



Roj: **SAN 1979/2023 - ECLI:ES:AN:2023:1979**

Id Cendoj: **28079230062023100245**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **13/04/2023**

Nº de Recurso: **1/2021**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Derechos Fundamentales**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000001 /2021

Tipo de Recurso: DERECHOS FUNDAMENTALES

Núm. Registro General: 9210/2021

Demandante: SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES

Procurador: D. MANUEL DÍAZ ALFONSO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidenta:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

Madrid, a trece de abril de dos mil veintitrés.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **1/2021**, interpuesto con arreglo a los tramites del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, promovido por el Procurador D. Manuel Díaz Alfonso que actúa en nombre y en representación de la **SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES**, contra la resolución dictada en fecha 6 de abril de 2021 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que acuerda inadmitir el recurso interpuesto contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de 26 de febrero de 2021 adoptado en el marco de la información reservada S/0641/18 por el que se le requiere para que aporte determinada información de conformidad con el artículo 39 de la LDC. Ha sido parte en autos la Administración demandada representada y defendida por el Abogado del Estado, así como el Ministerio Fiscal.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que dicte sentencia *"por la que estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta representación, anulando la actuación investigadora; e imponga en todo caso el pago de las costas a la Administración en virtud de lo dispuesto en el artículo 139 LJCA "*.

SEGUNDO. Tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal presentan sus respectivos escritos de contestación a la demanda mediante escritos en los que suplican se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

TERCERO. Posteriormente se declararon conclusas las presentes actuaciones y quedaron pendientes para votación y fallo.

CUARTO. Para votación y fallo del presente proceso se señaló para el día 22 de marzo de 2023 designándose ponente a la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Berta Santillán Pedrosa quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el presente recurso contencioso-administrativo la entidad recurrente SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (en adelante, SGAE) impugna la resolución dictada en fecha 6 de abril de 2021 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que acuerda inadmitir el recurso interpuesto al amparo del artículo 47 de la Ley de Defensa de la Competencia contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia adoptado en fecha 26 de febrero de 2021, en el marco de la información reservada S/0641/18, por el que se requiere a la SGAE para que aporte determinada información de conformidad con el artículo 39 de la LDC tal como:

"1. Detalle el proceso de reparto de pagos semestral a los socios titulares de derechos audiovisuales, incluyendo la tecnología y medios empleados para llevarlo a cabo.

2. Aporte información sobre las liquidaciones de 2018, 2019 y 2020 de aquellos socios titulares de derechos audiovisuales que, a lo largo de dicha franja temporal hayan dejado de pertenecer a la SGAE. Indique asimismo si, tras la baja de dichos autores en SGAE, esta entidad ha seguido recaudando por las emisiones de obras de los mismos en el periodo transcurrido entre la solicitud de dicha baja y la baja efectiva y explique cómo les ha efectuado el reparto correspondiente. Aporte la documentación pertinente al respecto.

3. Aporte el modelo de contrato de gestión empleado en la actualidad.

4. Detalle de forma pormenorizada el estado, proceso de negociación y desglose en componentes del importe de las tarifas actuales (por disponibilidad y por uso efectivo) asociadas a la remuneración de la comunicación pública de obras audiovisuales por emisoras de televisión.

5. Describa con el mismo grado de detalle del apartado anterior las reglas de reparto aplicadas a esos ingresos obtenidos por la recaudación de dichas tarifas. Sobre este aspecto, indique, de existir, el desglose en la facturación. Señale asimismo si SGAE es también la entidad encargada de recaudar derechos gestionados por otras entidades de gestión, y en dicho caso, qué directrices aplica en lo que respecta a esa parte de la recaudación.

6. En sus contratos con operadores televisivos, ¿ha incluido algún tipo de cláusula que contemple la obligación de resarcir al usuario licenciado por las cantidades que ya hubiera abonado a otra entidad por la utilización de derechos gestionados por esta, pero aplicando sus propias tarifas y normas de reparto, como si el autor estuviera gestionado por SGAE? En caso afirmativo, reproduzca, indique en qué contratos se ha utilizado y si continúa estando en vigor.

