

RESOLUCIÓN

(Expte. R/0067/11, AISGE CINES)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidente
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 23 de marzo de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Consejero D. Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente R/0067/11, AISGE CINES, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por la representación de la entidad ARTISTAS INTÉRPRETES, SOCIEDAD DE GESTIÓN (AISGE), al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), contra el cierre de la fase de instrucción del expediente S/0208/09 acordada por la Dirección de Investigación (DI) con fecha 25 de febrero de 2011, de conformidad con el artículo 33.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero de 2008 (RDC), y comunicada a la interesada en la misma fecha.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. En el marco de la tramitación del expediente de referencia, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 de la LDC, con fecha 20 de enero de 2011 se formuló y notificó a AISGE el Pliego de Concreción de Hechos (PCH).
2. Con fecha 8 de febrero de 2011 tuvo entrada en la DI escrito de AISGE por el que presentaba una serie de alegaciones al PCH y solicitaba la práctica de determinada prueba documental, testifical y pericial.
3. Con fecha 25 de febrero de 2011, la DI, en virtud de lo previsto en el artículo 33.1 del RDC, acordó cerrar la fase de instrucción del expediente de referencia con el fin de redactar la Propuesta de Resolución, lo que fue notificado a los interesados ese mismo día.

4. Con fecha 3 de marzo de 2011 se notificó a AISGE la Propuesta de Resolución dictada por la Directora de Investigación el 2 de marzo de 2011. Esta notificación fue recibida por AISGE el 4 de marzo de 2011.
5. El 3 de marzo de 2011 AISGE, a través de su representante D. Carlos Álvarez de la Mata, tomó vista del citado expediente solicitando y obteniendo copia de los folios 2379 a 2454, folios que se corresponden con la Propuesta de Resolución.
6. El mismo día 3 de marzo de 2011, con posterioridad a la vista antes mencionada, tuvo entrada en el Consejo de la CNC escrito de AISGE por el que la entidad de gestión interponía Recurso administrativo contra el precitado Acuerdo de fecha 25 de febrero de 2011, alegando que *“el hecho de que la DI no haya resuelto de forma motivada sobre la prueba propuesta por ambas partes, en relación con la procedencia o no de su práctica, sitúa a esta entidad en una situación de indefensión...”*. Alega que dicho Acuerdo *“origina indefensión a AISGE y provoca un perjuicio irreparable a los derechos e intereses legítimos de esta entidad...”*, y considera que el Acuerdo *“es nulo de pleno derecho, ex artículo 62 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, por la vulneración de preceptos constitucionales(artículo 9.3 y 24 CE) y por haber sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido (artículo 32.2 y 33 RDC y 137.4 de la Ley 30/1992)”*.
7. Con fecha 7 de marzo de 2011, la DI emitió el preceptivo informe sobre el recurso de referencia, indicando que *“el apartado 5 de la Propuesta de Resolución da cumplimiento a lo previsto en el 34.1 del RDC, en relación con las solicitudes de prueba presentadas por FECE y AISGE junto con sus escritos de alegaciones al PCH, motivando, en el caso de las pruebas solicitadas, las razones por las que esta Dirección de Investigación entendía que no procedía la no práctica de la prueba solicitada por AISGE. Por lo tanto, esta Dirección de Investigación ha cumplido con lo previsto por la normativa de defensa de la competencia y sus actos no han vulnerado el procedimiento previsto en la LDC y el RDC”*. Asimismo, la DI señalaba que *“el acto de cierre de la fase de instrucción es un mero acto de trámite y por ello precisamente no puede producir indefensión ni perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, por lo que no es un acto recurrible”*. La DI concluía su informe solicitando que se inadmitiera el recurso por no reunir los requisitos previstos en el artículo 47 de la LDC para su interposición.
8. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 23 de marzo de 2011.
9. Es interesado ARTISTAS INTÉRPRETES, SOCIEDAD DE GESTIÓN (AISGE).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

El recurso objeto del presente expediente se ha interpuesto al amparo del artículo 47 de la LDC, que establece la posibilidad de recurrir las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación cuando produzcan *“indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”*. Por lo tanto, en primer término, es necesario examinar si el acuerdo recurrido cumple los requisitos fijados en el citado artículo 47 y, en consecuencia, si es admisible el recurso.

