

RESOLUCION
(Expte. R/0071/11, AISGE 2)

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 30 de junio de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0071/11, AISGE 2, por la que se resuelve el recurso administrativo contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación, de fecha 16 de marzo de 2011, de denegación del inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente S/0208/09.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 24 de marzo de 2010, la Dirección de Investigación (DI), de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.1 de la LDC, acordó la incoación de expediente sancionador contra ARTISTAS INTÉRPRETES SOCIEDAD DE GESTIÓN (AISGE), por existir indicios racionales de la comisión de una infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE, consistentes en la realización de diversas prácticas tendentes a la aplicación de tarifas excesivas, desproporcionadas y abusivas.
2. Con fecha 25 de febrero de 2011, la DI, en virtud de lo previsto en el artículo 33. 1 del Real decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), acordó cerrar la fase de instrucción del expediente, siendo notificado a los interesados ese mismo día.
3. Con fecha 3 de marzo de 2011, se remitió mediante notificación administrativa a AISGE la Propuesta de Resolución dictada por la Dirección de Investigación el 2 de marzo de 2011. Esta notificación fue recibida el 4 de marzo de 2011.

4. Con fecha 3 de marzo de 2011, AISGE tomó vista del citado expediente solicitando y obteniendo copia de los folios 2379 a 954, folios que se corresponden con la propuesta de resolución.
5. El mismo 3 de marzo, tras acceder AISGE al expediente, tuvo entrada en la CNC escrito de la citada entidad solicitando el inicio de actuaciones tendentes a terminación convencional del expediente, de conformidad con lo previsto en los artículos 52 de la LDC y 30 RDC.
6. Con fecha 16 de marzo de 2011, la Directora de Investigación acordó no iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento. Dicho acuerdo fue notificado a las partes el 21 de marzo de 2011.
7. Con fecha 5 de abril de 2011, tuvo entrada en la CNC recurso de AISGE, al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el Acuerdo de 16 de marzo de 2011 de la Dirección de Investigación, solicitando se declare la nulidad de pleno derecho del mismo.
8. Con fecha 8 de abril de 2011, de acuerdo con lo previsto en el artículo 24 del RDC, la Dirección de Investigación remitió al Consejo de la CNC copia del expediente junto con su informe.
9. Con fecha 31 de mayo de 2011, tuvo entrada en el registro de la CNC escrito de alegaciones de los recurrentes.
10. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 8 de junio de 2011.
11. Es interesado ARTISTAS, INTÉRPRETES, SOCIEDAD DE GESTIÓN (AISGE).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso y pretensiones del recurrente.

Se promueve el presente recurso, 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 Investigación de fecha 16 de marzo de 2011, de denegación de inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente S/0208/09, por entender que el mismo origina indefensión a AISGE y provoca un perjuicio irreparable a sus derechos e intereses legítimos.

En su recurso, el recurrente solicita que el Consejo de la CNC dicte resolución por la que se acuerde la nulidad de pleno de derecho del Acuerdo de la DI, ordenando la retroacción de actuaciones al trámite inmediatamente anterior al

momento en que se produjo el acto nulo. Asimismo solicitan que se suspenda el plazo máximo de resolución del procedimiento sancionador hasta que se resuelva el recurso interpuesto.

La anterior solicitud se justifica en los siguientes argumentos jurídicos:

- Vulneración del principio de igualdad (artículo 14 CE): a juicio de la recurrente la DI se ha apartado de su modo de proceder en la tramitación de la terminación convencional de expedientes sancionadores. (caso AISGE-SOGEACABLE), vulnerándose el principio de igualdad de trato (ante el tratamiento diferente a dos situaciones similares) y de seguridad jurídica.
- Vulneración del principio de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (Artículo 9.3 y 25 CE): sostiene AISGE que el modo de proceder en la adopción del acuerdo impugnado es absolutamente arbitrario y vulnera el principio de seguridad jurídica, en relación con el artículo 9. 3. CE. En particular aduce que la afirmación de la DI de que *“los efectos de las conductas de AISGE se han desplegado a lo largo del tiempo, lo que dificultaría significativamente la posibilidad de que se alcancen unos compromisos adecuados en el marco de una hipotética terminación convencional”* carece de base fáctica y no se sustenta en una valoración de los compromisos, dado que la DI no ha permitido a AISGE formalizar su propuesta de compromisos.
- Por su parte, el acuerdo de la DI de fecha 16 de marzo de 2011, de denegación de terminación convencional se fundamenta en los siguientes extremos: El momento procesal en que AISGE presenta su solicitud de terminación convencional, cuando la DI había cerrado la fase de instrucción del expediente de referencia y ya había emitido la propuesta de resolución prevista en el artículo 50.4 de la LDC.
- El número de afectados por las conductas de AISGE y los efectos prolongados de las mismas a lo largo del tiempo dificultarían significativamente la posibilidad de que se alcancen unos compromisos adecuados en el marco de una hipotética terminación.
- En el transcurso del procedimiento de instrucción AISGE ha mantenido que las conductas objeto del expediente no eran restrictivas de la competencia y ha negado las imputaciones del PCH. En particular, a lo largo de su escrito de alegaciones al PCH, AISGE no ha admitido que sus conductas hayan vulnerado la LDC ni ha hecho mención alguna a la posibilidad de poder resolver ningún efecto sobre la competencia de las mismas.

