



Roj: **STS 4126/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4126**

Id Cendoj: **28079130032015100292**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **05/10/2015**

Nº de Recurso: **3250/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3114/2012,**  
**STS 4126/2015**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a cinco de Octubre de dos mil quince.

**VISTO** el recurso de casación, registrado bajo el número **3250/2012**, interpuesto por la representación procesal de la mercantil ARTISTAS INTÉRPRETES SOCIEDAD DE GESTIÓN (AISGE), contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de julio de 2012, que acordó desestimar el recurso contencioso-administrativo 398/2011, formulado contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de junio de 2011, recaída en el expediente R/0071/11, que desestimó el recurso administrativo planteado contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de 16 de marzo de 2011, que acordó no iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento sancionador incoado por existir indicios racionales de la comisión de una infracción del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistente en la realización de diversas prácticas tendentes a la aplicación de tarifas excesivas, desproporcionadas y abusivas. Ha sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el proceso contencioso-administrativo número 398/2011, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 5 de julio de 2012, cuyo fallo dice literalmente:

« Que debemos ADMITIR Y DESESTIMAR como DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de ARTISTAS INTERPRETES SOCIEDAD DE GESTION contra el Acuerdo dictado el día 30 de junio de 2011 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos, por ser conforme a derecho. *Sin efectuar condena al pago de las costas.* » .

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de la mercantil ARTISTAS INTÉRPRETES SOCIEDAD DE GESTIÓN (AISGE) 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 fecha 10 de septiembre de 2012 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**TERCERO.-** Emplazadas las partes, la representación procesal de la entidad mercantil ARTISTAS INTÉRPRETES SOCIEDAD DE GESTIÓN (AISGE) recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con



fecha 26 de octubre de 2012, 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 admitiendo este escrito con sus copias, se sirva tenerme por comparecido y parte en representación de ARTISTAS INTERPRETES SOCIEDAD DE GESTION (AISGE) y por interpuesto en tiempo y forma Recurso de Casación contra la *sentencia de 5 de julio de 2012 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y lo admita, y previos los trámites rituarios que correspondan, dicte sentencia por la que case y anule la sentencia recurrida y pronuncie otras más ajustada a Derecho que declare la nulidad de la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia recurrida y ordene a la misma el inicio de las actuaciones de terminación convencional del expediente.* ».

**CUARTO.-** Por providencia de 10 de enero de 2013 se admite el recurso de casación.

**QUINTO.-** Por diligencia de ordenación de fecha 1 de febrero de 2013, se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudiera oponerse al recurso, lo que efectuó el Abogado del Estado en escrito presentado el día 11 de marzo de 2013, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos, y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo; tenerle, en la representación que ostenta, por opuesto al presente recurso ordinario de casación; seguir el procedimiento por todos sus trámites y, en su día, dictar sentencia en los términos que resultan de las consideraciones que anteceden. » .

**SEXTO.-** Por providencia de fecha 29 de mayo de 2015, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 29 de septiembre de 2015, 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 enjuiciamos se interpuso por la representación procesal de la mercantil ARTISTAS INTÉRPRETES SOCIEDAD DE GESTIÓN (AISGE) contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de julio de 2012 , que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de junio de 2011, recaída en el expediente R/0071/11, que desestimó el recurso administrativo promovido contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de 16 de marzo de 2011, que acordó no iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento sancionador incoado por existir indicios racionales de la comisión de una infracción del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia , y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , consistente en la realización de diversas prácticas tendentes a la aplicación de tarifas excesivas, desproporcionadas y abusivas.

La Sala de instancia fundamenta la decisión de desestimación del recurso contencioso-administrativo, con base en los siguientes razonamientos jurídicos:

« [...] El motivo fundamental por el que se impugna la actuación administrativa es la alegada arbitrariedad de la misma. A juicio de la recurrente la resolución de la D.I. es arbitraria, le produjo flagrante indefensión y le produjo grave perjuicio a sus derechos e intereses legítimos.

En el escrito de demanda (pág. 10) resume los motivos por los que la Administración niega el inicio del procedimiento de terminación convencional:

" (i) el momento procesal tardío en el que AISGE presenta su solicitud:

(ii) no existir margen *"para que los compromisos presentados puedan resolver los efectos negativos sobre la competencia"* ;

(iii) no haber admitido AISGE que sus conductas hayan vulnerado la LDC ni haber realizado *"mención alguna a la posibilidad de poder resolver ningún efecto sobre la competencia derivado de las mismas"*;

(iv) no haber acompañado la solicitud de inicio de la terminación convencional *"de indicación alguna de cuáles van a ser las líneas generales de su propuesta de compromisos"*;

(v) la escasa posibilidad a juicio de esa DI *"de que se alcancen unos compromisos adecuados en el marco de una hipotética terminación convencional del expediente de referencia"*.



La propia actora en el escrito de demanda reconoce que "La doctrina más autorizada caracteriza esta potestad atribuida por Ley al Consejo de la CNC como discrecional y lo cierto es que dado la naturaleza indeterminada de los requisitos que el Consejo debe valorar respecto a los compromisos ofrecidos por los supuestos infractores -si resuelven los efectos sobre la competencia y si queda garantizado suficientemente el interés público- tal caracterización es acertada". Acepta por tanto expresamente el carácter de discrecional de la potestad administrativa enjuiciada, para más tarde negarla con fundamento en su particular interpretación del artículo 39 del Reglamento, por entender que la expresión "podrá" no confiere sino competencia a la DI según la actora "para abrir el procedimiento si el interesado lo solicita". La propia proposición actora es contradictoria: si la D.I puede decidir abrir el procedimiento a solicitud del interesado, este (la solicitud del interesado) sería el único elemento reglado.

La conclusión de la actora no puede prosperar porque la ley de Defensa de la Competencia y el Reglamento deben interpretarse en consonancia con lo establecido en la ley de procedimiento administrativo, que regula en su art. 88 el procedimiento de terminación convencional en los siguientes términos:

*"1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.*

*2. Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados.*

*3. Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano.*

*4. Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos."*

El artículo 52 LDC dice a su vez:

*"Artículo 52. Terminación convencional.*

*1. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público.*

*2. Los compromisos serán vinculantes y surtirán plenos efectos una vez incorporados a la resolución que ponga fin al procedimiento.*

*3. La terminación del procedimiento en los términos establecidos en este artículo no podrá acordarse una vez elevado el informe propuesta previsto en el artículo 50.4."*

Tanto la Ley 30/92 como la LDC incluyen la expresión "podrán" seguida en el caso de la LRJAP de "celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho" y en el caso de la LDC de "resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas". En el caso del Reglamento de Defensa de la Competencia, el artículo 39 con claridad establece que "la Dirección de Investigación podrá acordar, a propuesta de los presuntos autores de las conductas prohibidas, el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional".

La discrecionalidad administrativa, en el supuesto de estos procedimientos de Defensa de la Competencia, se sitúa por tanto en el propio inicio del procedimiento, y no como alega la recurrente, en la valoración y resolución de los compromisos propuestos.

En todo caso, la potestad discrecional de la Administración ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto administrativo. Y con arreglo a la doctrina reiterada tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo lo que se exige para evitar la indefensión y cumplir la exigencia de la motivación de las resoluciones, es que se analicen, aunque no sea exhaustiva y pormenorizadamente, las cuestiones planteadas y que se especifiquen las razones o circunstancias tenidas en cuenta para resolver, a fin de posibilitar que los afectados puedan conocer esas razones y motivos y con ello puedan articular adecuadamente sus medios de defensa.



Tanto el Legislador como la Jurisprudencia han sido conscientes de la necesidad de profundizar en una línea progresiva de racionalización y objetivación de la actividad administrativa, exigida por el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad ( artículo 9.3 de la Constitución ). La motivación viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración, pero en el terreno formal constituye una garantía para el administrado, que podrá así impugnar en su caso el acto administrativo, con posibilidad de criticar las bases en que se fundamentó, facilitando, además y en último término el control jurisdiccional de la Administración con arreglo al artículo 106.1 de la Constitución .

En el presente caso nos encontramos ante motivación suficiente, pues se detallan las razones por las que la DI no considera debe iniciarse el procedimiento, tal y como las recoge la actora en su demanda y han sido reproducidas más arriba. Cuestión distinta es que la actora no comparta dichas razones, pero en cualquier caso la decisión está fundada. No existe en consecuencia indefensión, puesto que ha podido conocer las razones de la negativa y ha podido impugnarlas y debatirlas.

En definitiva, se ha satisfecho la exigencia legal de motivación con la que deben cumplir los actos discrecionales.

Como igualmente pone de relieve el Abogado del Estado, la desestimación del recurso por el Consejo no debe ser obviada, y su tenor permite comprobar que por dicho Consejo de la CNC se ha valorado un conjunto de factores: la naturaleza y gravedad de la conducta, los efectos que ya se habrían producido, los que podrían ocurrir, la naturaleza de estos efectos, su irreversibilidad, y todo ello en conexión con otra circunstancia que no es en absoluto irrelevante, pese a lo que parece entender la actora. Esta circunstancia es el momento de la formulación de solicitud de inicio del procedimiento, cuando ya se ha concluido por la DI que la conducta es contraria a la ley, y que ha producido una grave afectación antijurídica del interés público (cuestiones sujetas a la revisión jurisdiccional mediante el correspondiente recurso contencioso-administrativo contra la resolución sancionadora).

[...] En cuanto a la infracción del principio de seguridad jurídica *"al haberse apartado de su modo de proceder en la tramitación"* este principio no supone, en contra de la tesis actora, que, acordada una vez la terminación convencional a AISGE se deba de acordar siempre: la Administración valorará las circunstancias del caso y decidirá si se inicia o no, y en este caso, las circunstancias tanto de tiempo como de fondo no son idénticas, en contra de lo afirmado por la actora, a las que concurrían en el supuesto en que sí se acordó el inicio del procedimiento.

La CNC expone las diferencias que considera concurren entre uno y otro supuesto:

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

*A diferencia de lo ocurrido en el procedimiento 6/0156, en el que AISGE presentó solicitud de inicio de terminación convencional (27/01/09) una vez notificado el PCH (4/03/09) y tras la presentación de alegaciones (7/04/09), es decir, antes de que la DI hubiese acordado el cierre de la fase de instrucción en este expediente S/208/09, AISGE sólo presenta la solicitud cuando en un acceso al expediente tiene conocimiento que le está siendo notificada la PH. Es más, a pesar de haber manifestado en su escrito de recurso que tenía intención de solicitar la terminación convencional del procedimiento, que dice haber estado preparando, lo cierto es que no ha acompañado a su escrito de esbozo alguno de los compromisos, siquiera en líneas generales, simplemente se limita a solicitar la terminación convencional."*

Resulta en consecuencia que se aprecian trascendentales diferencias entre uno y otro supuesto, diferencias que han sido debidamente motivadas por la CNC, debiendo desestimarse igualmente esta alegación.

En conclusión, no existe discriminación ni infracción del principio de igualdad porque el término de comparación utilizado no es válido al referirse a un supuesto distinto, tanto desde la perspectiva de la conducta analizada y sus efectos, como desde la perspectiva procedimental.

La actora igualmente considera arbitrario el acto recurrido porque, a su juicio, la CNC debió analizar los compromisos propuestos con su escrito de 22 de marzo. En el momento de presentar la solicitud, sin duda por la premura de tiempo, por haberse presentado cuando ya existía una propuesta de resolución con petición de sanción, no se acompañó tal solicitud de compromiso alguno ni siquiera de los principios en los que estos se apoyarían, presentándose finalmente los compromisos en cuestión en un escrito de 22 de marzo. Como se ha indicado más arriba, no se establece en la LDC una obligación de inicio del procedimiento con la correlativa



obligación para la Administración de examinar y valorar, en cualquier circunstancia, incluso cuando la solicitud ha sido presentada extemporáneamente, los compromisos presentados.

[...] En relación con el momento en el cual se puede solicitar y acordar el inicio del procedimiento de terminación convencional, esta Sala comparte los razonamientos de la CNC sobre la interpretación de las normas de aplicación.

