

Roj: STS 1787/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1787  
Id Cendoj: 28079130032016100142  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 3  
Nº de Recurso: 2966/2015  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
Ponente: JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Abril de dos mil dieciséis.

**VISTO** el recurso de casación registrado bajo el número 2966/2015, interpuesto por la Procuradora Doña Rocío Blanco Martínez, en representación de la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE), con la asistencia de Letrado, contra el Auto de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 9 de julio 2015, dictado en la pieza de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo número 23/2015 , que desestimó el recurso de reposición planteado contra el precedente Auto de 4 de mayo de 2015 , que, estimando el recurso de reposición formulado contra el Auto de 20 de marzo de 2015, acordó no haber lugar a la suspensión de la medida de intimación para que cese en la conducta sancionada impuesta en el pronunciamiento tercero de la parte dispositiva de la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 6 de noviembre de 2014, recaída en el expediente sancionador S/0460/13. Han sido partes recurridas la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO (COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA), representada y defendida por el Abogado del Estado, y la ASOCIACIÓN DE PROMOTORES MUSICALES (APM), representada por la Procuradora Doña María José Bueno Ramírez.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En la pieza de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo 23/2015, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó Auto de fecha 9 de julio 2015 , que desestimó el recurso de reposición planteado contra el precedente Auto de 4 de mayo de 2015 , cuya parte dispositiva, dice literalmente:

« Primero.- Estimar el recurso de reposición interpuesto contra el Auto de 20 de marzo de 2014, que se deja sin efecto.

Segundo.- No haber lugar a la suspensión de la medida acordada en el pronunciamiento Tercero de la parte dispositiva de la Resolución de la CNMC de fecha 6 de noviembre de 2014, impugnada este procedimiento.

Frente a lo acordado en el apartado Primero de este auto no cabe recurso alguno.

Contra lo resuelto en el apartado Segundo de este auto cabe interponer recurso de reposición en el plazo de CINCO DÍAS previa constitución del depósito precepto de 25 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano Judicial. » .

**SEGUNDO.-** Contra dichos Autos, la representación procesal de la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE), interpuso recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante diligencia de ordenación de 11 de septiembre de 2015, y acordó elevar las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes.

**TERCERO.-** Emplazadas las partes, la representación procesal de la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y

con fecha 28 de octubre de 2015, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que teniendo por presentado el presente escrito y por formulado en tiempo y forma RECURSO DE CASACIÓN contra los autos dictados por la Audiencia nacional el 4 de mayo de 2015 y el 9 de julio de 2015 en el recurso 23/2015 , lo admita y, tras los trámites legales oportunos, dicte Sentencia declarando nulos y contrarios a Derecho los autos objeto del presente recurso, condenando en costas a la Administración. » .

**CUARTO.-** Por providencia de fecha 16 de diciembre de 2015, se admite el recurso de casación.

**QUINTO.-** Por diligencia de ordenación de fecha 11 de enero de 2016 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso de casación a las partes comparecidas como recurridas (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO y la ASOCIACIÓN DE PROMOTORES MUSICALES [APM]) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudieran oponerse al recurso, lo que efectuaron con el siguiente resultado:

**1º.-** La Procuradora Doña María José Bueno Ramírez, en escrito presentado el 25 de febrero de 2016, efectuó las alegaciones que consideró oportunas y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que tenga por presentado este escrito de oposición al recurso de casación interpuesto por la SGAE, lo admita y, de conformidad, acuerde confirmar el auto recurrido, quedando, en consecuencia, denegada la suspensión solicitada por la SGAE o, subsidiariamente, si concede dicha suspensión, imponga a la SGAE una caución suficiente para cubrir los perjuicios que de la misma se habrían de causar a los promotores musicales, cifrados por esta parte orientativamente en 54.121.220,02 €, todo ello con expresa imposición de costas a la parte recurrente. » .

**2º.-** El Abogado del Estado, en escrito de fecha 26 de febrero de 2016, efectuó, asimismo, las alegaciones que consideró oportunas y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que teniendo por presentado este escrito lo admita y en su virtud me tenga por opuesto al recurso de casación formulado y tras la tramitación pertinente dicte sentencia complemente desestimatoria, con imposición de las costas procesales a la recurrente. » .

**SEXTO.-** Por providencia de fecha 30 de marzo de 2016, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 12 de abril de 2016, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, Magistrado de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación.**

El recurso de casación que enjuicamos, se interpuso por la representación procesal de la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) contra el Auto de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 9 de julio 2015 , que acordó desestimar el recurso de reposición formulado contra el precedente Auto de 4 de mayo de 2015 , que, estimando el recurso de reposición formulado contra el Auto de 20 de marzo de 2015, acordó no haber lugar a la suspensión de la medida acordada en el pronunciamiento tercero de la parte dispositiva de la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 6 de noviembre de 2014, recaída en el expediente sancionador S/0460/13, de intimación para que cese en la conducta sancionada, por infracción del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , en el plazo de tres meses desde la notificación de la resolución y para que se abstenga de cometer prácticas como las sancionadas y otras análogas que puedan obstaculizar la competencia.

El Auto dictado por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 4 de mayo de 2015 , acuerda denegar la medida cautelar solicitada de suspensión del referido apartado de la parte dispositiva de la citada resolución, con base en los siguientes razonamientos jurídicos:

« [...] Argumenta en su escrito de reposición la Sociedad General de Autores y Editores de España que el Auto que recurre resulta incongruente por cuanto la medida cautelar solicitada no era, como supone dicho Auto, la suspensión de la ejecutividad de la sanción de multa, en realidad ya satisfecha como en efecto justifica, sino el pronunciamiento Tercero de la parte dispositiva de la Resolución de 6 de noviembre de 2014, del siguiente tenor literal: "Intimar a la SGAE para que cese en la conducta en el plazo de tres meses contados desde la notificación de esta resolución y, en lo sucesivo, se abstenga de cometer prácticas como las sancionadas u otras análogas, que puedan obstaculizar la competencia".

Se remite a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 240 de la LOPJ invocando el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24 de la Constitución con cita de diversos pronunciamientos jurisprudenciales que vinculan la vulneración ese derecho con las resoluciones judiciales incongruentes.

Y es esto sin duda lo que ha sucedido en el presente caso pues la concreta petición contenida en el suplico del escrito por el que se interesaba la medida cautelar era textualmente la de "Acuerde suspender cautelarmente la ejecución del pronunciamiento tercero de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 6 de noviembre de 2014, recaída en el expediente S/0460/13, SGAE-CONCIERTOS, sin que sea necesario presentar caución o garantía suficiente. Subsidiariamente, acuerde suspender cautelarmente la ejecución del pronunciamiento TERCERO de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 6 de noviembre de 2014 (...) condicionándola a la presentación de caución o garantía suficiente, en la cuantía que estime la Sala".

Es evidente entonces que se ha incurrido en el defecto de incongruencia que denuncia la recurrente y, por tanto, en la nulidad de lo resuelto pues, como argumenta el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de diciembre de 2014, recurso casación núm. 3084/2012, "Respecto a la congruencia como integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (art.

24.1 CE), la doctrina constitucional ha afirmado (por todas, STC 83/2009, de 25 de marzo, FJ 2) que: *«El derecho reconocido en el art. 24.1 CE comprende, junto a otros contenidos, el derecho a obtener una resolución congruente y razonable. Por lo que respecta a la primera de estas dos notas, la doctrina de este Tribunal acerca de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión como consecuencia del dictado de una resolución judicial incongruente ha sido sistematizada en la STC 40/2006, de 13 de febrero, en la cual afirmábamos lo siguiente: 'Dentro de la incongruencia hemos venido distinguiendo, de un lado, la incongruencia omisiva o ex silentio, que se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución', y de 'otro lado, la denominada incongruencia por exceso o extra petítum, que se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones... Más concretamente, desde la perspectiva constitucional, este Tribunal ha venido declarando reiteradamente que, para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE ), se requiere que la desviación o desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (ultra petítum) o algo distinto de lo pedido (extra petítum), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron la oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales. En algunas ocasiones, tiene declarado este Tribunal, ambos tipos de incongruencia pueden presentarse unidas, dándose la llamada incongruencia por error, que es aquélla en la que concurren al unísono las dos anteriores clases de incongruencia. En efecto, se trata de supuestos en los que, por error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión o pretensiones formuladas por las partes en la demanda o sobre los motivos del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta»* (por todas, SSTC 15/1999, de 22 de febrero, FJ 2 ; 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3 ; 182/2000, de 10 de julio, FJ 3;)"

[...] Dicho lo anterior, se hace necesario ahora abordar la cuestión en rigor planteada por la actora en el incidente cautelar, esto es, la procedencia de suspender la intimación de "cese en la conducta en el plazo de tres meses contados desde la notificación de esta Resolución.. ." y de que "en lo sucesivo se abstenga de cometer prácticas como las sancionadas u otras análogas que puedan obstaculizar la competencia".

El primero de los motivos esgrimidos para ello incide en el *periculum in mora* por cuanto la ejecución de esta medida, se dice, haría perder su finalidad legítima al recurso.

Se refiere así a la producción de una situación irreversible que haría ineficaz una eventual sentencia estimatoria favorable a la SGAE, que no podría volver a la tarifa actual ni recuperar el dinero no cobrado dado la fragilidad de las empresas promotoras de conciertos que van desapareciendo del mercado con rapidez.

Además de imposibilitar que la recurrente pudiera cumplir correctamente la obligación impuesta por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre.

Para analizar esta pretensión es preciso partir de lo dispuesto en el artículo 130.1 de la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa según el cual *"Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición recurrida pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso"*.

Exige la norma una previa valoración de los intereses que aparecen enfrentados, que en el caso de autos entiende la Sala debe decantarse en favor del interés general que exige evitar que se produzca una explotación abusiva de la posición de dominio que en el mercado mantiene la entidad sancionada, y que se perpetúe el cobro de tarifas calificadas como "no equitativas y excesivas"; interés que debe prevalecer frente al particular de la recurrente.

La fragilidad de las empresas promotoras de los conciertos que invoca la actora abunda en la idea de que debe considerarse su interés como especialmente necesitado de amparo cautelar al resultar especialmente sensibles a la exigencia de tarifas excesivas o desproporcionadas.

Por lo demás, no se aportan datos concluyentes que pongan de manifiesto la producción de perjuicios irreparables o de muy difícil reparación que hubiera necesariamente de arrastrar la ejecución de la Resolución impugnada en este particular, por lo que debe denegarse su suspensión.

No hay tampoco base bastante para considerar que el mantenimiento de la medida cuya suspensión se interesa pudiera imposibilitar a la SGAE para cumplir las obligaciones que derivan de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre. Téngase presente que la concreta exigencia impuesta a la demandante es la de "cese en la conducta ..., y en lo sucesivo se abstenga de cometer prácticas como las sancionadas u otras análogas, que puedan obstaculizar la competencia". De ello no se desprende que se imposibilite el cumplimiento de mandato legal alguno pues la intimación persigue, por la propia lógica del procedimiento sancionador seguido y de la medida finalmente adoptada, que no se prolongue en el tiempo la situación que precisamente ha dado lugar a la sanción.

[...] Se dice también en la solicitud de suspensión cautelar que la pretensión anulatoria reviste una apariencia de buen derecho por las consideraciones que refleja en el mismo escrito.

La doctrina del Tribunal Supremo elaborada en torno a la valoración del "fumus boni iuris" como criterio de necesaria ponderación al plantearse la posibilidad de la suspensión del acto recurrido se abordaba ya, entre otras muchas, en la Sentencia de 27 de febrero de 1996 al señalar que *"la doctrina de la apariencia del buen derecho significa, según repetidas declaraciones jurisprudenciales, ( Autos de 20 de diciembre de 1990 y 12 de enero y 23 de abril de 1991 ) que cuando el recurso contencioso-administrativo interpuesto viene de antemano justificado de tal manera que, sin prejuzgar la decisión final que haya de adoptarse, puede de una manera ostensible entenderse que habrá de ser estimado, la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución , que es también una tutela cautelar cuando resulta procedente, demanda la suspensión del acto combatido, basada en la apariencia de buen derecho del recurso promovido..."*.

El reciente Auto de 23 de marzo de 2015 se pronuncia sobre esta cuestión en los siguientes términos: *"La apariencia de buen derecho (fumus bonis iuris) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar. La Ley de la Jurisdicción de 1956 no hacía expresa referencia al criterio del fumus bonis iuris, como tampoco lo hace la vigente LJCA, cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LEC/2000 que sí alude a este criterio en el art. 728 . No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta ATS 14 de abril de 1997 ; de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que "la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general( declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que*

han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito ( AATS 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y STS de 14 de enero de 1997, entre otros)".

Las razones en las que pretende justificarse por esta vía la suspensión se refieren al incumplimiento de la sentencia de esta Sala de 6 de abril de 2009, así como a la "nulidad del procedimiento administrativo sancionador seguido ante la Autoridad de competencia", insuficientes para suspender las medidas controvertidas; y ello por cuanto la referida "apariencia de buen derecho", capaz de detener la ejecución del acto recurrido sólo cuando se evidencian datos objetivos muy relevantes que pongan de manifiesto al margen de un juicio de fondo extraño a este incidente la abierta ilegalidad del acto, no existe en el caso que nos ocupa. Con todo ello no se prejuzga en modo alguno el fallo definitivo por cuanto las consideraciones y fundamentos recogidos en su día en la demanda habrán de ser objeto de cumplido examen en los autos principales, sin que sea posible su análisis dentro del estrecho cauce de este incidente cautelar. » .

El Auto de la Sala de instancia de 9 de julio de 2015 desestima el recurso de reposición interpuesto contra el precedente Auto de 4 de mayo de 2015, con la exposición de los siguientes argumentos jurídicos:

« [...] El recurso de reposición que ahora se resuelve se ampara, como primer motivo, en la existencia de *reformatio in peius* al haberse producido, se dice, y como consecuencia de la estimación del recurso de reposición interpuesto frente al Auto de 4 de mayo de 2015, una situación para la propia entidad recurrente más desventajosa que la generada con el Auto recurrido y anterior por tanto a la interposición de su recurso.

Afirma la representación procesal de la SGAE que la Sala había reconocido la apariencia de buen derecho de la pretensión que, sin embargo, después es negada en el Auto recurrido.

Es evidente que no ha habido tal *reformatio in peius* pues la apariencia de buen derecho a que se refería el Auto de 20 de marzo de 2015 aludía a la cuantificación de la multa que, como se razona en el de 4 de mayo siguiente, era una cuestión no controvertida.

Advertido el error, que puso de manifiesto la propia entidad actora, la apariencia que se juzga ahora es la de la pretensión cautelar verdaderamente deducida, es decir, la que atañe a lo resuelto en el apartado Tercero de la resolución originariamente impugnada: "Intimar a la SGAE para que cese en la conducta ... y en lo sucesivo se abstenga de cometer prácticas como las sancionadas u otras análogas, que puedan obstaculizar la competencia".

No hay en consecuencia modificación en perjuicio del recurrente, sino valoración de una circunstancia distinta y que es en rigor la verdaderamente cuestionada en este trámite.

En segundo lugar, insiste la SGAE en la producción de una situación irreversible de mantenerse la medida "que haría ineficaz una eventual sentencia estimatoria". Argumento al que añade también en reposición el esgrimido originariamente sobre las dificultades de cumplimiento del procedimiento y plazos de la Ley de Propiedad Intelectual tras la modificación de la misma operada por la Ley 21/2014.

Y de nuevo hemos de decir que dicha irreversibilidad no ha sido justificada ni debidamente contrastada, y en todo caso debe ceder ante la situación que se generaría para las empresas promotoras que se mantendrían sometidas al cobro de las tarifas ya calificadas como "excesivas y no equitativas", empresas a cuya fragilidad alude el Auto impugnado por expresa referencia a lo manifestado al respecto por la misma SGAE.

De igual modo, la eventual imposibilidad de cumplir plazos y procedimiento impuestos por la Ley es una conclusión fruto únicamente de una apreciación subjetiva de la interesada, que de ningún modo puede condicionar la adopción de la medida cautelar la cual ha de obedecer a los criterios tasados que al respecto se contienen en la LJCA. No se advierte de qué modo la ejecución inmediata de la medida, consistente tan solo en que la SGAE cese en la conducta sancionada y se abstenga de realizar otras análogas, refiriéndose al cobro de "tarifas inequitativas y excesivas en las licencias concedidas...", puede tener aquella consecuencia.

Es precisamente a la necesaria ponderación de los intereses en conflicto, y a lo que entiende como una adecuada aplicación del artículo 130 de dicha Ley, a lo que se refiere la actora en el último motivo de su recurso de reposición, advirtiendo que el interés en la suspensión prevalece sobre el interés en la ejecución.

Ciertamente, ni el interés público requiere de la suspensión de la medida, antes al contrario, exige adoptar con carácter ejecutivo las que puedan vulnerar el derecho de competencia; ni es lo cierto que no

existan otros intereses comprometidos, pues ello se sontradicen con la situación en que se encuentran las empresas que han de someterse a las tarifas controvertidas.».

El recurso de casación se articula en la formulación de cuatro motivos de casación.

El primer motivo de casación, que se funda al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se sustenta en la infracción del artículo 24 de la Constitución, así como de los artículos 89 y 113.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de los artículos 33 y 67.1 de la Ley jurisdiccional Contencioso-Administrativa, y del artículo 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la jurisprudencia. Se aduce que los Autos recurridos han supuesto un agravamiento de la situación de la recurrente, puesto que la coloca en una posición más desventajosa que la que se encontraba antes de haber recurrido el Auto de 20 de marzo de 2015, vulnerando el principio de reformatio in peius.

El segundo motivo de casación, que se funda al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la apariencia de buen derecho a la hora de otorgar una medida cautelar, en la medida en que la Sala de instancia no ha acordado suspender el acto recurrido a pesar de que la sanción impuesta por la CNMC tiene escasa consistencia jurídica, por contravenir un cuerpo jurisprudencial reiterado sobre el cálculo del importe de las multas.

El tercer motivo de casación, que se funda al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se fundamenta en la infracción de los artículos 129 y 130 de la mencionada Ley jurisprudencial y la jurisprudencia correspondiente, en la medida que los Autos recurridos no permiten garantizar la eficacia de la sentencia que se pueda dictar ni realizan una adecuada ponderación de los intereses en juego.

El cuarto motivo de casación, que se formula al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se sustenta en la infracción de la disposición transitoria de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, así como el artículo 157 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, en cuanto la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) desconoce los criterios a los que habría de atenerse para modificar las tarifas actuales, ya que aún no se han fijado por la Administración.

#### **SEGUNDO.- Sobre la improsperabilidad del recurso de casación.**

El primer motivo de casación, fundamentado en la infracción del artículo 24 de la Constitución, así como en los artículos 89 y 113.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de los artículos 33 y 67 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y el artículo 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede ser acogido, pues descartamos que la Sala de instancia haya vulnerado el principio procesal de reformatio in peius al dictar el Auto de 4 de mayo de 2015, que, al estimar el recurso de reposición formulado por la representación procesal de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) contra el precedente Auto de 20 de marzo de 2015, acordó no haber lugar a la suspensión cautelar del pronunciamiento tercero de la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 6 de noviembre de 2014, recaída en el expediente sancionador S/0460/13.

En efecto, cabe poner de relieve que no compartimos la tesis argumental que formula la defensa letrada de la Sociedad recurrente, respecto de que el Auto dictado por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 4 de mayo de 2015, y el Auto ulterior confirmatorio de 9 de julio de 2015 «han ocasionado un agravamiento de la situación de la recurrente, pues la colocan en una situación más desventajosa que la que se encontraba antes de haber recurrido el Auto de 20 de marzo de 2015», porque elude que la impugnación de dicho Auto se había fundamentado, al amparo del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en que era incongruente la decisión cautelar acordada por la Sala de instancia, al no haber resuelto la concreta petición de medida cautelar solicitada en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 6 de noviembre de 2014, lo que determinó que el Tribunal, al apreciar dicho defecto procesal, estimara el recurso de reposición y debiera pronunciarse -por primera vez- sobre la petición cautelar interesada.

Por ello, no consideramos que la Sala de instancia haya infringido el invocado artículo 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone que la resolución que resuelve un recurso de apelación «no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelante», porque, en el supuesto enjuiciado en este proceso, estimamos que no concurre el presupuesto de hecho de que el Auto de 4 de mayo de 2015, que resuelve el recurso de reposición formulado contra el precedente auto de 20 de marzo de 2015, haya perjudicado los intereses legítimos de la Sociedad recurrente, esgrimidos al plantear el incidente cautelar por variar la valoración del criterio de apariencia de buen derecho, porque, tal como sostiene la Sala de instancia en su Auto de 9 de junio de 2015, la decisión de denegar la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de la orden de intimación para que cesase en la conducta infractora, se fundamenta en la aplicación de criterios distintos, que no guardan relación con la doctrina jurisprudencial sobre la cuantificación de las multas impuestas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que justificó la adopción del Auto de 20 de marzo de 2015.