- Por otra parte, el escrito de inicio de terminación convencional no viene acompañado de indicación alguna de cuáles van a ser las líneas generales de la propuesta de compromisos, ni se ha motivado por qué esa propuesta de compromisos sería adecuada para resolver los efectos de la competencia.

SEGUNDO.- Improcedente solicitud de iniciación de terminación convencional

Conforme al artículo 52 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) *“el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público.”*

De la dicción literal del precepto, se puede deducir sin dificultad que es necesario un equilibrio entre los requisitos que se exigen para que un procedimiento sancionador pueda concluir convencionalmente, de suerte que aunque los compromisos puedan resolver los problemas de competencia planteados, si se considera que el interés público no queda suficientemente garantizado, no procederá la terminación convencional. Ello debe ser así no solo al tiempo de valorar los compromisos ofrecidos por el interesado, sino también, y con carácter previo, al tiempo de valorar la solicitud, de suerte que si el órgano competente no aprecia que ambas condiciones se cumplen, no procede siquiera su iniciación.

Al hilo de la afirmación precedente, es fundamental precisar que la normativa de defensa de la competencia únicamente reconoce un derecho a solicitar la terminación convencional, que no a que se termine convencionalmente un procedimiento, por lo que no se puede apreciar una correlativa obligación de la CNC a concluir de esta forma un procedimiento por el mero hecho de solicitarse. En este sentido, la decisión que se adopte sobre si procede o no la terminación convencional, o, en su vertiente más prematura, si procede o no iniciarla, tiene carácter discrecional, de suerte que si cumple con las exigencias de la motivación, ex artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), y no se revela arbitraria, debe entenderse ajustada a derecho. Entender lo contrario implicaría dejar en manos de los presuntos infractores la decisión sobre cuándo la Administración debe ejercitar su potestad sancionadora y cuándo no, lo que resulta inadmisibles si tenemos en perspectiva que estamos en procedimientos en los que se analiza la comisión de infracciones del ordenamiento jurídico que, por la voluntad del

legislador plasmada en la LDC, deben ser sancionadas con severidad para garantizar no solo la finalidad represora, sino también la disuasoria predicable de la actividad sancionadora de la CNC.

Desde esta perspectiva también, privar del margen de discrecionalidad de que debe gozar la CNC a la hora de decidir la pertinencia de la terminación convencional, además de resultar jurídicamente inadmisibles, diluiría la citada finalidad marcadamente disuasoria que tiene la potestad sancionadora en el ámbito de defensa de la competencia, trasladando el mensaje a los potenciales infractores de que no es importante cometer una infracción en la medida en que, por muy grave que sea, siempre se tendrá la opción de terminar convencionalmente sin sanción.

En definitiva, debe ser la CNC la que a la vista de las circunstancias del caso concreto, y de forma ciertamente estricta, valore la pertinencia de la terminación convencional como fórmula de solución de situaciones de restricción de la competencia alternativa a la sanción.

Pues bien, en el presente caso, este Consejo, que conforme al artículo 89 LRJAP-PAC, está obligado a resolver todas las cuestiones suscitadas en el procedimiento cuestionado, hayan sido o no planteadas por las partes, entiende que no procede siquiera iniciar la terminación convencional con base en las consideraciones que, a continuación, se efectúan.

