



Roj: **STS 1264/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:1264**

Id Cendoj: **28079130032014100084**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **31/03/2014**

Nº de Recurso: **1747/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **AAN 38/2013,**
STS 1264/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Marzo de dos mil catorce.

VISTO por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de casación número 1747/13, interpuesto por la ASOCIACION DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI), y ARTISTAS, INTÉRPRETES O EJECUTANTES SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE), representadas por la Procuradora D^a. Rocío Blanco Martínez, contra el Auto de 27 de noviembre de 2012 y el posterior de 27 de febrero de 2013 resolviendo recurso de reposición, en pieza separada de suspensión, dictados por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 346/2012 . Se ha personado como recurrido el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la ADMINISTRACION DEL ESTADO; y el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado en representación de ANTENA 3 DE TELEVISIÓN SA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y de Artistas Interpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE), interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sección Sexta de la Audiencia Nacional, en el que solicitó la suspensión de la ejecución de la resolución de 14 de junio de 2012 dictado por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (expediente S/0297/10) por la cual se declaraba acreditada la existencia de una conducta de abuso de posición dominante prohibida por el artículo 2.2 de la Ley 15/2007, de 18 de julio de Defensa de la Competencia y del artículo 102 del TFUE consistente en fijar y exigir a los operadores de Televisión en abierto y desde 2003 unas tarifas abusivas por inequitativas y discriminatorias, imponiendo a AGEDI una multa de 1.944.000 euros y AIE una multa de 1.354.000 euros. El recurso se siguió con en número 346/2013.

Solicitada la medida cautelar de suspensión de la ejecución de la resolución recurrida, se dictó Auto de 27 de noviembre de 2012 , cuya parte dispositiva dice textualmente:

<<ACUERDA: En atención a lo expuesto la Sala DECIDE denegar la ejecución del acto impugnado.>>

Posteriormente mediante auto de 28 de febrero de 2013 , se procedió a corregir error material existente en la parte dispositiva del mencionado Auto, declarando que debe decir " **la Sala DECIDE denegar la suspensión de la ejecución del acto impugnado**".

Contra la referida resolución, la representación procesal de AGEDI y AEI, formuló recurso de reposición, que se resolvió por Auto desestimatorio de 27 de febrero de 2013 :



<<DECIDE: desestimar el recurso de reposición interpuesto contra el auto de 27 de noviembre de 2012 por el que se acordó una vez rectificado el error material denegar la suspensión de la ejecución de la resolución de 14 de junio de 2012 (expediente S/0297/10).>>

SEGUNDO.- Las recurrentes, prepararon recurso de casación que fue admitido por la Audiencia Nacional, emplazando a las partes ante el Tribunal Supremo. AGEDI y AIE comparecieron en tiempo y forma ante este Tribunal interponiendo recurso de casación mediante escrito de 27 de junio de 2013, que fundamentó en los dos motivos siguientes:

Primero.- Al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA , por "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate", en relación con el art.130 LJCA y con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta y aplica, pudiendo citarse por todas la STS de 14 de abril de 2011 y la Sentencia del Pleno de la Sala de la Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2005 .

Segundo.- Al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA , por "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate", en relación con el art. 14 CE , principio de igualdad y de no discriminación.

Terminando por suplicar al Tribunal, dicte resolución por la que se estime el recurso y se case y anule el Auto recurrido, acordando estimar la suspensión solicitada.

TERCERO.- El Abogado del Estado presentó escrito de oposición al recurso de casación en fecha 12 de diciembre de 2013, en el que suplica dicte sentencia por la que se desestime el recurso y se impongan las costas del mismo a la parte recurrente.

CUARTO.- Quedando las actuaciones pendientes de señalamiento, se señalo para votación y fallo el día 25 de marzo de 2014 en que ha tenido lugar, con observancia de las disposiciones legales.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO - La Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y de Artistas intérpretes o ejecutantes (AIE), impugna en casación los Autos de 27 de noviembre de 2012 y 28 de febrero de 2.013 , por los que se denegó la medida de suspensión de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 14 de junio de 2012 por la cual se declara acreditada la existencia de una conducta de abuso de posición dominante prohibida en el artículo 2.2 de la Ley 15/2007, de 18 de Julio y del artículo 102 del TJUE.

