

RESOLUCIÓN

SGAE

R/AJ/003/22

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep María Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Barcelona, a 27 de abril 2022.

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente R/AJ/003/22 SGAE, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (en adelante **SGAE**), al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de fecha 18 de enero de 2022, de incoación de expediente sancionador.

I. ANTECEDENTES

1. Con fechas 22 de julio de 2016 y 22 de septiembre de 2016, se recibieron en la CNMC sendos escritos de denuncia, formulados respectivamente por Derechos de Autor de Medios Audiovisuales, Entidad de Gestión (DAMA) y por IME Licensing Services, S.L. (IME), cuya denominación social actual es Unison Rights, S.L. (UNISON RIGHTS) en los que se formulaban respectivas denuncias contra la SGAE, por supuestas conductas prohibidas por la LDC y el TFUE.
2. Con base en estas denuncias, la DC acordó llevar a cabo sendas informaciones reservadas, bajo las referencias S/DC/0590/16 DAMA VS SGAE y S/DC/0593/16 IME VS SGAE, con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC
3. Con fecha 17 de octubre de 2017 la DC acordó la incoación de expediente sancionador S/DC/0590/16 contra la SGAE por supuestas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en una infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE.

Asimismo, dada la conexión directa existente entre los expedientes S/DC/0590/16 y S/DC/0593/16, de conformidad con el artículo 29 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/08, de 22 de febrero (RDC), la DC acordó acumular e incorporar todas las actuaciones realizadas en el expediente S/DC/0593/16 al expediente S/DC/0590/16 y conceder la condición de interesado a DAMA y UNISON RIGHTS.

4. En el marco del expediente S/DC/0590/16, ciertas conductas contenidas en las dos denuncias que dieron origen al expediente no fueron incluidas en el acuerdo de incoación, ni en el pliego de concreción de hechos de 21 de agosto de 2018.

Con objeto de determinar si, en relación con las conductas contenidas en las dos denuncias que no fueron objeto de incoación, existían indicios de infracción de la LDC, con fecha 15 de octubre de 2018, la DC procedió a deducir testimonio del expediente S/DC/0590/16 de los documentos relacionados con tales conductas denunciadas para incorporarlos al expediente de información reservada S/0641/18, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del RDC.

5. El 22 de octubre de 2018 DAMA y la SGAE presentaron sendos escritos de alegaciones al acuerdo de deducción de testimonio referido en el punto anterior.

6. Con fecha 29 de octubre de 2018, SGAE interpuso recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales (núm. 01/003/2018), contra el mencionado acuerdo de deducción de testimonio. Asimismo, SGAE interpuesto recurso contencioso-administrativo ordinario contra el mismo acuerdo de 15 de octubre de 2018 (P.O. 06/1102/2018).
7. Con fecha 30 de mayo de 2019, la CNMC dictó resolución por la que se impuso a SGAE una multa de 2.949.660 euros, por la comisión de una infracción del artículo 2 de la LDC y el artículo 102 del TFUE, por diversas conductas relativas a: i) las condiciones estatutarias y contractuales en la gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras musicales y audiovisuales que restringen injustificadamente la atribución inicial a SGAE de la gestión parcial o su posterior revocación o retirada parcial; (ii) la paquetización y ausencia de desglose tarifario entre el repertorio audiovisual y musical y (iii) la paquetización y establecimiento de una estructura tarifaria que dificulta la comparación y contratación con otros operadores, en los dos últimos casos en establecimientos de hospedaje y restauración.
8. Con fecha 31 de julio de 2019, la Audiencia Nacional dictó Auto por el que se se inadmite el recurso contencioso-administrativo interpuesto por SGAE por procedimiento de derechos fundamentales frente al acuerdo de la DC de 15 de octubre de 2018 de deducción de testimonio.

Igualmente, con fecha 11 de diciembre de 2019, la Audiencia Nacional dictó Auto de inadmisión del recurso contencioso-administrativo interpuesto por SGAE por procedimiento ordinario frente al referido acuerdo de 15 de octubre de 2018.