Comenzando por el debate sobre la extemporaneidad de la solicitud formulada por AISGE, este Consejo no puede ignorar, puesto que es evidente, las dificultades interpretativas que se derivan de la aplicación conjunta de los artículos 52.3 y 50.4 de la LDC, puesto si bien es cierto que el primero fija como límite a la solicitud de terminación convencional la elevación al Consejo de un informe, se remite para identificar tal informe al segundo precepto citado, en el que se regula la propuesta de resolución, que es un trámite anterior a aquél.

Obviada, por imposible, la interpretación literal, debiera acudir a los criterios interpretativos contenidos en el artículo 3 del Código Civil, conforme al cual *“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.”*

Pues bien, sin perjuicio de que los antecedentes, especialmente la tramitación parlamentaria, parezcan inclinar la balanza interpretativa del lado del informe propuesta, puesto que, hasta la introducción durante la tramitación parlamentaria de un nuevo apartado segundo, el artículo 50.4 se refería al informe propuesta, lo cierto es que este Consejo no considera tan clara esta cuestión si acudimos al espíritu y finalidad que persigue la norma y que, como

se expondrá con posterioridad, invita a considerar que la terminación convencional sea preferentemente valorada por el órgano instructor, que es al que corresponde decidir la pertinencia de su iniciación, antes de que tenga formada definitivamente la convicción sobre la existencia de una infracción de la normativa de defensa de la competencia.

En todo caso, no resulta necesario en el recurso que nos ocupa, en la medida en que existen razones de fondo que inducen a este Consejo a considerar improcedente la solicitud de terminación convencional. Teniendo en cuenta que la decisión final sobre la procedencia de la terminación convencional de un procedimiento sancionador corresponde, por disposición legal, al órgano resolutorio, difícilmente pueda mantenerse la tramitación si el criterio de éste es contrario siquiera a su inicio.

Comenzando por el primero de los motivos, nos encontramos ante una conducta, la imputada, que para la Dirección de Investigación, una vez concluida la instrucción del expediente, es muy grave, con un elevado número de afectados y unos efectos, de difícil reversibilidad, que se extienden a lo largo del tiempo. En este sentido, es criterio de este Consejo que no es indiferente el tipo de conducta infractora de la normativa de defensa de la competencia y los efectos que haya producido o podido producir para valorar si el procedimiento puede terminar convencionalmente.

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

En segundo término, por el momento en que se ha solicitado. En efecto, independientemente de la interpretación que se quiera dar al artículo 52.3 de la LDC, este Consejo considera necesario remarcar que, al igual que ocurre con el tipo de conducta infractora, tampoco es indiferente el momento en que se presenta la solicitud de terminación convencional de un procedimiento sancionador. Ello es así en la medida en que cuanto más perfilada está la infracción y, por lo tanto, exista una convicción más fundada sobre su comisión, especialmente una vez que el órgano instructor formule propuesta de resolución, mayor es la dificultad que tiene el órgano resolutorio para observar y justificar que existe un interés público que permita a la Administración no sancionar una conducta que ha calificado (en el PCH) y confirmado (en la PR) como infractora, sobre todo cuando, conforme al artículo 53.2 b) de la LDC, el Consejo además de imponer en la resolución sanciones económicas, puede imponer las condiciones u obligaciones necesarias para que cesen las

conductas prohibidas, así como ordenar la remoción de los efectos restrictivos que hayan podido producir.

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

Sin perjuicio de que, examinados los términos en que ha actuado AISGE, ésta parece más interesada en la suspensión del procedimiento sancionador en curso que en su terminación convencional, lo cierto es que a la vista del momento en que ha sido solicitada, una vez formulada la PR, es decir, concluida por disposición legal la fase de instrucción, ha quedado absolutamente desdibujado el efecto de satisfacción del interés público que se obtiene mediante la pronta finalización del expediente que permita una rápida implementación de los remedios que ponen fin a la situación de restricción de la competencia acreditada y que, si bien pudo justificar el inicio de la terminación convencional del procedimiento S/156/09, AISGE, no ocurre lo mismo con el presente.

Es más, precisamente porque AISGE conocía, por haberlo hecho anteriormente, la posibilidad de terminación convencional del procedimiento, debiera haberla solicitado, o cuando menos anunciado a la Dirección de Investigación su voluntad de solicitarla, con carácter previo y no en un momento y a la vista de unas circunstancias que, según lo expuesto, en nada favorecen que este Consejo pueda adoptar un criterio favorable a su solicitud, y consiguiente estimación del presente recurso.