7. En lo que respecta al sistema de tarifas por uso efectivo correspondiente a los derechos de remuneración por actos de comunicación pública de las obras audiovisuales, detalle el funcionamiento del mismo. En este sentido, haga referencia a las clasificaciones y baremos establecidos para medir el uso efectivo, justificando el empleo de los mismos. Indique asimismo si ha aplicado en la práctica este sistema, a qué usuario y en qué periodo.

8. Describa de forma pormenorizada el tratamiento tarifario y de reparto dispensado por SGAE a las obras de pequeño derecho no audiovisual (videoclips). Indique si SGAE asigna a cada tipo de obra una puntuación diferente que se aplica a las cantidades recaudadas con objeto de establecer un sistema de reparto de derechos. En caso afirmativo, justifique el método empleado a la hora de asignar dichos puntos a las distintas modalidades de obras.



9. Aporte una descripción del sistema de primas por estreno, indicando y justificando el criterio de percepción de las mismas.

10. Explique de forma detallada el funcionamiento, componentes y destino del denominado "Fondo Audiovisual". Aporte asimismo la documentación en la que aparezca de forma cuantificada la aplicación de dicho Fondo.

11. Indique si, conforme a las nuevas modificaciones introducidas por la última actualización de la Ley de Propiedad Intelectual Española aprobadas por la ley 2/2019, de 1 de marzo, la entidad ha propuesto alguna reforma, y si algunas aprobadas a nivel interno no han sido aceptadas por el Ministerio de Cultura y Deporte, según lo establecido en la Resolución dictada por este el 22 de mayo de 2020 relativa a la solicitud de modificación y aprobación de los Estatutos aprobada por la Asamblea General en enero de 2020. En caso afirmativo, descríbalas. A este respecto, describa en su caso, el estado de las negociaciones en estos momentos, así como las previsiones en términos de modificación de los mismos, con especial referencia al Título I de los mismos. Asimismo, indique si a raíz de la prevista modificación y aprobación de unos nuevos Estatutos, tiene la SGAE intención de modificar el actual modelo de contrato de gestión en aras de adaptarlo a los mismos".

La resolución aquí impugnada inadmite el recurso administrativo interpuesto por la SGAE al amparo del artículo 47 de la LDC contra el citado requerimiento de información y justifica su decisión sosteniendo:

"Así, a la vista del concreto objeto del recurso, y siguiendo la doctrina que se deriva de la mencionada STS 679/2020, se puede afirmar que el requerimiento de información recurrido no es un acto de terminación del procedimiento, sino un acto de trámite dictado en el marco de una información reservada sin que, al momento, se haya incoado siquiera expediente sancionador alguno contra la recurrente, y cuyas consecuencias serían, en todo caso, relevantes cuando se dicte una resolución sancionadora que, en la actualidad, es un hecho meramente hipotético y futuro.

Por ello, esta Sala entiende que no estamos ante un acto de trámite que decida directa o indirectamente sobre el fondo del asunto, sino que se trata de un acto instrumental o de preparación, que tiene por finalidad determinar con carácter preliminar si concurren o no las circunstancias que justifiquen la incoación, en su caso, de un expediente sancionador, tal y como señala el artículo 49.2. de la LDC, a los efectos de preparar o hacer posible una posterior decisión final o de fondo sobre los hechos investigados.

(...)

De conformidad con lo expuesto en el apartado anterior y tratándose, en todo caso, de un mero acto de trámite no recurrible por vía el artículo 47 de la LDC, para que pudiera admitirse el recurso de la SGAE contra el requerimiento de información de 26 de febrero de 2021, la recurrente debería, además, haber acreditado la concurrencia de alguna de las circunstancias en las que la LDC ha previsto la posibilidad de impugnar un acto de trámite, esto es: "que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos".

Al respecto, la SGAE alega en su escrito de recurso la existencia de indefensión material en la medida en que la Dirección de Competencia habría infringido sus derechos fundamentales a no sufrir un doble enjuiciamiento (non bis in ídem), y a un proceso con todas las garantías y el derecho a la defensa.

Así, sobre la argumentación relativa a la existencia de indefensión derivada de un supuesto doble enjuiciamiento, cabe destacar que el requerimiento de información objeto del recurso se ha realizado en el marco de una información reservada actualmente en trámite y no en el de un procedimiento sancionador incoado, por lo que resulta insostenible defender la vulneración del principio non bis in ídem sobre la base de la concurrencia de sujeto, hecho y fundamento en trance de enjuiciamiento cuando, ni siquiera, se ha fijado por el órgano instructor los hechos en los que se basa la incoación, que no tienen por qué limitarse al contenido de los escritos aportados por el denunciante, los sujetos incoados o los fundamentos normativos supuestamente vulnerados.

