iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente, por lo que no cabe de ningún modo, alegar la existencia de un perjuicio irreparable.

En relación con ello, tampoco estamos ante la presencia de indefensión, derivada de las alegaciones de la SGAE sobre la falta de solidez, motivación y fundamentación de los argumentos esgrimidos por la DC en el Acuerdo recurrido ya que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo que se exige para evitar la indefensión y cumplir la exigencia constitucional de 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.

En el presente caso esta Sala considera que hubo una motivación suficiente, pues se detallaron las razones por las que la DC entendía que no procedía la iniciación del procedimiento de terminación convencional, por lo que, aunque dicho análisis pudiera, a juicio de la recurrente, ser falto de solidez, motivación y fundamentación, el acuerdo de la DC está suficientemente motivado desde la perspectiva del estándar jurisprudencial del Tribunal Constitucional y, en consecuencia, no es susceptible de causar indefensión a la SGAE.

En este sentido se pronuncia también la Audiencia Nacional en sus sentencias número 35/2016, de 26 de enero de 2016 (rec. 164/2013) y 293/2016, de 14 de julio de 2016 (rec. 312/2013): “[...] Hemos también de descartar la indefensión por cuanto la negativa a la terminación convencional debe considerarse un trámite dentro del procedimiento de infracción, que continuará su tramitación con el habitual respeto a todas las garantías procesales y en consecuencia, no puede considerarse como un acto administrativo generador de indefensión.”

Debe subrayarse que la terminación convencional no es un derecho subjetivo de las empresas presuntamente infractoras, de manera que cualquier iniciativa puede ser rechazada por la CNMC con arreglo al artículo 52 de la LDC y al artículo 39 del RDC, previa valoración de todas las circunstancias concurrentes y sin perder de vista que la prioridad es preservar la competencia de los mercados.

Por lo tanto, la mera denegación del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional no puede *per se*, ser considerada como un acto administrativo susceptible de recurso como considera la SGAE, ya que ello sería aceptar que el mecanismo de terminación convencional es un acto reglado que presupone la aceptación de la solicitud de la parte, cuando esto no es así.

El propio Tribunal Supremo en su reciente Sentencia núm. 1634/2018 de 16 de noviembre de 2018, ha dictado que “[...] no compartimos [...] que el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional de un expediente sancionador es un acto reglado [...] porque entendemos que corresponde a dicha autoridad administrativa valorar *ab initio* si concurren circunstancias objetivas que justifiquen su tramitación, puesto que la utilización de este instituto procedimental no resulta viable cuando por la naturaleza y entidad de la infracción, o por la irreversibilidad de los efectos sobre la competencia, derivados de la conducta infractora, existen razones de interés público que aconsejan la tramitación del expediente sancionador con la finalidad de depurar prácticas y conductas prohibidas por el Derecho de la Competencia y exigir responsabilidad al presunto infractor”. De este modo, ratifica sus pronunciamientos jurisprudenciales previos en el mismo sentido: “[...] la facultad de la Dirección de Investigación para proponer la iniciación del procedimiento de terminación convencional de un expediente sancionador, incoado por la presunta comisión de una infracción del Derecho de la Competencia, tiene naturaleza discrecional, advirtiendo que ello no excluye que para evitar que se produzca indefensión, la decisión del órgano instructor deberá «cumplir la exigencia de la motivación», puesto que en el supuesto enjuiciado se aprecia que la Directora de Investigación ha cumplido con dicha exigencia legal, ya que

expone las razones de carácter formal y sustantivas que justificaron la denegación de la solicitud formulada por la Asociación de Artistas Intérpretes Sociedad de Gestión (AISGE), lo que le permite concluir que no puede tacharse la decisión administrativa impugnada de arbitraria." (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2015).

Conviene recordar también la citada sentencia de la Audiencia Nacional número 35/2016, de 26 de enero de 2016 (rec. 164/2013): "[...] *La recurrente tiene derecho a formular la solicitud y a que dicha solicitud tenga respuesta por parte de la Administración, tal y como en este caso acontecía, pero no tienen derecho a obligar a la Administración a incoar el expediente de terminación convencional, facultad legalmente reservada a la Administración habida cuenta que el objetivo de este expediente es satisfacer el interés general, que no el interés particular de los que presuntamente han realizado las prácticas prohibidas*".

Por todo ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, esta Sala entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser inadmitido, motivo por el cual, no ha lugar a entrar en el fondo de las demás pretensiones alegadas por la SGAE en su recurso.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Inadmitir el recurso interpuesto por la SGAE, contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 24 de octubre de 2018, por el que se denegó el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional, por no reunir los requisitos para su interposición referidos en el artículo 47 de la LDC, dada la ausencia de indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la recurrente.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la interesada, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.