Ambos autos de inadmisión han sido recurridos en casación por SGEA estando pendiente de sentencia del Tribunal Supremo sobre el fondo.

9. Con fecha 26 de febrero de 2021 la Dirección de Competencia notificó un acuerdo a SGAE por el que se le requería determinada información en el marco de la información reservada S/0641/18, de conformidad con el artículo 39 de la LDC.

La representación de la SGAE interpuso recurso administrativo ante la CNMC contra dicho requerimiento de información de 26 de febrero de 2021, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, siendo el mismo inadmitido por Resolución del Consejo de la CNMC de 6 de abril de 2021. (expte R/AJ/065/21).

10. Contra la Resolución de la CNMC de 6 de abril de 2021, SGAE formuló recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional por vía extraordinaria para la protección de los derechos fundamentales (recurso 1/2021).

En el escrito de interposición (aportado como anexo 2 del recurso) SGAE solicitó la suspensión de la ejecución de la Resolución del Consejo de la CNMC de 6 de abril de 2021 en el expte. R/AJ/065/21, del acuerdo de la DC de solicitud de información de 26 de febrero de 2021 en el expediente S/0641/18, confirmado por la referida Resolución, así como de la obligación de SGAE de responder a cualquier tipo de requerimiento de información en el marco de dicha información reservada.

A fecha actual la Audiencia Nacional no ha resuelto sobre las medidas cautelares solicitadas por SGAE ni sobre el fondo.

11. El 1 de febrero de 2022, tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) el recurso interpuesto por SGAE, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), contra el acuerdo de la DC de 18 de enero de 2022, de incoación de expediente sancionador.
12. Con fecha 2 de febrero de 2022, conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la Dirección de Competencia (DC) antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por SGAE.
13. Con fecha 7 de febrero de 2022, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso. En dicho informe, la DC propone la inadmisión del recurso en la medida en que el mismo no ha dado lugar a indefensión o perjuicio irreparable a los derechos e intereses legítimos de la entidad, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC.
14. Con fecha 23 de marzo de 2022, la Sala de Competencia admitió a trámite el recurso de SGAE, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente pudiera formular alegaciones.
15. El día 28 de marzo de 2022, SGAE tuvo acceso al expediente.
16. El día 20 de abril de 2022 tuvo entrada en la CNMC escrito de SGAE de alegaciones complementarias al informe de la DC.
17. La Sala de Competencia resolvió este recurso en su reunión de 27 de abril de 2022.

18. Es interesado en este expediente de recurso SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE).

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente resolución y pretensiones de la recurrente

1. Objeto del recurso.

Se promueve el presente recurso, al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de fecha 18 de enero de 2022, de incoación de expediente sancionador S/0641/18.

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por la DC disponiendo que: *“Las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación [hoy Dirección de Competencia] que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia [hoy Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia] en el plazo de diez días”*.

2. Pretensiones de las recurrentes.

En su recurso SGAE solicita que se acuerde la nulidad del Acuerdo de incoación de 18 de enero de 2022.

Asimismo, solicita que se acuerde, al amparo de los artículos 54 de la LDC y 40 del RDC, la medida cautelar de suspensión de la ejecución del acuerdo recurrido, al entender que concurren los requisitos de periculum in mora y fumus boni iuris.

La recurrente alega que la actuación de la DC infringe sus derechos fundamentales, concretamente: (i) a la tutela judicial efectiva, (ii) a no sufrir un doble enjuiciamiento (non bis in idem) y (iii) a la defensa, incardinados en el artículo 24 de la Constitución Española.

SGAE sostiene que la actuación llevada a cabo por la DC vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, al haber continuado la tramitación de un procedimiento (la información reservada bajo la referencia S/0641/18) pese a que tenía constancia de que SGAE había recurrido y solicitado su suspensión ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ello considera que el acuerdo de incoación que es objeto del presente recurso supone una infracción de la

obligación de la Administración de abstenerse de ejecutar el acto recurrido mientras está pendiente un recurso contencioso-administrativo en el que se solicita la suspensión de dicho acto.