AISGE promueve el presente recurso contra el Acuerdo de la DI de 25 de febrero de 2011, en el ámbito del expediente sancionador S/0208/09, AISGE CINES. Considera la recurrente que dicho Acuerdo de la DI procediendo al cierre de la fase de instrucción sin, en su opinión, haber practicado la prueba propuesta por AISGE ni dictado la preceptiva resolución respecto a la práctica de la misma, le provoca indefensión y perjuicio irreparable a sus derechos e intereses legítimos, además de contravenir preceptos constitucionales y el artículo 62 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, por lo que solicita que el Consejo declare la nulidad de dicho Acuerdo.

SEGUNDO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC

Como se ha indicado anteriormente (AH 7), el recurso objeto del presente expediente se ha interpuesto al amparo del artículo 47.1 de la LDC que establece la posibilidad de recurrir las resoluciones y actos de la DI cuando *“produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”*.

En primer lugar, **respecto a la supuesta indefensión**, es necesario traer a colación la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas su Sentencia de 7 de febrero de 2007, en la que se declara que *“tratándose de actos administrativos, la protección inherente al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE sólo opera en relación a los que tengan un contenido sancionador”*, matizando que *“esa protección deberá invocarse en relación a actos administrativos que, además de haber sido dictados en el marco de un procedimiento que pueda merecer la calificación de procedimiento sancionador, sean definitivos, y por esta razón tengan en sí mismos un efectivo contenido sancionador. Esto es, la posible vulneración no podrá ser invocada en relación a meros actos de trámite”*.

Como ya se advertía en la Resolución de este Consejo de 2 de febrero de 2010 (Expte. R-0032-09, Transitarios 6), ninguna de las dos condiciones exigidas por la constante Jurisprudencia del Tribunal Supremo se pueden apreciar en casos como el presente pues, como resulta evidente, los actos de instrucción examinados no son definitivos ni resuelven el procedimiento sancionador en que han sido dictados, siendo consecuencia necesaria de dicha apreciación que cualesquiera de las alegaciones que pudieran efectuarse denunciando la vulneración del derecho reconocido por el artículo 24 de la CE deban ser inadmitidas sin entrar en mayores consideraciones.

En cuanto al supuesto perjuicio irreparable, el Tribunal Constitucional entiende que es *“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). Como se argumentará posteriormente, la corrección en el actuar administrativo, por un lado, y la existencia de trámites posteriores en los que la recurrente puede hacer valer sus derechos, por otro, impide hablar de vulneración alguna de derecho fundamental, pero, en el caso de existir, no impide su restablecimiento, por lo que tampoco cabe apreciar la existencia de este requisito.

Es preciso considerar, además, cuál es el **carácter del cierre de la fase de instrucción**. Para ello, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 33.1 del RDC, según el cual la DI, tras recibir las alegaciones y propuestas de prueba al PCH o, en su caso, transcurrido el plazo de quince días, procederá al cierre de la fase de instrucción, notificándolo a los interesados, con el fin de redactar la propuesta de resolución prevista en el artículo 50.4 de la LDC y en el artículo 34 del RDC. Es decir, su actuación reviste un carácter marcadamente reglado por no existir otra posibilidad distinta de actuación a la que adoptó mediante la decisión en cuestión. En cualquier caso, el cierre de la fase de instrucción es un mero acto de trámite y por ello precisamente no produce indefensión ni perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, por lo que no es un acto recurrible, como así lo ha declarado el Consejo de la CNC en su Resolución de 2 de febrero de 2010, citando resoluciones anteriores (Resolución de 26 de marzo de 2009; Expt. R/0018/09, INPROVO): *“(...) el acuerdo de cierre de la instrucción de la Dirección de Investigación es un acto de mero trámite que, por su propia naturaleza, no puede causar indefensión ni perjuicios irreparables en derechos o intereses legítimos de los interesados”*.

En cualquier caso, no puede hablarse de indefensión ni de perjuicio irreparable ya que tras la elaboración de la Propuesta de Resolución, el interesado puede formular alegaciones durante otros 15 días (artículos 50.4 de la LDC y 34.1 del RDC), lo que supone otra oportunidad para reproducir sus alegaciones, y, con posterioridad, en la tramitación ante el Consejo, que es el órgano al que corresponde resolver, cuenta con la posibilidad de proponer la práctica de pruebas que considere oportunas para la defensa de sus intereses (Artículo 36 del RDC).