Lo mismo cabe afirmar en relación con la supuesta vulneración del derecho de defensa de la SGAE basado en que adoptó una estrategia de defensa y formuló alegaciones en el expediente S/DC/0590/16 tomando como base las supuestas infracciones por las que, en su caso, podría ser sancionada, que eran las que figuraban en el acuerdo de incoación y en el pliego de concreción de hechos de dicho procedimiento y no con base en los restantes hechos que figuraban en las denuncias de DAMA y UNISON. Al respecto, no puede sostenerse tal argumentación toda vez que nos encontramos en una fase muy prematura del procedimiento, ubicada en el marco de una información reservada, en la que, se reitera, aún no se han delimitado los hechos, sujetos ni fundamentos objeto de enjuiciamiento. Por tanto, no puede sostenerse que se hayan alterado los hechos objeto del procedimiento vulnerando el derecho de defensa de la SGAE cuando no ha habido incoación ni se han fijado los hechos en el pliego de concreción de hechos respectivo.

(...)

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).

Aunque en el presente caso la recurrente no alude en su recurso a la concurrencia de dicho requisito, es necesario traer a colación la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de marzo de 2016 (asunto C-248/14 P, Schwenk Zement KG contra Comisión Europea) donde se analizan los elementos esenciales de motivación que los requerimientos de información dictados por la Comisión deben cumplir para justificar su necesidad en el marco de un procedimiento sancionador. Al respecto, señala:

"20. [...] conviene recordar que, según jurisprudencia consolidada, la motivación de los actos de las instituciones de la Unión exigida por el artículo 296 TFUE debe adaptarse a la naturaleza del acto de que se trate y deberá evidenciar de forma clara e inequívoca el razonamiento de la institución autora del acto, a fin de permitir que los interesados conozcan la justificación de la medida adoptada y que el tribunal competente ejerza su control. La exigencia de motivación debe apreciarse a la luz de todas las circunstancias del caso, en particular del contenido del acto, de la naturaleza de los motivos invocados y del interés que los destinatarios del acto u otras personas directa e individualmente afectadas por éste pueden tener en recibir las explicaciones oportunas. [...]"

23. [...] Esta obligación de motivación concreta constituye un requisito fundamental no solo desde el punto de vista de la justificación de la solicitud de información, sino también para que las empresas interesadas comprendan el alcance de su deber de colaboración y, al mismo tiempo, preserven sus derechos de defensa (véanse, por analogía, en lo que respecta a las decisiones de inspección, las sentencias en los asuntos Dow Chemical Ibérica y otros /Comisión, 97/87 a 99/87, EU: C: 1989: 380, apartado 26; Roquette Frères, C - 94/00, EU: C: 2002: 603, punto 47; Nexans y Nexans Francia/Comisión, C - 37/13 P, EU: C: 2014: 2030, punto 34, y Deutsche Bahn y otros/Comisión, C - 583/13 P, EU: C: 2015: 404, apartado 56)."

En el presente caso, la solicitud de información objeto del recurso constituye una medida de investigación utilizada en el marco de una información reservada con el único objeto de permitir a la Dirección de Competencia recopilar cierta información y la documentación necesaria para verificar la realidad y el alcance de una determinada situación de hecho identificada en el propio requerimiento. Así, el requerimiento de información recurrido dedica los primeros 8 folios a desglosar el contenido de las denuncias de UNISON y DAMA, aclarando posteriormente que en el marco de la información reservada en trámite "[...] se determinará, con carácter preliminar, si, teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, concurren las circunstancias que justifiquen la incoación de un expediente sancionador, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.2 de la LDC, siendo las conductas a analizar por esta Dirección de Competencia en el marco de la misma las que no lo fueron en su día en el marco del expediente S/DC/0590/16".

En cuanto a la obligación de indicar el objeto de la solicitud, la STJUE es clara cuando indica que "24. [...] la Comisión debe indicar el objeto de su investigación en su solicitud, y por lo tanto identificar la presunta infracción de las normas de competencia (ver, al efecto, SEP/ Sentencia de la Comisión, C - 36/92 P, EU: C:1994: 205, apartado 21)" pero aclarando que "25. [...] no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de solicitud de información toda la información que posea en relación con las presuntas infracciones, ni a realizar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, siempre que indique claramente las sospechas que pretende verificar (véase, por analogía, Nexans y Nexans Francia/Comisión, C - 37/13 P, EU: C: 2014: 2030, apartado 35 y jurisprudencia citada)."

Por todo lo anterior, esta Sala tampoco aprecia la existencia de un perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos derivados del requerimiento de información recurrido, toda vez que contiene y cumple con los elementos esenciales de toda solicitud de información, a saber, indica su base jurídica, aclara el objeto de la solicitud y precisa la información solicitada y el plazo en que debe aportarse, permitiendo así a la recurrente conocer su justificación y necesidad y, en su caso, al tribunal competente ejercer el control jurisdiccional.

Por tanto, habiendo constado que el requerimiento de información de la Dirección de Competencia de 26 de febrero de 2021 constituye un mero acto de trámite no recurrible por no ser capaz de producir por sí mismo indefensión, por cuanto que el mismo no decide sobre el fondo del asunto, no tiene contenido sancionador dado que no prejuzga y se encuentra en el marco de una información reservada, además de no impedir a la recurrente ejercer ulteriormente su derecho de defensa, cabe inadmitir el recurso interpuesto por la SGAE".

SEGUNDO. En el escrito de demanda presentado por la entidad recurrente, SGAE, se solicita la nulidad de la resolución administrativa impugnada porque entiende que la resolución dictada en fecha 26 de febrero de 2021 por la Dirección de Competencia es un acto de trámite cualificado que le causa indefensión así como perjuicios irreparables a sus derechos e intereses legítimos porque vulnera derechos fundamentales tales como (i) el derecho a no sufrir un doble enjuiciamiento (non bis in ídem) incardinado en el derecho a la legalidad del



artículo 25.1 de la CE y a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE y (ii) el derecho a la defensa establecido en el artículo 24.2 de la CE.

En este sentido, refiere que la CNMC ya había iniciado una investigación contra la SGAE a raíz de dos denuncias presentadas en el año 2016 por las entidades DAMA y UNISON que dieron lugar a la incoación del expediente sancionador S/DC/0590/16 DAMA VS SGAE por abuso de posición de dominio - conducta prohibida en el artículo 2 de la LDC y artículo 102 del TFUE-. Expediente sancionador que finalizó con resolución sancionadora dictada en fecha 30 de mayo de 2019 por la que se impuso a la SGAE una sanción de multa por importe de 2.949.660 euros por abuso de posición de dominio por (i) las condiciones estatutarias y contractuales en la gestión de los derechos de propiedad intelectual y (ii) las tarifas por el uso de derechos de autor en establecimientos de hospedaje y restauración. La recurrente señala que, aunque ya se había dictado resolución sancionadora, la Dirección de Competencia en fecha 15 de octubre de 2018 acordó desglosar determinada documentación del citado expediente sancionador para comprobar si existían otras conductas incardinables en comportamientos anticompetitivos y es en el marco de esa nueva información reservada -S/0641/18- cuando la Dirección de Competencia le requiere la aportación de determinada documentación que, a su juicio, supone la vulneración del principio non bis in ídem porque está iniciando una investigación paralela a la que ya se siguió en el expediente S/DC/0590/16 respecto de la misma entidad, respecto de las mismas prácticas denunciadas y respecto de la misma infracción como es el abuso de posición de dominio.

En esta línea, sostiene que el principio non bis in ídem no solo constituye una garantía de naturaleza material que prohíbe la doble sanción del mismo hecho, sino que también comprende una garantía procesal que impide el doble enjuiciamiento. Y, en este caso, expone que los hechos sobre los cuales la Dirección de Competencia pretende abrir un nuevo procedimiento son exactamente los mismos que ya se analizaron en el anterior expediente sancionador S/DC/0590/16 DAMA VS SGAE.

Por otra parte, afirma que el derecho de defensa prohíbe que transcurrido un largo tiempo la Dirección de Competencia repase de nuevo las denuncias y comience un nuevo proceso de investigación sobre prácticas que ya habían sido investigadas en el expediente finalizado en 2019.

TERCERO. En este proceso que se ha seguido por los tramites del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona ha presentado escrito de contestación a la demanda el Ministerio Fiscal en el que solicita que se desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

Señala que la resolución dictada en fecha 26 de febrero de 2021 por la Dirección de Competencia por la que se requiere a la entidad recurrente la aportación de diversa información, en el marco de la información reservada S70641/18, no vulnera el principio de legalidad del artículo 25.1 de la CE en su vertiente funcional de doble enjuiciamiento (non bis in ídem) ni tampoco vulnera los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías ni el de defensa (artículo 24.2 de la CE) por cuanto que se trata de una potestad prevista por una norma con rango de Ley (art. 49.2 LDC) y, además, no se ha dictado en el curso de un procedimiento administrativo sancionador toda vez que ni siquiera consta que se haya llegado a incoar procedimiento sancionador.

CUARTO. Asimismo, el Abogado del Estado ha presentado escrito de contestación a la demanda solicitando la desestimación del recurso contencioso-administrativo. Y ello en virtud de las siguientes consideraciones.

Destaca que el artículo 47 de la LDC no abre la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones que siendo de tramite se les impute haber causado indefensión o perjuicios irreparables a derechos e intereses legítimos. Y, en el presente caso, el recurso se interpuso frente al acuerdo de la Dirección de Competencia de 26 de febrero de 2021 que, en el marco de la información reservada S/0641/18 y de conformidad con el artículo 39.1 de la LDC, requirió a la SGAE para que aportase determinada información en el plazo de 15 días con el objeto de determinar, con carácter preliminar, si las conductas denunciadas por DAMA y UNISON constituían indicios de infracción de la LDC. Acuerdo de requerimiento que, según expone el Abogado del Estado, es un acto de tramite no recurrible y por ello es conforme con las exigencias previstas en el artículo 47 de la LDC la inadmisión acordada por la resolución dictada en fecha 6 de abril de 2021 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que se ha impugnado ahora en este proceso. Finaliza diciendo que, por ello, no es posible analizar si el acuerdo de la Dirección de Competencia, por el que se requiere a la SGAE para que aporte determinada documentación, ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por la actora cuando ni siquiera se ha acordado la incoación de un nuevo expediente sancionador sino que el requerimiento se ha efectuado en el marco de una información reservada por lo que no se han fijado por el órgano instructor ni los hechos en los que se basaría la eventual incoación, ni los sujetos ni los fundamentos objeto de enjuiciamiento a los efectos de apreciar la triple identidad invocada por la actora.



QUINTO. Centrado el objeto de debate corresponde a esta Sala analizar si es conforme con el ordenamiento jurídico la resolución impugnada dictada en fecha 6 de abril de 2021 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en cuanto que ha acordado inadmitir el recurso administrativo interpuesto por la SGAE al amparo del artículo 47 de la LDC contra la resolución dictada en fecha 26 de febrero de 2021 por la Dirección de Competencia que, en el marco de una información reservada -S/0641/18-, le ha requerido para que aporte determinada documentación en atención a las denuncias presentadas en el año 2016 por las entidades DAMA y UNISON.

El artículo 47 de la LDC que regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por el órgano de instrucción de la Autoridad de Competencia, dispone que: *"Las resoluciones y actos 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"*.

La discrepancia entre las partes afecta a la concurrencia o no de los requisitos exigidos en el citado artículo 47 de la LDC. La CNMC ha inadmitido el referido recurso porque ha entendido que el Acuerdo de la Dirección de Competencia de 26 de febrero de 2021 impugnado no ha causado ni indefensión ni perjuicios irreparables a los derechos e intereses legítimos de la recurrente. Criterio que la recurrente no comparte porque considera que si se le han ocasionado perjuicios irreparables por cuanto que el Acuerdo de la Dirección de Competencia impugnado vulnera derechos fundamentales tales como el derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 de la CE) en su vertiente de non bis in ídem, así como el derecho de defensa previsto en el artículo 24.2 de la CE.

El Tribunal Supremo ha indicado en las sentencias dictadas en fecha 21 de noviembre de 2014 y 30 de septiembre de 2016, entre otras, que el citado artículo 47 de la LDC *"no abre 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"*. Y, según refiere el Tribunal Supremo, *"no es que el enjuiciamiento de tales actos y resoluciones quede así impedido sino simplemente, como sucede con el resto de los actos de tramite o de instrucción de los procedimientos sancionadores, diferido al momento en que recaiga la decisión final del procedimiento. Sera entonces cuando la parte pueda invocar cualquier motivo de nulidad de las resoluciones finales por derivar de actos previos viciados"*.

Por tanto, debemos examinar si el requerimiento de información adoptado por la Dirección de Competencia en el marco de una información reservada ocasiona indefensión o perjuicios irreparables a los derechos e intereses legítimos de la entidad recurrente por cuanto que son los únicos supuestos que de acuerdo con el artículo 47 de la LDC permiten la impugnación de los actos de tramite adoptados por la Dirección de Competencia.

Esta Sala anticipa ya la desestimación del recurso contencioso-administrativo porque entendemos que el Acuerdo de la Dirección de Competencia de 26 de febrero de 2021 por el que, en el marco de una información reservada, requiere información a la SGAE no le ha causado ni indefensión ni perjuicios irreparables a sus derechos e intereses legítimos. Para ello acudiremos a los fundamentos de derecho recogidos en las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en fecha 15 de junio de 2022 (rec. casación nº 3358/2020) y 28 de octubre de 2022 (rec. casación nº 899/2021) que han desestimado los recursos de casación interpuestos por la SGAE contra los autos dictados por esta misma Sección que inadmitieron los recursos contenciosos-administrativos interpuestos contra la resolución de la Dirección de Competencia de 15 de octubre de 2018 por la que se acordó la incorporación a un nuevo expediente -S/0641/18- de la información obrante en otro, en el S/DC/0590/16. Acuerdo que, tanto esta Sala como el Tribunal Supremo, han entendido que no era impugnabile al amparo del artículo 47 de la LDC porque no causaba ni indefensión ni perjuicios irreparables a los derechos e intereses de la recurrente toda vez que ese acuerdo no implicaba ni la incoación de un nuevo procedimiento sancionador ni una concreción de hechos imputados por lo que era imposible analizar la alegación de vulneración del principio non bis in ídem que invocaba la SGAE en apoyo de su recurso. Y los argumentos jurídicos recogidos en las citadas sentencias del Tribunal Supremo son aplicables para rechazar ahora la admisibilidad del recurso interpuesto por la SGAE, al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el acuerdo de la Dirección de Competencia que requiere a la SGAE la aportación de documentación en el marco de la información reservada S/0641/18 iniciada a raíz del acuerdo de la Dirección de Competencia de 15 de octubre de 2018 que ordenaba la incorporación a un nuevo expediente de determinada información obrante en el expediente sancionador S/DC/0590/16. En ambos casos, los acuerdos de la Dirección de Competencia se han adoptado cuando aún no se había acordado la incoación de un nuevo procedimiento sancionador contra la SGAE y es esa la clave que ha llevado al Tribunal Supremo en las sentencias citadas a declarar inadmisibile el recurso interpuesto precisamente contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 15 de octubre de 2018.

Concretamente, el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 15 de junio de 2022 (recurso casación nº 3358/2020) señala:



"SÉPTIMO. Abordando ya el tema litigioso, conviene dejar claramente establecida una premisa: la cuestión a dilucidar en esta sede es si el acuerdo de la CNMC de 15 de octubre de 2018 puede y debe caracterizarse como acto de trámite cualificado. No es -al menos, no primariamente- determinar si, al iniciar un segundo procedimiento sancionador mediante dicha decisión, la CNMC infringió el principio non bis in ídem en su faceta procesal.

Sentado lo anterior, de conformidad con el art. 25 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, los actos administrativos de trámite pueden ser objeto de recurso contencioso-administrativo si "deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos". Y no es ocioso recordar que la imposibilidad de interponer recurso contencioso-administrativo contra un acto administrativo de trámite no significa que éste no pueda ser combatido: significa tan sólo que habrá de serlo al impugnar el acto que ponga fin al correspondiente procedimiento administrativo. En otras palabras, los vicios de los actos administrativos de trámite pueden determinar la invalidez de la resolución o acuerdo final. Lo contrario, como es obvio, abriría la puerta a innumerables obstáculos en los procedimientos administrativos, con el riesgo de que éstos se prolongasen interminablemente.

El problema es, así, si el presente caso es subsumible en alguno de los supuestos arriba enumerados en que excepcionalmente cabe interponer recurso contencioso-administrativo contra un acto administrativo de trámite. Es evidente que el acuerdo de la CNMC de 15 de octubre de 2018 no decide directa o indirectamente el fondo del asunto, ni determina la imposibilidad de seguir el procedimiento. El único supuesto que cabría considerar es el relativo a la indefensión. Es en esto, como se vio más arriba, en lo que la recurrente insiste.

Ahora bien, sucede que la recurrente no precisa en qué consistiría la indefensión que le ocasiona la iniciación de un segundo procedimiento sancionador por los mismos hechos, ni menos aún demuestra que dicha indefensión sea irreparable. Ciertamente, la iniciación de un segundo procedimiento sancionador no le favorece y, sin duda, le resulta engorrosa; pero de aquí no se desprende que le produzca una merma significativa de sus posibilidades de defensa, en ninguno de los dos procedimientos sancionadores. En el curso de ambos, podrá combatir aquellas pruebas que considere ilícitamente obtenidas, así como alegar lo que estime conveniente sobre la valoración de los hechos y sobre la calificación jurídica de los mismos. Dicho de otro modo, sin identificar con precisión dónde reside la causa de indefensión irreparable no cabe sostener que concurre el supuesto determinante de la existencia de un acto de trámite cualificado. Y el discurso de la recurrente, en este aspecto, ha sido siempre decididamente genérico; algo que casa mal con la necesidad, que ella misma reconoce, de tener en cuenta las concretas características del caso para determinar si un acto administrativo de trámite es cualificado. La conclusión de todo ello es que, con los datos de que disponía, la Sala de instancia no podía considerar que el acuerdo de la CNMC de 15 de octubre de 2018 fuera un acto de trámite cualificado. Y tampoco esta Sala tiene ahora elementos para decir otra cosa. El auto impugnado es, así, ajustado a Derecho.

OCTAVO. Es importante, llegados a este punto, hacer una aclaración: que sea inadmisibile el recurso contencioso-administrativo contra la decisión de la CNMC de incorporar la información recogida en el procedimiento sancionador S/DC/0590/16 al nuevo procedimiento sancionador S/DC/0641/18, seguido por los mismos hechos frente la SGAE, no significa necesariamente que dicha decisión sea ajustada a Derecho. Esto es algo que, llegado el caso, habrá de ventilarse en el recurso contencioso-administrativo que pueda interponerse contra la resolución final de esos procedimientos sancionadores.

Más aún, esta Sala no afirma ni niega que el principio non bis in ídem pueda tener relevancia en un recurso contencioso-administrativo donde se discuta sobre el fondo del asunto. Baste señalar ahora que, en todo caso, ninguno de los dos procedimientos sancionadores había sido resuelto en el momento en que la SGAE interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de la CNMC de 15 de octubre de 2018. Este dato reviste cierta importancia, porque indica que -tal como estaban las cosas en aquel momento- no hay una apariencia inequívoca de vulneración del principio non bis in ídem en su faceta procesal: es criterio del Tribunal Constitucional que, para que entre en juego dicho principio, es necesaria la existencia de una sentencia (condenatoria o absolutoria) firme. El art. 4 del Protocolo nº 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos lo dice expresamente: "Nadie podrá ser inculcado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado."

Esto vale igualmente para las sanciones administrativas. Así, sostener que el principio non bis in ídem en su faceta procesal puede regir también en ausencia de resolución firme exigiría una argumentación adicional, que en este caso no se ha hecho".

La concurrencia de esta triple identidad solo es posible comprobarla una vez iniciado el segundo procedimiento, cuando se conozcan los hechos que se persiguen y la infracción que se imputa. Pero el acuerdo por el que se ordena deducir testimonio de unos documentos no permite conocer que hechos serán perseguidos en el



segundo expediente y eventualmente la infracción que se dirigirá, caso de producirse dicha imputación, contra la sociedad recurrente.