Analizada la controversia planteada en el presente recurso en su conjunto, la gravedad de la conducta imputada por la DI, que por los efectos ya desplegados es sustancialmente distinta a la analizada en procedimientos anteriores que no pueden ser empleados como término de comparación, unida al momento procedimental en el que se solicita, una vez que el órgano instructor manifiesta, a través de su propuesta de resolución, la convicción de que existe una infracción muy grave de la normativa de defensa de la competencia, impide que este Consejo pueda apreciar la concurrencia de las circunstancias a que hace referencia el artículo 52 de la LDC para siquiera iniciarse la terminación convencional del procedimiento.

TERCERO.- Ausencia de los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC

El artículo 47 de la LDC prevé la posibilidad de presentar recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DI, estableciendo 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”.*

I. Ausencia de Indefensión.

En el presente caso las partes recurrentes alegan que el Acuerdo de 16 de marzo de 2011 de la DI genera indefensión por la arbitrariedad de la decisión adoptada, así como por la vulneración de los principios de seguridad jurídica y de igualdad por el tratamiento diferente a situaciones sustancialmente idénticas.

Conforme a los argumentos previamente expuestos, por los que el Consejo entiende que la decisión de denegar la iniciación de la terminación convencional es correcta, y que, de admitirse que la decisión de la Dirección de Investigación adoleciese de algún vicio anulatorio, que no es el caso, supondría la conservación de su decisión, ex artículo 66 LRJAP-PAC, en la medida en que su sentido no se modificaría, difícilmente se puede apreciar alguna de las infracciones descritas, es evidente que no resulta posible admitir la alegación de AISGE.

A mayor abundamiento, y como ya señalamos en nuestra Resolución de 10 de diciembre de 2009, dictada en el marco del expediente R/0029/09 ECOVIDRIO:

“Aun en el caso de que el recurrente lo hubiera hecho, la negativa a la terminación convencional debe considerarse un trámite dentro del procedimiento de infracción S/0065/08, que continuara su tramitación con el habitual respeto a todas las garantías procesales y en consecuencia, no puede considerarse como un acto administrativo generador de indefensión.

El Consejo no puede dejar de constatar que hasta el momento en el procedimiento sancionador S/0065/08, el interesado ha podido defender sus intereses, como reconoce en el propio escrito de recurso que lo ha hecho alegando al PCH. Y llegado el momento procesal oportuno podrá seguir ejerciendo real y efectivamente su defensa ante el Consejo en el momento en que la DI eleve a este el Informe y propuesta de resolución para decisión.”

II. Ausencia de perjuicio irreparable.

Los recurrentes alegan que el Acuerdo de la DI les ha ocasionado un perjuicio irreparable en la medida en que determina la imposibilidad de ejercer en una fase posterior al expediente formular una propuesta de compromisos, impidiendo de una manera totalmente arbitraria la posibilidad de conseguir los efectos de la terminación convencional.

Sobre este punto, este Consejo se remite a lo ya expresado en la previamente citada Resolución del expediente R/0029/09 ECOVIDRIO, en el que se señaló que:

“no siendo la terminación convencional una obligación sino ante una potestad de la CNC delimitada por la propia Ley por una doble condición, la capacidad para solventar los problemas de competencia y la seguridad del interés público, la negativa a iniciarla o a adoptarla no puede considerarse como generadora de perjuicios irreparables. Por el contrario, el único perjuicio que le podría ocasionar la continuación del procedimiento sancionador sería la imposición de una sanción, pero, como resulta evidente, tal es un acto distinto al aquí recurrido, futuro y, en todo caso, incierto, gozando de suficientes trámites posteriores al presente para intentar evitarlo y que no puede esgrimirse como fundamento de un recurso administrativo como el que nos ocupa, puesto que su finalidad no es proteger de situaciones meramente hipotéticas y futuras sino de perjuicios reales y actuales ocasionados por un acto concreto”.

De acuerdo con todo lo anterior, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse que el Acuerdo de la Directora de Investigación de 16 de marzo de 2011, de denegación de terminación convencional del procedimiento sancionador S/0208/09 haya causado indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos de AISGE. Por ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC, este Consejo entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, **EL CONSEJO,**

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por la representación de ARTISTAS INTÉRPRETES, SOCIEDAD DE GESTIÓN (AISGE), contra el Acuerdo de 16 de marzo de 2011 de la Dirección de Investigación, al considerar este Consejo que no se ha producido indefensión ni perjuicio irreparable en los derechos o intereses legítimos del recurrente.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese al recurrente, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y

que contra la misma puede interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación.