

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/001/21 ADICINE

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidenta

D^a María Ortiz Aguilar

Consejeros

D^a María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 02 de marzo de 2021

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha dictado la siguiente resolución en el recurso interpuesto por Asociación de Distribuidores de Cine Independientes (en adelante, **ADICINE**) contra el acuerdo de 23 de diciembre de 2020 de la Dirección de Competencia por el que se denegaba la condición de interesada de ADICINE en el expediente S/0001/19 DISTRIBUCIÓN CINEMATOGRAFICA.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 23 de diciembre de 2020, se dictó el acuerdo de la Dirección de Competencia por el que se denegaba la condición de interesada de ADICINE en el expediente S/0001/19 DISTRIBUCIÓN CINEMATOGRAFICA (en adelante, el **acuerdo impugnado**).
2. Con fecha 7 de enero de 2021, ha tenido entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**), el recurso interpuesto por ADICINE, 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 impugnado.

3. Con fecha 11 de enero de 2021, conforme a lo indicado en los artículos 47 de la LDC y 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 antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por ADICINE.
4. Con fecha 15 de enero de 2021, la Dirección de Competencia emitió el preceptivo informe sobre el recurso. En dicho informe, la Dirección de Competencia consideró que procedía desestimar el recurso.
5. Con fecha 26 de enero de 2021, la Sala de Competencia de la CNMC acordó conceder a la recurrente un plazo de 15 días para formular alegaciones al informe de la Dirección de Competencia.
6. Con fecha 19 de febrero de 2021, ADICINE remitió escrito de alegaciones al informe de la Dirección de Competencia de 15 de enero de 2021.
7. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 02 de marzo de 2021.
8. Es interesado en este expediente de recurso: Asociación de Distribuidores de Cine Independientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

ADICINE interpone recurso contra el acuerdo impugnado por el que se deniega la condición de interesado en el expediente S/0001/19 DISTRIBUCIÓN CINEMATOGRAFICA.

La recurrente solicita la anulación del citado acuerdo y el dictado de un nuevo acuerdo en el que se declare a ADICINE parte interesada en el procedimiento sancionador de referencia.

ADICINE mantiene que el acuerdo impugnado causa a sus asociados un perjuicio irreparable. En este sentido, aduce que la asociación está formada por distribuidores independientes y competidores de las grandes distribuidoras incoadas en el expediente, que sus miembros mantienen relaciones contractuales con la empresa YMAGIS en lo relativo al cobro de una tasa por copia digital que, a su juicio, resulta claramente beneficiosa en su aplicación por parte de YMAGIS a las grandes distribuidoras investigadas y que la Dirección de Competencia ha solicitado información a una de las asociadas de ADICINE en relación con las conductas investigadas.

Entiende ADICINE que sus asociados tienen un interés legítimo en la resolución que se dicte en el expediente de referencia, en la medida en que sus relaciones con sus competidores pueden verse empeoradas si estos siguen recibiendo un trato diferente, más beneficioso por parte de YMAGIS y que en tal medida la resolución que eventualmente se dicte les afectará de forma positiva o negativa.

En segundo lugar, ADICINE manifiesta que la resolución recurrida también causa indefensión. La recurrente indica que la actuación de la Dirección de Competencia puede entroncarse en la expresión “indebida actuación”, al no haber tenido en cuenta que había acreditado su interés legítimo y posición como competidor, en una solicitud que cumplía claramente los requisitos para ser considerada parte interesada en el procedimiento.

La Dirección de Competencia en su informe propone la desestimación del recurso al no cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). Señala que el interés legítimo ha de ser alegado y probado por la parte que se lo arroga, no bastando con alegar o acreditar un interés abstracto o genérico, sino que es preciso que sea real, lo que ha de traducirse en la posibilidad de obtener un beneficio o utilidad material de la resolución que ponga fin al procedimiento.

Respecto al vínculo contractual con YMAGIS. La Dirección de Competencia señala que la simple relación contractual con la misma empresa tampoco implica necesariamente que la eventual resolución pueda comportar un perjuicio o beneficio efectivo y acreditado sobre los asociados de ADICINE. Asimismo, las eventuales diferencias o los posibles desacuerdos contractuales entre ADICINE e YMAGIS pertenecen a su esfera privada y no son objeto del procedimiento sancionador principal.

Respecto al requerimiento de información a uno de los asociados de ADICINE, el artículo 39.2 de la LDC que los deberes de colaboración e información no implican la condición de interesado en el procedimiento.

Por tanto, las alegaciones en el recurso de ADICINE no desvirtúan, según la Dirección de Competencia, el acuerdo impugnado en tanto ADICINE aduce su condición de competidor, pero no justifica la existencia de un interés legítimo. La recurrente no justifica el nexo causal entre la denegación de la condición de interesado y el supuesto perjuicio irreparable o el efecto positivo o negativo real y cierto, ni prueba el perjuicio que le genera el acuerdo impugnado.

La Dirección de Competencia también rechaza la indefensión alegada por la falta de motivación de la recurrente que se limita a realizar una mención genérica a lo dictado por el Tribunal Constitucional.

ADICINE, en su escrito de alegaciones de 19 de febrero de 2021, reitera los motivos y su solicitud de estimación del recurso. Reitera que compite con las grandes distribuidoras imputadas en el expediente y que las conductas tienen incidencia en la esfera de derechos e intereses de ADICINE como competidores de las distribuidoras imputadas. Por último, sostiene la existencia de precedentes de la Sala de Competencia, que acreditarían que no resulte verosímil que la resolución que se dicte afecte a ADICINE.

SEGUNDO.- Naturaleza del recurso interpuesto

Antes de analizar las concretas pretensiones de las recurrentes, conviene aclarar la naturaleza del recurso sobre el que se dicta la presente resolución.

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DC que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2013 advierte que los motivos de impugnación frente a actuaciones de la Dirección de Competencia 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 ningún 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".

La Audiencia Nacional, en sentencia de 18 de mayo de 2011, en equivalente sentido, señala:

"El Tribunal Supremo en múltiples sentencias en las que se interpreta la aplicación supletoria de la Ley 30/1992 al procedimiento administrativo de Defensa de la Competencia (entre otras las sentencias de 26-IV-2005, 11-X1-2005 y 24-15 2006) ha establecido que la supletoriedad de dicha ley en relación con la Ley de Defensa de la Competencia significa que es aplicable en lo que sea compatible con la naturaleza de los procedimientos regulados en la LDC".

Asimismo, la Resolución de 16 de julio de 2009 (Expte. R/0022/09, PELUQUERÍA PROFESIONAL) ya especificó que *"los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se rigen por lo dispuesto en la LDC y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, siendo el artículo 47 de la LDC el que establece la regulación del recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DI".* Deben estas referencias entenderse ahora hechas a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

No estamos, pues, ante los recursos regulados en la LPAC, sino ante el único recurso administrativo previsto por la LDC contra los actos dictados por el órgano instructor en materia de defensa de la competencia.

TERCERO.- Valoración de la Sala de Competencia

ADICINE fundamenta su recurso en que la denegación de la citada información podría causarle un perjuicio irreparable. Sobre la existencia de un perjuicio irreparable, cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende 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).

La LDC no define un concepto autónomo de interesado, por lo que es necesario acudir al artículo 4 de la LPAC, de aplicación supletoria, y a la doctrina relacionada de la autoridad de competencia¹ y la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales².

El artículo 4 de la LPAC regula el concepto de interesado en un procedimiento administrativo basándose en la existencia de derechos o intereses legítimos, en los mismos términos en los que ya se regulaba en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En particular, el artículo 4.1 de la LPACAP establece que "*se consideran interesados en el procedimiento administrativo:*

- a) *Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.*
- b) *Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.*
- c) *Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva*".

Conforme a lo anterior, el otorgamiento de la condición de interesado debe producirse tras un análisis caso por caso de la concurrencia de un interés legítimo real, que en todo caso debe ser alegado y probado por la parte que se lo arroga, no bastando con la acreditación de un interés abstracto o genérico.

En el marco de este análisis casuístico, coexisten normalmente al menos tres grupos de potenciales interesados en los expedientes tramitados por la CNMC: los denunciantes, las víctimas de las prácticas anticompetitivas y los competidores, en la medida en que sus intereses legítimos pueden verse de una u otra forma afectados por la resolución que en su día se adopte.

¹ Ver, por ejemplo, las resoluciones de la CNMC de 26 de noviembre de 2015, Expte. R/AJ/104/15 MUDANZAS INTERNACIONALES, de 28 de abril de 2016, Expte. R/AJ/016/16 NBM; de 21 de junio de 2016, Expte. R/AJ/025/16 GESDEGAS y de 10 de mayo de 2018, Expte. R/AJ/021/18 ALPIQ.

² Ver, por ejemplo, las Sentencias del TS de 15 de marzo de 2013, rec. núm. 9997/98; de 19 de julio de 2016, rec. núm. 4039/2014; de 20 de abril de 2015, rec.núm. 1523/12 y de 5 de febrero de 2018, rec. núm. 3770/2015.

En el presente caso, ADICINE alega su condición de competidor de las grandes distribuidoras. El Tribunal Supremo exige que los competidores fundamenten de forma adecuada su interés para intervenir como interesado en un procedimiento determinado³. En concreto, afirma que:

*“Precisando todavía más en relación con el supuesto actual, debemos considerar que el mismo versa sobre defensa de la competencia, en la que está presente el interés competitivo entre los sujetos que operan en un determinado mercado. No cabe duda de que se trata de una circunstancia cualificadora de extrema importancia que no está presente en otros ámbitos materiales, pues quiere decir que en derecho de la competencia la declaración de las infracciones de potenciales competidores o su sanción pueden estar con frecuencia asociadas a ventajas materiales y competitivas que no existen fuera de este sector del ordenamiento. Ahora bien, ello no obsta a que dichas ventajas deben ser alegadas y acreditadas suficientemente, pues **tampoco es bastante con aducir el principio genérico de competitividad para acreditar un interés legítimo basado en la existencia de una afección efectiva de los propios derechos e intereses**. La mera apelación al principio de competitividad vuelve a ser un interés genérico por la legalidad insuficiente para otorgar legitimación ad causam en un determinado y concreto proceso”.*

El Tribunal Supremo es claro al determinar que la condición de competidor es un criterio relevante, pero no suficiente para otorgar la condición de interesado, pues limitarse a invocar el principio genérico de competitividad no constituye una acreditación del interés legítimo.

La noción de interés legítimo consiste en una relación entre el sujeto y el objeto de la pretensión, que implica que la resolución que ponga fin al procedimiento produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto, para el legitimado y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación.

En este sentido, la asociación recurrente acredita que sus socios son competidores de las distribuidoras de cine incoadas en el procedimiento principal, pero no acredita el interés legítimo ya que no motiva por qué esa condición de competidor de algunas de las incoadas en el procedimiento debiera cumplir por sí sola con los requisitos del artículo 4 de la LPAC.

La argumentación de la empresa para motivar su interés legítimo solo se limita a exponer la existencia de una relación contractual de algunos de sus socios con YMAGIS y que sus relaciones con sus competidores pueden verse empeoradas o mejoradas en función de la resolución que ponga fin al procedimiento. Esta es una circunstancia inherente a la propia condición de competidor, por lo que no es suficiente para acreditar un interés legítimo.

³ Sentencia del TS de 26 de junio de 2007, FJ Cuarto.

Su carácter es tan genérico y abstracto que podría ser invocado por cualquier competidor de las grandes distribuidoras o del propio YMAGIS. No es válida cualquier afectación por la resolución que ponga fin al expediente, sino como señala el Tribunal Supremo deberá ser efectiva en relación con los propios derechos o intereses. ADICINE ni siquiera argumenta por qué se debiera considerar interesada a su asociación y no a cualquier otra distribuidora de cine para así explicar la especialidad de su interés legítimo.

El expediente sancionador tiene por objeto, tal y como señala la nota de prensa de 23 de octubre de 2019 y según refleja el acuerdo de incoación, una posible concertación entre las grandes distribuidoras y la empresa integradora YMAGIS para uniformizar sus políticas comerciales, así como en el intercambio de información comercialmente sensible entre los grandes distribuidores, con la colaboración de la compañía de medición de audiencias RENTRAK, en el mercado español de la distribución cinematográfica., pero no las eventuales diferencias o los posibles desacuerdos contractuales entre ADICINE e YMAGIS que pertenecerían a la esfera privada y en todo caso, correspondería que fuesen dirimidas en la sede adecuada.

Por otra parte, el artículo 39.2 de la LDC es claro al señalar que los deberes de colaboración de una de las asociadas de ADICINE, no implica la condición de interesada, menos aun de la asociación en su conjunto:

2. La colaboración, a instancia propia o a instancias de la Comisión Nacional de la Competencia, no implicará la condición de interesado en el correspondiente procedimiento.”

La asociación también alega un precedente de esta Sala en el que se analizó la condición de interesado de una asociación que representaba a competidores del único incoado en el procedimiento. Sin embargo, dicha resolución no analizó el perjuicio irreparable que suponía la denegación de interesado de la asociación, sino el perjuicio irreparable que supondría para quién es incoado en el expediente principal la personación de un interesado que es competidor del único incoado.

Esto implica que no se analizó por esta Sala el carácter suficiente de los argumentos expuestos por la asociación personada en el procedimiento, quién ostenta el deber de probar el interés legítimo que se arroga, sino el carácter insuficiente de los argumentos expuestos por la empresa incoada para acreditar un perjuicio irreparable por la personación en el expediente de una asociación que agrupaba a sus competidores. Es más, el carácter especial de la condición de competidor traído a colación por la asociación, con fundamento en dicho precedente, también es reconocido en esta misma resolución.

Además, como se acaba de señalar, la condición de interesado obedece a un análisis casuístico, por lo que el uso de precedentes no es necesariamente adecuado, debiendo considerarse, en particular, la naturaleza del procedimiento incoado y la práctica investigada. Es notable la distinta práctica investigada en un procedimiento sancionador sobre la base del artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE, como el traído a colación por la

recurrente, con un procedimiento sobre la base del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE como el objeto del procedimiento principal.

Finalmente, ADICINE no especifica cuáles serían los efectos negativos irreparables de no reconocérsele la condición de interesado en el presente procedimiento sancionador. Es relevante, por tanto, que la recurrente no justifica el nexo causal entre la denegación de la condición de interesado en el acuerdo impugnado y el supuesto perjuicio irreparable, tampoco el efecto positivo o negativo real y cierto.

Esta Sala considera que no ha quedado suficientemente acreditado por la recurrente que la resolución que haya de recaer en el procedimiento sea susceptible de proporcionar por sí misma un beneficio material o jurídico apreciable a la asociación recurrente, o que la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo ocasionare un perjuicio actual o futuro.

Por último, en relación con la indefensión el Tribunal Constitucional, en jurisprudencia reiteradamente expuesta por la autoridad de competencia en sus resoluciones sobre recursos, declara que "*la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes*", y ello conduce a entender que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 de la CE es solo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa y que, siguiendo también la jurisprudencia constitucional, "*no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos*" (STC 71/1984, 64/1986).

La recurrente señala que, en la denegación de interesado, la Dirección de Competencia habría llevado a cabo una "*indebida actuación*", sin indicar mayor motivación. Sin embargo, no hay una actuación de la Dirección de Competencia distinta al propio contenido del acto administrativo que deniega su condición de interesado, sobre el que no se impugna su procedencia para dar contestación a la solicitud de ADICINE. Por tanto, la indefensión alegada carece de sentido y está unida inexorablemente a que la denegación de interesado genere un perjuicio irreparable a la recurrente, sobre el que esta Sala acaba de pronunciarse rechazando los argumentos de ADICINE.

Asimismo, no cabría alegar la existencia de indefensión por parte de la recurrente, ya que "*el derecho de defensa se reconoce respecto a aquel sujeto al que se le ha imputado alguna infracción*" e incluso en el caso de que se le considerase interesado "*y no de todo el que tenga simplemente el derecho a intervenir en el procedimiento*" (Resolución de 12 de septiembre de 2013 de la extinta CNC-R/0143/13).

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia,

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por ADICINE contra el acuerdo de 23 de diciembre de 2020 de la Dirección de Competencia por el que se denegaba la condición

de interesado de ADICINE en el expediente S/0001/19 DISTRIBUCIÓN CINEMATOGRAFICA.

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 pueden 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.