La pretendida indefensión derivaría a juicio de la entidad recurrente de un supuesto doble enjuiciamiento de los mismos hechos que fueron objeto de un procedimiento anterior y por la misma infracción, pero ello implica anticipar un pronunciamiento que no es posible imputar al acto impugnado y que no es posible analizar atendiendo a los elementos de juicio disponibles cuando se adopta el acuerdo impugnado.

Es tras el pliego de concreción de hechos, donde se recogen los hechos que puedan ser constitutivos de infracción, tal y como dispone el art. 50.3 de la Ley 15/2007, de Defensa de la competencia y el art. 33 del RD 26/2008, de 22 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, cuando será posible afirmar si los hechos perseguidos en ambos expedientes son los mismos y solo tras conocer la infracción que se le imputa si existe una coincidencia en su fundamento jurídico.

Y será en ese segundo expediente donde la parte pueda alegar lo que estime conveniente en su defensa, incluida la vulneración del principio ne bis in ídem.

Tal y como afirma la sentencia, es prematuro que se invoque cualquier vulneración del principio non bis in ídem cuando lo que se impugna es el acuerdo administrativo por el que se deduce testimonio de determinados documentos para que se valore si determinadas conductas, no perseguidas hasta ese momento en el primer expediente, pudieran ser constitutivas de infracción.

La sociedad recurrente mantiene intacta su posibilidad de defensa en el nuevo procedimiento incluyendo la posibilidad de aducir la infracción de dicho principio si entendiéndose que concurre la triple identidad antes aludida.

Tampoco se aprecia que el acto impugnado le cause un perjuicio irreparable por el hecho de que existan varios expedientes paralelos contra la misma entidad, con tal de que se respete el principio non bis in ídem antes aludido, pues es perfectamente posible iniciar varios expedientes sancionadores contra una misma entidad por hechos e infracciones distintas y la entidad imputada tendrá que articular los medios de defensa que considere necesarios en cada uno de ellos sin que ello vulnere en absoluto su derecho de defensa.

Y finalmente, tampoco se considera que dicho acuerdo le genera un perjuicio irreparable, pues como tal no puede tenerse, a los efectos de su consideración como un acto de tramite cualificado que permita una impugnación autónoma, el tener que dedicar recursos económicos diferentes para su defensa.

Por todo ello, procede confirmar el Auto impugnado al considerar que el Acuerdo de la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 15 de octubre de 2018 en el que se decidió deducir testimonio de determinados documentos de un expediente sancionador para incorporarlos a otro concediendo a las partes un plazo para alegaciones, es un acto administrativo instrumental de trámite que no reúne los requisitos para ser considerado un acto de tramite cualificado que permita una impugnación autónoma. Por ello, se considera conforme a derecho la decisión de inadmitir el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Sociedad General de Autores y Editores".

Todo ello nos lleva a desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la SEGA por cuanto que es conforme con el ordenamiento jurídico la resolución impugnada dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que inadmite el recurso interpuesto contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de 26 de febrero de 2021 por el que se requiere a la SGAE la aportación de determinada documentación en el marco de una información reservada. Y ello porque este requerimiento no es un acto de tramite cualificado que pueda tener una impugnación autónoma de la resolución sancionadora que, en su caso, pueda dictarse ya que no es mas que un acto instrumental que por sí solo no ocasiona indefensión ni vulnera los derechos fundamentales invocado por la recurrente como son el principio de legalidad sancionadora - artículo 25 de la CE- y el derecho de defensa - artículo 24.2 de la CE-.

SEXTO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede imponer a la parte recurrente las costas procesales causadas en esta instancia toda vez que se ha desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo nº **1/2021**, interpuesto con arreglo al procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona y promovido por el Procurador D. Manuel Díaz Alfonso que actúa en nombre y en representación de la **SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES**, contra la resolución dictada en fecha 6 de abril de 2021 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por la que se inadmitió el recurso interpuesto contra el Acuerdo



de la Dirección de Competencia de 26 de febrero de 2021 adoptado en el marco de la información reservada S/0641/18. Resolución que confirmamos porque entendemos que es conforme con el ordenamiento jurídico.

Se imponen a la recurrente las costas procesales causadas en esta instancia.

Así por esta nuestra Sentencia, que se **notificará** en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y contra la que cabe recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días debiendo acreditarse en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