

RESOLUCIÓN (Expt. R 0007/08, Mediaproducción)

Consejo

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha García- Sáenz, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
Dña. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
Dña. María Jesús González López, Consejera
Dña. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid a 14 de agosto de 2008

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Consejero Don Julio Costas Comesaña ha dictado *RESOLUCION* en el recurso R 0007/08 Mediaproducción interpuesto por Mediaproducción S.L. contra el acuerdo de archivo de la Dirección de Investigación dictado en relación con el escrito de Don J.J.G.G. presentado en nombre y representación de Mediaproducción S.L., por el que denunciaba a Sogecable, S.A. y Audiovisual Sport, S.L., por conductas contrarias a los artículos 1, 2 ó 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y 81 ó 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), así como por el incumplimiento del Acuerdo de Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002, por el que, conforme a lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 17 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se decide subordinar a la observancia de condiciones relativas al mercado de derechos de retransmisión de acontecimientos futbolísticos la operación de concentración económica consistente en la integración de DTS Distribuidora de Televisión por Satélite, S.A. en Sogecable, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 29 de noviembre de 2002, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Economía, acuerda autorizar la operación de concentración sometiéndola a

un total de 34 condiciones, de las cuales diez hacían referencia a los derechos de retransmisión del fútbol. Este Acuerdo del Consejo de Ministros (en adelante, ACM), tendría una duración de cinco años.

2. El 9 de septiembre de 2007, Mediaproducción denuncia ante la Dirección de Investigación (DI) de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) a Sogecable y Audiovisual Sport, S.L. (AVS), entre otras conductas, por incumplimiento de las condiciones segunda y tercera del ACM.

3. El 26 de junio de 2008 se notifica a Mediaproducción, S.L. el Acuerdo del Director de Investigación de la misma fecha que pone fin al expediente S/0007/2007, de archivo de la denuncia de esta firma contra Sogecable y AVS por infracción de las condiciones 2ª y 3ª del ACM de 29 de noviembre de 2002.

4. El 8 de julio de 2008, los representantes legales de Mediaproducción S.L. interponen recurso contra este Acuerdo del Director de Investigación ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007.

5. El 15 de julio de 2008, la DI emite un informe sobre este recurso, en que considera, en líneas generales, que procede la desestimación tanto del recurso como de las medidas cautelares solicitadas.

6. El Consejo de la CNC ha deliberado y fallado este expediente de recurso en su sesión ordinaria de 30 de julio de 2008.

7. Es interesada:

-Mediaproducción S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Procedencia del recurso ante el Consejo de la CNC.

Antes de examinar la cuestión de fondo planteada en el presente recurso es necesario valorar si en este caso es de aplicación el artículo 47 de la LDC y, por tanto, si este Consejo tiene competencia para conocer del recurso.

El Acuerdo del Director de Investigación de 26 de junio de 2008 establecía, en el pie de recurso, que el mismo podía ser recurrido ante el Consejo de la CNC en el plazo de diez días, según lo dispuesto en el art. 47.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio. Sin embargo, la actuación de la Dirección de Investigación objeto del recurso goza de singularidades que dan lugar a la imposibilidad de la aplicación de este precepto.

En efecto, la DI tiene competencia para conocer de la ejecución y cumplimiento de los Acuerdos del Consejo de Ministros en virtud de la Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), que establece:

“Tras la entrada en vigor de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la Dirección de Investigación vigilará la ejecución y cumplimiento de los Acuerdos del Consejo de Ministros que hubiesen sido adoptados en aplicación del art. 17 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio. En todo caso, la DI será la competente para resolver declarando finalizada la vigilancia de dichos acuerdos del Consejo de Ministros.

En caso de que se constatará el incumplimiento de lo ordenado en los citados acuerdos del Consejo de Ministros, la DI será la competente, previa audiencia a los interesados, para recomendar al Gobierno la imposición de las multas previstas en los apartados 3 y 4 del art. 18 de la Ley 16/1989, sin perjuicio de la adopción de otras medidas de ejecución forzosa previstas en el ordenamiento“.