El Auto de 27 de noviembre de 2.012 justifica la denegación de la suspensión en los siguientes términos:

<< Para acreditar la existencia de perjuicios irreparables no es suficiente alegarlos ni el elevado importe de la multa. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1998 "no cabe entender cumplido semejante requisito por la simple cuantía de la multa impuesta a la sociedad, ni tampoco por la mera y genérica alegación de circunstancias totalmente inespecíficas e improbadas".

En este caso o constan acreditados que los perjuicios que se le ocasione a las sociedades recurrentes sean irreparables. Del balance abreviado a 31 de diciembre de 2011 resulta tal como pone de relieve el codemandado antena-3 que AGEDI tiene un activo de 35.535.679 euros (de estas cantidades 4.953.041.923 euros corresponden a inversiones financieras a corto plazo y 2.352.721,37 euros a efectivo o activos líquidos equivalentes) y en el caso de AIE tiene un activo de 175.849.557 euros de los que 63.966.228,66 euros corresponden a inversiones financieras a corto plazo y en efectivo y otros activos líquidos equivalentes 11.089.170,73 euros.

Por otra parte el hecho de que otras sanciones dictadas en otros procedimientos en materia de defensa de la competencia que afecta a las mismas recurrentes hayan sido suspendidas y que cita la recurrente en su escrito, no modifica el criterio mantenido en este auto teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso. Ello en su caso evidencia que ha habido resoluciones anteriores de la CNC que han impuesto determinadas multas a los recurrentes y que citan como suspendidas por esta Sala resoluciones de la CNC 9 de diciembre de 2008, 13 de julio de 2006 y 25 de enero de 2002 y 27 de julio de 2000 que pueden ser un indicio de que no se ha conseguido con ello persuadir a las recurrentes de continuar realizando practicas restrictivas de la competencia a pesar de la numerosa jurisprudencia que se ha venido dictando a nivel nacional como europeo referida a la fijación de tarifas por parte de las sociedades de gestión de derechos de autor, por lo que con mas razón debe denegarse la suspensión al objeto de proteger las funciones ordenadoras de defensa de la competencia que tiene atribuida la CNC que requiere una pronta atención respeto por parte de las empresas sancionadas de sus resoluciones.



En cuanto a la alegación de la apariencia de buen derecho. La Jurisprudencia hace referencia al criterio la apariencia de buen derecho restringiéndola a los casos de nulidad de pleno derecho siempre que sea manifiesta, actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente a la que la Administración opone resistencia contumaz (STS de 9 de julio de 2009). En este caso no se aprecia concurren ninguno de estos presupuestos a la vista de las alegaciones de la parte.

El hecho de que ofrezca prestar garantía no es suficiente para acordar la suspensión ya que el artículo 30 de la ley 29/1998 de 13 de julio de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece que "únicamente" puede acordarse si la ejecución del acto pudiera hacer perder la finalidad legítima del recurso, lo que significa que en caso de ejecutarse el acto se crearan situaciones jurídicas irreversibles, que harían ineficaz la sentencia que se dictase y en este caso el recurrente no ha acreditado esos perjuicios. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2010 (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 3ª). "Determinadas sanciones económicas podrán, por cuanto supongan de pago de cantidades elevadas, causar perjuicios difícilmente reparables a las personas físicas o jurídicas y es factible en tales casos su suspensión cautelar, que no perturbaría los intereses generales en la medida en que quedara previamente garantizado su pago futuro. Pero la adopción de la cautela requiere, como reiteradamente hemos dicho, una mínima acreditación efectiva de los daños irreparables que la ejecución de las multas produzcan a los recurrentes. No habiéndose hecho así en este caso, fallaba el primer presupuesto para que pudiera acordarse la suspensión solicitada". En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2012 dictada en el recurso 2303/2011 "ni tan siquiera procede plantearnos la posibilidad de acceder a la suspensión de la resolución del Tribunal Económico-administrativo Central mediante la aportación de garantía o contracautela a la que se refiere el artículo 133 de la Ley 29/1998 , pues esta posibilidad requiere, como presupuesto ineluctable, que resulte viable la medida cautelar por concurrir las razones que lo justificarían, conforme a lo dispuesto en el artículo 130.1 de la Ley, esto es, que la ejecución del acto hiciera perder su finalidad al recurso su finalidad legítima, situación que, como hemos indicado, no se ha acreditado en el presente caso".>>

Por su parte, el Auto de 27 de febrero de 2.013 , que desestima el recurso de reposición , afirma:

<<ÚNICO: El recurrente en el recurso de reposición expone argumentos que ya han sido analizados por esta Sala en el auto impugnado, por lo que procede desestimar el mismo, remitiéndonos a lo allí razonado.>>

El recurso de casación se articula mediante dos motivos, acogidos al apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdiccional . Ambos motivos se fundan en la supuesta infracción del artículo 130 de la Ley jurisdiccional y de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo que lo interpreta y aplica, con cita de la Sentencia de esta Sala de 14 de abril de 2011 y la del Pleno de la Sala de 7 de marzo de 2005 . El segundo motivo se funda en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones que fueran objeto de debate, en relación con el artículo 14 CE , con el principio de igualdad y de no discriminación.

SEGUNDO .- Aducen las asociaciones recurrentes en el primer motivo casacional que los Autos impugnados vulneran el artículo 130 de la Ley de la Jurisdicción por no haber interpretado correctamente el precepto al considerar que no concurren en este caso los presupuestos que justifican la adopción de la medida cautelar de suspensión de la resolución recurrida, específicamente al no aplicar nuestra jurisprudencia sobre las sanciones pecuniarias y su naturaleza no recaudatoria. Se insiste en esta sede casacional que las sanciones impuestas son cuantitativamente muy relevantes y su ejecución produciría a AGEDI y a AIE perjuicios de imposible o muy difícil reparación, como se acredita a través de la prueba documental que la Audiencia Nacional no tuvo en consideración y que refleja la realidad de la situación económica en la que se encuentran las asociaciones recurrentes que carecen de recursos para hacer frente a la cuantía de las sanciones. Añade a lo anterior que en otros recursos contenciosos previos (75/2009 y 378/2006) la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional accedió a la suspensión de la ejecución de sendas sanciones impuestas por la Comisión Nacional de la Competencia a AGEDI y a AIE (Autos de 1 de Abril de 2009 y 16 de Noviembre de 2006) Y anteriormente, en el mismo sentido, se dictan Autos de 27 de junio de 2002 (recurso 201/2002) y de 29 de diciembre de 2000 (recurso 867/2000). Indica, además, que de acordarse la suspensión no se causaría ningún perjuicio a los intereses generales y que no existen intereses de terceros que pudieran verse afectados y, en cuanto a la apariencia de buen derecho, se señalan las graves irregularidades del expediente sancionador y los indicios que se ofrecían de inexistencia de abusos de posición de dominio.

En el segundo motivo se afirma que se habrían conculcado el artículo 14 al apartarse la Audiencia de su propio criterio en asuntos idénticos que se encontraban en situaciones homologables y en todo caso, análogas a la actual, todo ello sin razonar el cambio de criterio.



Ambos motivos deben ser rechazados. En efecto, no puede afirmarse que la mención que la Sala juzgadora hace de la existencia de previas sanciones de la Comisión Nacional de la Competencia suponga que no ha realizado una adecuada ponderación de intereses. Al contrario, la Sala se refiere expresamente como fundamento de su decisión a la falta de acreditación suficiente de que el pago de la sanción pudiera suponer un perjuicio a las recurrentes, todo ello a la vista de la documentación aportada de la que deduce la existencia de una situación patrimonial de solvencia que permite hacer frente a las sanciones, Es verdad que la Sala hace una referencia a las precedentes sanciones de similar naturaleza que fueron suspendidas y sus consecuencias, lo cual, como denuncia la parte recurrente, no resultaría decisivo ni equivalente a la ponderación que exige el artículo 130 de la Ley Jurisdiccional , a los efectos de rechazar la medida, pero es lo cierto que la referencia singular a la existencia de un patrimonio suficiente y en fin, a la ausencia de perjuicios irreversibles para las asociaciones recurrentes es bastante para considerar cumplida la previsión legal del artículo 130.1 de la Ley jurisdiccional de efectuar una valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto y fundamenta la decisión de rechazo.