En lo que respecta a la infracción del principio *non bis in idem*, señala la recurrente que el acuerdo recurrido vulnera la prohibición de doble enjuiciamiento, al considerar SGAE que en el marco de las informaciones reservadas S/DC/0590/16 y S/DC/0593/16, que desembocaron en el expediente S/DC/0590/16, la Dirección de Competencia ya investigó extensamente sobre los dos aspectos a los que se refiere el acuerdo de incoación que ahora se recurre (*“el diseño y aplicación de las tarifas por disponibilidad en los mercados de televisión y radio”* y *“licenciar a los usuarios, con carácter pretendidamente universal, el repertorio que gestiona”*). Considera asimismo que, pese a que el acuerdo de incoación de enero de 2022 hace mención a alegaciones “nuevas” de la denunciante DAMA, se está refiriendo al escrito que dicha entidad presentó en marzo de 2019, en el que “reiteró su denuncia”, y que lo mismo sucede con los dos escritos de la también denunciante UNISON, de junio y julio de 2021, a los que alude el acuerdo de incoación como hechos nuevos, que se referirían a las mismas prácticas.

Entiende SGAE que la única conclusión que en Derecho puede desprenderse de la no inclusión en el acuerdo de incoación (ni en el PCH o la PR) del expediente S/DC/0590/16 de algunas conductas denunciadas, ahora objeto del acuerdo de incoación que se recurre es que en su momento tales conductas fueron analizadas por el órgano de instrucción y se descartó que pudieran ser constitutivas de infracción. Entiende que avala esa conclusión el largo período transcurrido entre la formalización de las denuncias en julio y septiembre de 2016 y el acuerdo de incoación del expediente S/DC/0590/16, en octubre de 2017.

En lo referente a la vulneración del principio de defensa, indica la recurrente que en el expte. S/DC/0590/16 la DC realizó diversos requerimientos sobre la base de las dos denuncias de las que traía causa y que SGAE formuló alegaciones sobre las infracciones por las que podía ser sancionada y que figuraban en el acuerdo de incoación y en el PCH y no sobre las restantes conductas denunciadas. Puesto que el expediente fue resuelto en 2019 con una resolución sancionadora, la recurrente considera que el derecho de defensa impide que ahora la DC comience un nuevo proceso de investigación sobre prácticas que ya habían sido investigadas en el expediente S/DC/0590/16. Entiende la recurrente que si se avalara esta forma de proceder, quedaría en manos de la Administración la posibilidad de soslayar la exigencia de inalterabilidad de los hechos imputados

3. Informe de la DC.

Frente a lo alegado por la recurrente, la DC propone en su informe de 7 de febrero de 2022, la inadmisión del recurso, así como la denegación de las medidas cautelares solicitadas al entender que contra el acuerdo impugnado no cabe recurso alguno, por ser un acto de trámite que no cumple con los requisitos previstos en el artículo 47 de la LDC.

4. Alegaciones de las recurrentes al informe de la DC.

En su escrito de alegaciones complementarias de fecha 20 de abril de 2022, SGAE se remite en su integridad al contenido de su escrito de recurso.

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

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por SGAE supone verificar si el acuerdo de la DC de 18 de enero de 2022 de incoación de expediente sancionador S/0641/18 es susceptible de ocasionar indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso.

2.1. Ausencia de Indefensión.

Tal y como señala la DC, el acuerdo de incoación de 18 de enero de 2022 indica de manera expresa, que contra el mismo no cabe recurso alguno, por ser un acto de trámite que no cumple los requisitos previstos en el artículo 47 de la LDC, sin perjuicio de que su eventual oposición pudiera alegarse para su consideración en la resolución que pusiera fin al procedimiento y para la impugnación en el recurso que, en su caso, se interpusiera contra la misma, de acuerdo con el artículo 112 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (Ley 39/2015).

El artículo 112 de la Ley 39/2015 señala que “contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos deciden directa o indirectamente del fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponer los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualesquier de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de esta Ley. La oposición a los restantes actos de trámite podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento.”

En el presente caso, no concurre ninguna de las circunstancias a que se refiere el citado artículo 112 de la Ley 39/2015, pues el acuerdo de incoación de enero de 2022 no decide directa ni indirectamente el fondo del asunto, ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni tampoco adopta medidas cautelares de clase alguna, por lo que no cabe apreciar que el acuerdo de incoación del expediente S/0641/18, en los términos ya expuestos, cause indefensión a la recurrente, pues en ningún caso prejuzga el resultado final del procedimiento, ni es susceptible de vulnerar el derecho de defensa o el derecho a un procedimiento con todas las garantías.

El Consejo de la CNMC¹ ha reiterado que la posible vulneración del artículo 24 de la CE no podrá invocarse en relación con actos de mero trámite, en consonancia con la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, su sentencia de 7 de febrero de 2007 [Rec. 6456/2002]):

“[...] 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.

Pero ha de completarse con esta importante matización: 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”.

Además, en relación a la existencia de indefensión, el Tribunal Constitucional ha declarado que *“por indefensión ha de entenderse el impedir a una parte en un proceso o procedimiento, toda vez que las garantías consagradas en el artículo 24.1 de la Constitución Española son también aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses”* señalando que *“la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes”*. Es decir, que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 CE es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa. Estima, por tanto, la jurisprudencia constitucional que *“no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos”* (STC 71/1984, 64/1986).

¹ Resoluciones del Consejo de la CNMC de 26 de julio de 2018 R/AJ/050/18 ECOIMSA/GTMA, R/AJ/051/18 IRMASOL, R/AJ/052/18 RECYPIILAS y de 8 de septiembre de 2020 (R/AJ/073/20)

A su vez, el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de septiembre de 2013 ha declarado 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 cualquier 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".

En esta línea, se ha pronunciado en reiteradas ocasiones la extinta CNC (Resolución de 29 de marzo de 2010 en el expte. R/0037/10; y Resolución de 23 de marzo de 2011 en el expediente R/0067/11), y esta Sala de Competencia.

Así, en la Resolución de 26 de julio de 2018 en el expediente R/AJ/0527/18 RECYPILAS, esta Sala de Competencia declaró que:

“En todo caso, el acuerdo de incoación, al iniciar formalmente la tramitación del expediente S/DC/0628/18, garantiza a RECYPILAS la defensa de sus derechos e intereses legítimos. En particular, este acuerdo le permite acceder al expediente, conforme a lo previsto en el artículo 31 del RDC. Asimismo, este acuerdo puede conducir a la emisión del pliego de concreción de hechos (previsto en el artículo 50.3 de la LDC) y de la propuesta de resolución (prevista en el artículo 50.4 de la LDC), frente a las cuales RECYPILAS podrá alegar lo que estime oportuno para la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

De acuerdo con lo anterior, esta Sala coincide con la recurrente en que el acuerdo de incoación impugnado no puede causar indefensión a RECYPILAS.”

En idéntico sentido, véase la Resolución de 26 de julio de 2018 en el R/AJ/051/18 IRMASOL, y de 26 de julio de 2018 en el expediente R/AJ/050/18 ECOIMSA.

Por tanto, a la luz de la jurisprudencia citada y la práctica de la CNMC, no cabe considerar que el acuerdo de incoación recurrido sea generador de indefensión, dada la ausencia de efectivo contenido sancionador. Además, el acuerdo de

incoación al iniciar formalmente la tramitación del expediente S/0641/18 garantiza a SGAE la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

Por otra parte, en relación a las específicas alegaciones de SGAE cabe hacer las siguientes consideraciones:

Respecto a la supuesta infracción del **derecho a la tutela judicial efectiva** consagrado en el artículo 24 de la Constitución, comparte esta Sala de Competencia el parecer de la DC de que la incoación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por SGAE frente a la Resolución del Consejo de 6 de abril de 2021 -que inadmitía el recurso de SGAE frente al acuerdo de solicitud de información de 26 de febrero de 2021- no puede ser considerado como una circunstancia que impida la adopción por la DC del acuerdo de incoación objeto del presente recurso.

En efecto, la incoación del expediente sancionador y su debida tramitación no entorpecen el derecho de SGAE a la tutela judicial, puesto que la Audiencia Nacional podrá resolver sobre la conformidad a Derecho del acuerdo de solicitud de información (y de la Resolución del Consejo que inadmite el recurso contra el mismo), con independencia de la tramitación del expediente sancionador S/0641/18. También podrá conocer la Audiencia Nacional, en su caso, del recurso contencioso-administrativo que SGAE pueda formular frente a la resolución que ponga fin al expediente. La tutela judicial efectiva, en relación al recurso frente al acuerdo de solicitud de información, queda plenamente salvaguardada, sin que el acuerdo de incoación objeto del presente recurso pueda entorpecer o mermar tal tutela.

No cabe admitir una interpretación del derecho a la tutela judicial efectiva que haga imposible a la DC el desarrollo de sus funciones, de forma que mediante la interposición de recurso contencioso-administrativo frente a una solicitud de información se impida al órgano instructor el desarrollo de ulteriores actuaciones en el procedimiento de que se trate, incluida la adopción de un acuerdo de incoación si se observan indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC.

En relación con la alegación de SGAE sobre la infracción del **principio de non bis in ídem**, cabe señalar que durante la tramitación del expediente S/DC/0590/16 SGAE conoció que ciertas conductas objeto de denuncia por parte de DAMA y UNISON no fueron objeto de incoación y por tanto tampoco se analizaron en el Pliego de Concreción de Hechos.

Tal y como se refleja en el acuerdo de 15 de octubre de 2018, que fue recurrido por SGAE ante la jurisdicción contencioso-administrativa [énfasis añadidos]:

“En el marco del expediente S/DC/0590/16, las entidades DERECHOS DE AUTOR DE MEDIOS AUDIOVISUALES, ENTIDAD DE GESTIÓN (DAMA) y UNISON RIGHTS, S.L. (UNISON RIGHTS) presentaron información sobre ciertas conductas que no fueron finalmente reflejadas en el Acuerdo de Incoación de fecha 19 de octubre de 2017 ni en el Pliego de Concreción de Hechos de fecha 21 de agosto de 2018 de dicho expediente, al entender esta Dirección de Competencia que dichas conductas no guardaban relación directa con aquéllas incoadas. [...] Con objeto de determinar si estas otras conductas mencionadas en dichas denuncias constituyen indicios de una infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), se procedió a deducir testimonio, del expediente S/DC/0590/16, de los documentos relacionados con tales conductas denunciadas, para incorporarlos a una nueva información reservada, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero de 2008.”

Del mismo modo, en la Propuesta de Resolución del expediente S/DC/0590/16 [énfasis añadidos] la DC puso de manifiesto:

“[...] DAMA indica en sus alegaciones (folios 6595 a 6596) que las conductas objeto del expediente de referencia no abarcan todas aquéllas que fueron denunciadas por dicha entidad en su momento. Parte de las conductas objeto de la denuncia no han sido objeto específico de investigación y no aparecen incluidas en el PCH.

En lo tocante a este punto, la Dirección de Competencia confirma que DAMA, en el marco del expediente de referencia, ha denunciado conductas (folios 1 a 632, 2203 a 2499, 2510 a 3252 y 3263 a 4039) que no han sido reflejadas en el acuerdo de incoación ni en el PCH.

A este respecto, esta Dirección de Competencia manifiesta que en el PCH correspondiente a este expediente se estudia si las conductas que han sido incluidas en el acuerdo de incoación son constitutivas de una infracción de competencia. El resto de conductas denunciadas por DAMA no guardan relación directa con aquéllas incoadas en el expediente de referencia.

En consecuencia, tal y como se explica en apartado IV.4, se ha procedido a deducir testimonio del expediente de referencia, incorporando al expediente con número S/0641/18, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del RDC, los documentos relacionados con las conductas denunciadas por DAMA y UNISON RIGHTS que no guardan relación directa con el presente expediente.” [énfasis añadido]

[...]