Igualmente, la Disposición Transitoria Primera de la Ley 15/2007, de 3 de julio, establece, en su segundo párrafo que

Los procedimientos de control de concentraciones iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio.

Durante la vigencia de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, el artículo 18 de la Ley contemplaba una serie de competencias específicas del Servicio de

Defensa de la Competencia en relación con el control de concentraciones (multas por falta de cumplimiento del deber de notificación, vigilancia de la ejecución y cumplimiento de los Acuerdos del Consejo de Ministros, etc.). En estos procedimientos no estaba regulada la intervención del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), ni por tanto de su Pleno.

La consideración de los procedimientos previstos en el art. 18 de la Ley 16/1989, como procedimientos específicos, no sometidos a las reglas habituales de los procedimientos administrativos instruidos por el SDC y resueltos por el TDC, derivaba de los propios preceptos de la Ley 16/1989 (art. 15, 17 y 18), que atribuían competencias sancionadoras al Ministerio de Economía o al Consejo de Ministros. Tal consideración de procedimientos específicos, distintos de los habituales procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia, ha sido ratificada por la Audiencia Nacional en sentencias de 12 de mayo de 2004 y 1 de diciembre de 2006. Tal consideración, por otra parte, resultaba acorde con lo previsto en el art. 30 de la Ley 16/1989, que configuraba al Servicio de Defensa de la Competencia como un órgano administrativo encuadrado en la estructura orgánica ministerial.

Tras la entrada en vigor de la Ley 15/2007 y la constitución de la CNC, la Dirección de Investigación (antiguo SDC) se integra en una *entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda*, que actúa en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con autonomía orgánica y funcional, plena independencia de las Administraciones Públicas, y sometimiento a esta Ley y al resto del ordenamiento jurídico (art. 19 Ley 15/2007).

Sin embargo, la propia Ley 15/2007 y su normativa de desarrollo (el Real Decreto 261/2008) han previsto en la regulación del derecho transitorio que la labor de vigilancia de la ejecución y cumplimiento de los Acuerdos del Consejo de Ministros que hubiesen adoptado en aplicación del art. 17 de la Ley 16/1989 se desarrolle de acuerdo con el régimen previsto en la propia Ley 16/1989. Por ello la propia DT del Real Decreto 261/2008, que establece la competencia de la DI para vigilar el cumplimiento de estos acuerdos, dispone también que, en caso de constatar el incumplimiento de los mismos, la DI podrá recomendar al Gobierno la imposición de las multas previstas en los apartados 3 y 4 del art. 18 de la Ley 16/1989.

De todo lo expuesto se puede concluir que el acuerdo de vigilancia recurrido no tiene la naturaleza propia de las actuaciones de la Dirección de Investigación como órgano de instrucción de los expedientes de la Comisión Nacional de la Competencia cuya resolución corresponde al Consejo. En realidad se trata de actos derivados de una competencia que ostentaba el Servicio de Defensa de la Competencia en cuanto órgano administrativo incardinado en el organigrama del Ministerio de Economía y Hacienda.

Segundo.- Lo expuesto en el apartado anterior lleva a afirmar que en el presente caso no cabe la aplicación del artículo 47 de la Ley de Defensa de la Competencia, pues este precepto está previsto para aquellas actuaciones de la Dirección de Investigación que tengan por objeto el desenvolvimiento de las competencias propias de la Comisión Nacional de la Competencia y que, como hemos visto, el acuerdo de vigilancia recurrido responde a una competencia derivada de la Ley anterior y atribuida a un órgano integrado en el Ministerio de Economía y Hacienda en un expediente cuya competencia resolutoria recaería en el Consejo de Ministros.

En consecuencia, procede aplicar las normas generales de recursos administrativos previstas en nuestro ordenamiento jurídico.