Por lo demás, como hemos declarado en otras ocasiones, ha de tenerse en cuenta que la *ratio* legal para la adopción de la medida cautelar, no es tal ponderación de intereses sino que lo que la Ley prevé es que la misma sólo puede adoptarse cuando la ejecución del acto impugnado puede hacer perder su finalidad legítima al recurso. Así pues, siendo esa la razón que debe determinar la decisión, la Ley impone que para resolver sobre si se produce tal pérdida de finalidad del recurso el órgano judicial tenga en cuenta los intereses en conflicto. Pues bien, de lo expuesto se desprende que la Sala ha ponderado de manera suficiente los intereses concurrentes y declara que no se han acreditado debidamente los hipotéticos perjuicios causados por la ejecución y abono de las cuantías correspondientes a las sanciones, a pesar de su elevada cuantía, por lo que en ningún caso el recurso perdería su finalidad por la denegación de las medidas cautelares reclamadas.

En este sentido debe entenderse bastante la referencia efectuada por la Sala a la falta de acreditación de los perjuicios alegados por la parte en el caso de ejecutarse la resolución sancionadora, sin que resulte imprescindible un nuevo examen de la documentación aportada, que corresponde al Tribunal de instancia, para entender correctamente efectuada la ponderación de intereses requerida por el artículo 130.1 de la Ley jurisdiccional . De la lectura de ambos Autos se deduce sin género de dudas que la Sala ha considerado tales alegaciones y ha entendido prevalente el interés público del cumplimiento de las sanciones, frente a los eventuales perjuicios aducidos por las asociaciones recurrentes, que la Sala toma en consideración mediante razonamientos concretos a los que nos hemos referido.

Debe señalarse también, frente a determinadas afirmaciones de la recurrente sobre dichos perjuicios, que es fácilmente posible la reparación mediante la restitución de la suma económica.

TERCERO .- Tampoco el segundo de los motivos puede prosperar, pues en el se denuncia la quiebra del principio de igualdad en la aplicación de la ley por el distinto criterio sostenido por la Sala de instancia en uno y otro de los supuestos enjuiciados. La queja ha de rechazarse al no tomar en consideración que la Sala actúa en atención a las singulares circunstancias concurrentes en cada caso y precisamente en los Autos impugnados se razona de forma suficiente sobre la existencia de otras precedentes resoluciones de signo distinto y de la razón por la que se considera, en este caso, improcedente la suspensión instada, esto es, expone la Sala las razones por las que efectivamente entiende que este supuesto debe resolverse de manera diferente a los precedentes.

A lo anterior, que ya de por sí bastaría para rechazar el motivo, ha de sumarse el hecho de que en el recurso entablado por las sancionadas contra similares resoluciones sancionadoras de la Comisión Nacional de Competencia a las impugnadas en el presente recurso ha recaído ya Sentencia de esta Sala Tercera sobre el fondo del asunto en sentido desestimatorio (Sentencias de 19 de marzo y 26 de septiembre de 2013 , en los Recursos de casación 2125/09 y 2877/10). Dado que las recurrentes lo fueron por similares conductas anticompetitivas y que nuestras Sentencias confirman la legalidad de las precedentes resoluciones sancionadoras, tal circunstancia impide apreciar la existencia de apariencia de buen derecho en la postura defendida por las ahora recurrentes.

CUARTO .-De lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho se deriva la desestimación de todos los motivos formulados y, con ello, del recurso de casación interpuesto por la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI), y Artistas, Intérpretes o Ejecutantes Sociedad de Gestión de España (AIE).

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley jurisdiccional se imponen las costas a las recurrentes. La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de tres mil euros la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , las condenadas al pago de las costas han de satisfacer a cada una de las partes contrarias.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

**FALLAMOS**

Primero. - Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación número 1747/13, interpuesto por la ASOCIACION DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI), y ARTISTAS, INTÉRPRETES O EJECUTANTES SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE), contra los Autos de 27 de noviembre de 2012 y 27 de febrero de 2013, dictados por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta), en la pieza separada de medidas cautelares dimanante del recurso número 346/2012.

Segundo. - Efectuar expresa imposición de las costas del recurso de casación a las recurrentes, en los términos indicados respecto de la determinación del límite máximo de su cuantía.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricado.- **PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excm. Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretaria, certifico.