En relación con las alegaciones presentadas por UNISON RIGHTS (folios 6569 a 6571) manifestando que el PCH no recoge como conducta infractora de abuso de posición dominante aquélla que viene recogida y descrita en el apartado 3.1 D) de la denuncia presentada por esta entidad (folios 4093 a 4096), relativa a la exigencia al titular de derechos de la cesión en exclusiva de la totalidad del repertorio, esta Dirección de Competencia confirma que el análisis realizado en el PCH no ha incluido esta denuncia concreta.

En consecuencia, como se ha manifestado en el apartado V.1.1, se ha procedido a deducir testimonio del expediente de referencia, incorporando también los documentos relacionados con estas conductas denunciadas por UNISON RIGHTS al expediente con número S/0641/18, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del RDC, junto con el resto de conductas denunciadas por DAMA.”

Por otro lado, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional (por todas, STC 2/2003, de 16 de enero) la prohibición del bis in idem tiene una doble vertiente: (i) la material, que impide que un mismo sujeto sea sancionado dos veces por los mismos hechos y con el mismo fundamento; y (ii) la procesal, que prohíbe dos procedimientos penales en los que concurra la triple identidad de sujetos, hechos y fundamento:

En relación a la vertiente procesal de la prohibición del bis in idem, en el presente caso únicamente concurre la identidad de sujeto al ser SGAE la incoada en ambos expedientes (S/DC/0590/16 y S/0641/18), pero faltan los elementos de identidad de hechos y fundamento que obligarían a estimar la alegación de vulneración de dicho principio.

La comparación entre el acuerdo de incoación del expediente S/0641/18 así como de la Resolución de ese expediente, y el acuerdo de incoación del expediente S/0641/18, que la recurrente reseña en su recurso y del que ha sido

hecha pública nota de prensa, ponen de manifiesto que las conductas que se analizan en uno y otro caso son distintas.

Además, en el estado actual del procedimiento S/0641/18, no es posible alcanzar la conclusión que defiende la recurrente, dado que todavía no se ha concretado la existencia de ninguna infracción. En el momento actual sólo se ha incoado un procedimiento sancionador respecto del cual la DC va a investigar la existencia de conductas prohibidas por el artículo 2 de la LDC y el artículo 102 del TFUE, a través de las siguientes prácticas en los mercados de gestión de los derechos de propiedad intelectual de autores y editores de obras audiovisuales y de obras musicales y de concesión de autorizaciones y remuneración de los derechos de autor por la reproducción y comunicación pública de obras musicales y audiovisuales:

- I. Posible abuso de posición de dominio consistente en el diseño y aplicación de tarifas por disponibilidad en los mercados de televisión y radio.
- II. Posible abuso de posición de dominio al licenciar a los usuarios, con carácter pretendidamente universal, el repertorio que gestiona.

Por tanto, las conductas analizadas en el expediente S/0641/18, son distintas de las que fueron analizadas en el expediente S/DC/0590/16.

Como bien señala la DC, tampoco puede ser compartida la afirmación de SGAE relativa a que “[...] *la misma apertura de un nuevo procedimiento sancionador vulnera el principio non bis in ídem en su vertiente procesal [...] y se produce desde el momento en que se inicia un proceso sancionador por unos hechos sobre los que ya existe un proceso abierto o ya se ha pronunciado la Administración, expresa o implícitamente, excluyendo que presenten carácter de infracción (como en nuestro caso ha sucedido)*”.

Igualmente, debe rechazarse la alegación de la recurrente según la cual “*la única conclusión que en Derecho puede desprenderse de la no inclusión de las conductas denunciadas en el Acuerdo de Incoación ni en el PCH, la PR y la Resolución final del expediente S/DC/0590/16 es que en su momento fueron analizadas por el órgano competente y se descartó que pudieran ser constitutivas de infracción.*”

El acuerdo de deducción de testimonio de 15 de octubre de 2018 y la Propuesta de Resolución del expediente S/DC/0590/16, así como la respuesta de la DC a las alegaciones de UNISON y DAMA detallaron cómo ciertas conductas serían objeto de análisis en el marco de las diligencias previas abiertas bajo la referencia S/0641/18, con el reconocido objeto de “*determinar si estas otras*

conductas mencionadas en dichas denuncias constituyen indicios de una infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia". No ha habido, por tanto, exclusión del carácter de infracción de esas prácticas denunciadas ni expresamente, puesto que no se incoaron y luego archivaron, ni implícitamente, puesto que se dedujo testimonio por la DC para su ulterior investigación.

En cuanto a la **vertiente material** del principio de non bis in idem, aun en el supuesto de que el expediente sancionador iniciado el 18 de enero de 2022 resultara en una resolución sancionadora frente a SGAE, tampoco lo sería por los mismos hechos y fundamento que en el caso de la resolución del expediente S/DC/0590/16.

SGAE ha sido sancionada por la autoridad de competencia española en previos expedientes (no sólo en el S/DC/0590/16), siempre por infracciones del artículo 2 LDC y del artículo 102 TFUE, pero en cada uno de ellos, naturalmente, conforme a premisas fácticas y jurídicas diversas, en función de las distintas conductas analizadas, sin que la incoación de un nuevo procedimiento, en este caso el tramitado bajo la referencia S/0641/18, permita concluir directamente que nos encontramos ante un supuesto de bis in ídem con relación al S/DC/0590/16.

Respecto de la alegación genérica de SGAE respecto de que el acuerdo impugnado vulnera su **derecho a la defensa**, cabe subrayar que el acuerdo de incoación de 18 de enero de 2022 se limita a iniciar formalmente la tramitación del expediente S/DC/0641/18, expediente al que SGAE ha tenido acceso el 21 de enero de 2022, y que SGAE podrá alegar lo que estime oportuno a lo largo del mismo, así como proponer la prueba que considere apropiada, para la mejor defensa de sus derechos e intereses legítimos, por lo que el motivo no puede ser acogido por esta Sala de Competencia.

2.2. Ausencia de perjuicio irreparable.

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC para que pudiera prosperar el recurso, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende que es "*aquel que provoque 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).

En el presente caso, el acuerdo de incoación de 18 de enero de 2022, objeto de recurso, no tiene la capacidad para producir un perjuicio irreparable a la recurrente, dado que se trata de un acto de trámite ajustado a Derecho, que no

prejuzga el resultado final del procedimiento, ni es susceptible de producir indefensión.

En este sentido, tal y como señaló la extinta CNC en su Resolución de 2 de febrero de 2010 (Expte. R/0032/09, TRANSITARIOS 6) y ha sido recogido en resoluciones posteriores:

“[...] 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.”

Por tanto, habiéndose constado que el acuerdo de la DC de 18 de enero de 2022 de incoación de expediente sancionador S/ 0641/18 constituye un mero de acto de trámite no recurrible por no ser capaz de producir por sí mismo indefensión o perjuicio irreparable, por cuanto que el mismo no decide sobre el fondo del asunto, ni tiene contenido sancionador, además de no impedir a la recurrente ejercer ulteriormente su derecho de defensa, cabe desestimar el recurso interpuesto por la SGAE, al no reunir los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC.

En coherencia con lo anterior, esta Sala considera que no se dan en este caso ninguno de los requisitos para la adopción de las medidas cautelares contempladas en los artículos 54 de la LDC, 40 del RDC o, subsidiariamente, en el artículo 117 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, toda vez que no se ha acreditado el perjuicio inmediato que podría derivarse de la ejecución del acuerdo recurrido, ni existe derecho de defensa susceptible de ser lesionado por el acuerdo recurrido, ni existe violación alguna del principio *non bis in idem*.

En su virtud, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

III RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el recurso presentado por la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES EDITORES (SGAE), contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de fecha 18 de enero de 2022, de incoación de expediente sancionador.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese al interesado, 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 el día siguiente al de su notificación.