El segundo motivo de casación, que se fundamenta en la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo formulada en relación con la aplicación del principio de apariencia de buen derecho, en la adopción de medidas cautelares, tampoco puede ser acogido, en cuanto observamos que la defensa letrada de la sociedad recurrente incurre en desviación procesal, al cuestionar de forma sucinta y genérica que los Autos recurridos -que se refieren a la petición de suspensión cautelar de la ejecutividad de la intimación realizada para el cese de la conducta sancionada por infringir el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia-, no han incorporado el «cuerpo jurisprudencial» sobre el cálculo del importe de las multas, lo que no guarda relación con el supuesto cautelar enjuiciado.

No obstante, cabe referir, que, en cuanto pudiera inferirse de la exposición argumental que se desarrolla en la articulación de este segundo motivo de casación, que denuncia la existencia de contradicción entre la fundamentación relativa a la apariencia de buen derecho expuesta en el Auto de 20 de marzo de 2015 -en que se acuerda la suspensión de la multa impuesta- y la que se contiene en el Auto de 4 de mayo de 2015 recurrido-, que no acuerda dar lugar a la suspensión de la ejecutividad de la orden de intimación-, resulta evidente en este supuesto la divergencia de las motivaciones de los Autos contrapuestos, ya que mientras en el Auto de 20 de marzo de 2015 el principio de «apariencia de buen derecho» se aplica en relación con la doctrina formulada en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, sobre el cálculo de las multas impuestas por infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, en el Auto de 4 de mayo de 2015 no se considera dicho criterio aplicable por no existir base jurídica para ello.

El tercer motivo de casación, basado en la infracción de los artículos 129 y 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no puede ser acogido, pues consideramos que la Sala de instancia ha realizado un análisis pormenorizado del periculum in mora y de los intereses en juego, acorde con la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, al sostener que no procede acordar la suspensión del pronunciamiento tercero de la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 6 de noviembre de 2014, puesto que no se evidencia que la ejecución de la orden de intimación para que la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) cese en la conducta infractora y se abstenga de cometer prácticas como las sancionadas produzca daños de carácter irreversible, y manifestar que debe prevalecer el interés general que exige evitar que se produzca una explotación abusiva de la posición de dominio que perpetúe el cobro de tarifas que se califican de «no equitativas» y «excesivas».

Por ello, descartamos que los Autos de la Sala de instancia recurridos infrinjan la doctrina del Tribunal Constitucional y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo formuladas en materia de medidas cautelares, teniendo en cuenta que, como dijimos en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de 21 de mayo de 2008 (RC 3464/2007), reiterando una consolidada doctrina expuesta en la sentencia de 22 de julio de 2002 (RC 3507/1998), y que se transcribe en el auto de 16 de julio de 2004 (R 46/2004), la razón de ser de la justicia cautelar se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso. Con las medidas cautelares se trata de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación, como señalaba el artículo 122 LJ -o, como dice expresivamente el artículo 129 de la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), asegurando la efectividad de la sentencia-. Por ello el periculum in mora forma parte de la esencia de la medida cautelar, pues, en definitiva, con ella se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil.

Como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 218/1994 , la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial; esto es, trata de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia. Pero, además, en el proceso administrativo la suspensión cautelar tiene determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, y que pueden cifrarse genéricamente en constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones públicas, con el fin de garantizar una situación de igualdad con respecto a los particulares ante los Tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el art. 106.1 CE ("Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican").

Entre otros muchos aspectos de la jurisdicción y del proceso contencioso-administrativo que experimentaron el influjo directo de la Constitución se encuentra el de las medidas cautelares, a través de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el artículo 24.1 de dicha Norma Fundamental, de tal manera que la suspensión cautelar de la ejecutividad de la disposición o del acto administrativo deja de tener carácter excepcional y se convierte en instrumento de la tutela judicial ordinaria. De esta forma, sin producirse una modificación formal del artículo 122 Ley de la Jurisdicción de 1956 , cristaliza una evolución jurisprudencial que acoge la doctrina del llamado *fumus bonis iuris* o apariencia del buen derecho respecto de la que resulta obligada la cita del ATS de 20 de diciembre de 1990 . Esta resolución proclama lo que llama "derecho a la tutela cautelar", inserto en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, "lo que, visto por su envés, significa el deber que tienen tanto la Administración como los Tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso, judicial)". Y esta fuerza expansiva del artículo 24.1 CE viene también impuesta por el principio de Derecho Comunitario europeo recogido en la Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 19 de junio de 1990, principio que hace suyo nuestro Tribunal Supremo y que se resume en que "la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón".

La decisión sobre medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar, en relación con los distintos criterios que deben ser tomados en consideración según la LJ y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional, que, según nuestra jurisprudencia, puede resumirse en los siguiente puntos:

« a) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. Como señala un ATS de 3 de junio de 1997 : *"la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado [o la vigencia de la disposición impugnada] le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación "*. El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica.

b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC 148/1993 *"el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal"* ( Cfr. ATS de 20 de mayo de 1993 ).

c) El *periculum in mora* , constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que, de modo inmediato, puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.

d) El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: *"al juzgar sobre la procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego"*. Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia *"cuando las exigencias de ejecución que el*

*interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto" ( ATS 3 de junio de 1997 , entre otros muchos).*

e) La apariencia de buen derecho ( *fumus bonis iuris*) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar. » .

Cabe poner de relieve que en este supuesto, además de concurrir intereses públicos derivados de la observancia del Derecho de la Competencia, se advierte que hay intereses de terceros que merecen protección, que resultarían gravemente afectados si eventualmente se adoptase la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de la orden de intimación, al tener que seguir soportando la aplicación de tarifas del 10% sobre sus ingresos que la resolución del a Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia considera excesivas, tal como aduce la defensa letrada de la Asociación de Promotores Musicales (APM) en su escrito de oposición, frustrándose la finalidad de dicha resolución de tratar de impedir que se perpetúen conductas abusivas en la aplicación de tarifas.

El cuarto motivo de casación, fundamentado en la infracción de la disposición transitoria segunda de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre , por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, así como del artículo 157 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, no puede ser acogido, pues rechazamos que la Sala de instancia haya vulnerado estas disposiciones, que establecen, respectivamente, el nuevo marco regulatorio de las tarifas por las entidades de gestión y las obligaciones que les incumbe en el ejercicio de su actividad, al sostener que no procede acordar la suspensión de la ejecución del pronunciamiento tercero de la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 6 de noviembre de 2014, en cuanto el cumplimiento de la orden de intimación del cese de la conducta sancionada no imposibilita el cumplimiento del mandato legal establecido en dichas normas, pues la finalidad de dicha intimación es restablecer la observancia del principio de legalidad, que había sido violado por las prácticas de la sociedad recurrente, impidiendo que se perpetúen conductas lesivas del Derecho de la Competencia.

En consecuencia con lo razonado, procede declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) contra el Auto de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 9 de julio 2015 , que acordó desestimar el recurso de reposición planteado contra el precedente Auto de 4 de mayo de 2015 , que acordó no haber lugar a la suspensión de la medida acordada en el pronunciamiento tercero de la parte dispositiva de la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 6 de noviembre de 2014, dictados en la pieza de medidas cautelares del recurso contencioso- administrativo número 23/2015.

### **TERCERO.- Sobre las costas procesales.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte recurrente.

A tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 de la Ley jurisdiccional , la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , ha de satisfacer a la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de cuatro mil euros, más IVA si procede, a cada una de las partes recurridas.

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 debemos declarar y declaramos no haber lugar** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) contra el Auto de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 9 de julio 2015, dictados en la pieza de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo número 23/2015 .



**Segundo.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales** causadas en el presente recurso de casación a la parte recurrente, en los términos fundamentados 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.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Eduardo Calvo Rojas.- Maria Isabel Perello Domenech.- Jose Maria del Riego Valledor.- Diego Cordoba Castroverde.- Rubricados. **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.- Aurelia Lorente Lamarca.- Firmado.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