En la actualidad, una vez en vigor la Ley 15/2007 y constituida la Comisión Nacional de la Competencia, en el marco de las actuaciones propias de este expediente, no existe un órgano administrativo superior jerárquico de la Dirección de Investigación ante el que interponer recurso de alzada ordinario. En efecto, esta Dirección forma parte de la Comisión Nacional de la Competencia y, por tanto, participa de su autonomía orgánica y funcional, de modo que, en los casos, como el presente, en los que por virtud de una disposición transitoria ejerce una competencia extraña a las funciones propias de la Comisión Nacional de la Competencia, debe concluirse que sus decisiones agotan la vía administrativa.

Por todo ello, resulta de aplicación el artículo 109, c) de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común que establece que ponen fin a la vía administrativa las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario.

Tercero.- La consecuencia de lo anterior es que el régimen de recursos procedente en este caso es el previsto en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común que establece: “Los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnado directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo”.

Por todo ello, el acuerdo notificado por la Dirección de Investigación agotó la vía administrativa y es susceptible de recurso potestativo de reposición ante la propia Dirección o de recurso contencioso-administrativo directo.

Cuarto.- Con objeto de evitar que se produzca una situación de indefensión en la parte recurrente, que se ha limitado a seguir la instrucción sobre recursos del acuerdo que pretendía recurrir, procede reponer actuaciones al momento de la notificación del acuerdo con indicación de que agota la vía administrativa. En efecto, tal como ha señalado la doctrina del Tribunal Constitucional, entre otras en la STC 376/2993, la información sobre los recursos procedentes nunca puede causar perjuicio en la esfera del interesado. En este sentido en la STC citada se afirma lo siguiente: “Pero, asimismo, han de ponderarse las circunstancias concretas en que se produjo la equivocada instrucción de recursos para determinar si ello pudo inducir razonablemente a error a la parte [SSTC 70/1984, 107/1987], pues, como ya se ha dicho, hay que distinguir las situaciones creadas por la mera omisión de la indicación de recursos contra una resolución concreta, de aquellas otras en las que se da una instrucción o información errónea que induzca a error al litigante (STC 107/1987)”. En el caso presente es evidente que la diligencia del recurrente difícilmente podría haber subsanado el error por cuanto se limitó a seguir la indicación del acuerdo, que, a su vez, reproducía el artículo de la Ley de Defensa de la Competencia que regula los recursos contra los actos de la Dirección de Investigación.

La improcedencia del recurso ofrecido resulta de la especial naturaleza del acuerdo, tal como se ha puesto de manifiesto en los apartados anteriores, por ello hay que concluir, como en la sentencia citada, que el error en la información sobre los recursos fue la causa de la interposición y que “en tales circunstancias, por tanto, no cabe apreciar en el recurrente falta de diligencia ni una falta de pericia”.

Todo lo dicho lleva a la necesidad de reponer actuaciones y entender que la notificación del acuerdo recurrido debió hacerse con el siguiente pie de recursos:

“Contra el presente acuerdo, que pone fin a la vía administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el plazo de 2 meses, contados desde el día de la notificación de este acuerdo, o, en su caso, cabe interponer recurso administrativo potestativo de reposición ante la Dirección de Investigación, en el plazo de un mes contado a partir de la notificación de este acuerdo”.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

Primero.- Inadmitir por falta de competencia el recurso interpuesto por Mediaproducción S.L. contra el Acuerdo del Director de Investigación de la CNC de 26 de junio de 2008 por el que se acuerda el archivo de la denuncia de Mediaproducción, S.L. contra Sogecable y AVS por infracción de las condiciones 2ª y 3ª del Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002.

Segundo.- Reponer las actuaciones al momento de notificar el Acuerdo recurrido sustituyendo su pie de recurso por el siguiente:

“Contra el presente acuerdo, que pone fin a la vía administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el plazo de 2 meses, contados desde el día de la notificación de este acuerdo, o, en su caso, cabe interponer recurso administrativo potestativo de reposición ante la Dirección de Investigación, en el plazo de un mes contado a partir de la notificación de este acuerdo”.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese al interesado, haciéndole saber que es definitiva en vía administrativa y que contra la misma no cabe recurso alguno en tal vía, pero que pueden interponer recuso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.