En ese sentido, conviene recordar aquí lo manifestado por el Consejo de la CNC en la precitada Resolución de 26 de marzo de 2009 (ver también la de 24 de septiembre de 2009 (Expte. 2805/07, Empresas Estibadoras): “(...) A mayor abundamiento de lo anterior, con la nueva tramitación del expediente, derivada de la reciente Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, la producción de indefensión o perjuicios irreparables en derechos o intereses legítimos en la fase procedimental en la que se ha interpuesto el recurso deviene imposible, porque aunque se cierre la fase de instrucción no se impide la audiencia a los interesados. Tal como se prevé en los artículos 50 y 51 de la citada Ley 15/2007, una vez emitido el informe y la propuesta de resolución por la Dirección de Investigación los interesados tienen un nuevo trámite de alegaciones, que, de acuerdo con el artículo 34.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, incluirá “las propuestas de las partes en relación con la práctica de pruebas y actuaciones complementarias ante el Consejo”. Lo que quiere decir que aunque la Dirección de Investigación deniegue la presentación de alegaciones o la práctica de pruebas, las partes tendrán un trámite ulterior para poder reiterar sus peticiones ante el órgano de resolución del expediente”.

CUARTO.- Sobre la consideración de las pruebas propuestas

Pese a lo que afirma la recurrente, la Propuesta de Resolución de 2 de marzo de 2011 sí ha motivado la denegación de la práctica de las pruebas propuestas, como puede verse en el apartado 5 de dicha Propuesta. Otra cosa es que esa motivación pueda ser más concisa de lo que la recurrente desee, pero esto no es una tacha que invalide la actuación de la DI. Así lo ha entendido este Consejo en su Resolución de 12 de noviembre de 2009 (Compañías de Seguro Decenal):

“... en lo atinente a la alegación de indefensión por denegación por la DI y por el Consejo de las pruebas solicitadas, éste observa que la DI ha motivado, ciertamente, de forma parca pero suficiente, su conducta denegatoria con el argumento de que las pruebas propuestas por las partes “no aportan nuevas informaciones en este caso susceptibles de modificar la calificación de los hechos y conductas analizados. En todo caso, podrán ser reproducidas ante el Consejo...”. Y en efecto las partes reprodujeron su solicitud de prueba ante el Consejo, así como solicitaron la práctica de nuevas pruebas. Propositiones de prueba que el Consejo resolvió en su Acuerdo de 20 de julio de 2009, argumentando, una por una, por qué accedía a su práctica y por qué la denegaba, sobre la base de que sólo son admisibles como prueba de descargo aquellas que, habiendo sido rechazadas por la DI o no pudiéndolas proponer en la fase de instrucción, tienen por objeto refutar los hechos imputados, la participación en los mismos de las empresas imputadas, o los efectos dañinos sobre el mercado. En definitiva, y siguiendo al Tribunal Constitucional (sentencia 79/2002) para la estimación de la nulidad invocada sería preciso acreditar que la resolución final pudiera haber sido otra si la prueba se hubiese admitido o si admitida se hubiera practicado, por resultar “decisiva en términos

de defensa” (STC 258/2007, de 18 de diciembre). Siendo así, el Consejo entiende que no es posible que genere indefensión material el ejercicio motivado de una facultad de uso discrecional atribuida por art. 51.1 de la Ley 15/2007, en virtud de la cual resolvió denegar la práctica de todas aquellas pruebas que, por no tener relación con los hechos que fundamentan la imputación de un acuerdo de precios mínimos (cuya existencia niegan todas las empresas imputadas), no podrían alterar la resolución final”.

En consecuencia, como se ha argumentado en los Fundamentos precedentes, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse el hecho de que la actuación administrativa de la DI en la que se fundamenta el presente recurso haya causado indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos de AISGE. Por ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, este Consejo entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser inadmitido.

Vistos los preceptos legales citados y los de general aplicación, el Consejo de la
Comisión Nacional de la Competencia

RESUELVE

ÚNICO.- Inadmitir el recurso interpuesto por la representación de la entidad ARTISTAS INTÉRPRETES, SOCIEDAD DE GESTIÓN (AISGE), contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC de fecha 25 de febrero de 2011, por el que se decretaba el cierre de la fase de instrucción del expediente S/0208/09.

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