El art. 39.1 del RDC establece que *"De conformidad con el artículo 52 de la ley 15/2007 de 3 de julio, en cualquier momento del procedimiento previo a la elevación del informe propuesta previsto en el artículo 50.4 de la ley 15/2007 la Dirección de Investigación podrá acordar, a propuesta de los presuntos autores de las conductas prohibidas, el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional"*

El artículo 52.3 LDC señala:

*" La terminación del procedimiento en los términos establecidos en este artículo no podrá acordarse una vez elevado el informe propuesta previsto en el artículo 50.4 ."*

A su vez el art. 50 LDC en su párrafo 4 establece:

*"4. Practicados los actos de instrucción necesarios, la Dirección de Investigación formulará propuesta de resolución que será notificada a los interesados para que, en el plazo de quince días, formulen las alegaciones que tengan por convenientes."*

Es decir: el art. 52.3 fija como límite a la presentación de la solicitud de terminación convencional el momento de elevación al Consejo del informe del art. 50.4 y este artículo a su vez regula la propuesta de resolución, que es un trámite anterior al informe en cuestión.

Acudiendo a los criterios de interpretación normativa del artículo 3 del Código Civil, debe valorarse (atendiendo al espíritu y finalidad de la norma) es fundamental el hecho de que la LDC y el RDC sitúan la decisión del inicio del procedimiento en sede de la Dirección de Investigación, el órgano instructor, frente a la atribución de la decisión sobre la terminación convencional, que la normativa de Defensa de la Competencia sitúa en sede del Consejo. Resulta así que si quién debe decidir sobre el inicio del procedimiento es la DI, a la que el artículo 35 LDC atribuye la función de instruir los expedientes, señalando concretamente en el párrafo 2 letra a) que son sus funciones *"instruir y elevar la correspondiente propuesta de resolución de los expedientes sobre los que deba resolver el Consejo"*.

Y el propio artículo 50 pfs. 4 y 5 señala como momento final de la instrucción la propuesta de resolución: *" practicados los actos de instrucción necesarios la Dirección de Investigación formulará propuesta de resolución..... una vez instruido el expediente, la Dirección de Investigación lo remitirá al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia acompañándolo de un informe en el que se incluirá la propuesta de resolución...."*

La instrucción del procedimiento no concluye con la elevación del informe, sino que, a juicio de esta Sala, claramente ha concluido con la formulación de la propuesta de resolución, sin que el hecho de que exista un trámite, la elevación del informe, signifique que pueden practicarse nuevos actos de instrucción, y la ley dice claramente *"una vez instruido el expediente,...."* como en el párrafo anterior había dicho *"practicados los actos de instrucción..."*.

Resulta en consecuencia que por las razones expuestas, la solicitud de inicio de expediente de terminación convencional fue presentada de forma extemporánea. » .

El recurso de casación se articula en la formulación de tres motivos de casación, que se fundan al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

En el primer motivo de casación se imputa a la sentencia recurrida la infracción del artículo 52.1 de la Ley de Defensa de la Competencia , al atribuir carácter discrecional a la decisión de la Dirección de Investigación respecto a la incoación de actuaciones para la terminación convencional del procedimientos sancionadores.

En el desarrollo del motivo se aduce que, de conformidad con la Exposición de Motivos de la Ley de Defensa de la Competencia, y el desarrollo reglamentario del artículo 52 de la Ley de Defensa de la Competencia , cabe entender que la decisión de incoación del procedimiento de terminación convencional de un expediente sancionador, que compete a la Dirección de Investigación, tiene un carácter reglado, por lo que debe comenzarse el trámite siempre que sea solicitado por un expedientado dentro del plazo previsto para ello.

El segundo motivo de casación denuncia la infracción del artículo 52.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, al interpretar este precepto como una norma preclusiva del inicio de las actuaciones de terminación convencional del procedimiento sancionador, tras la formulación de la propuesta de resolución por la Dirección de Investigación.



El tercer motivo de casación, que se fundamenta en la infracción del artículo 52.1 de la Ley de Defensa de la Competencia , y del artículo 9.3 de la Constitución española , y de la doctrina jurisprudencial que regula la técnica de control de los actos discrecionales, censura a la sentencia impugnada por ignorar las razones expuestas cuestionando la validez de las argumentaciones de la Comisión Nacional de la Competencia para rechazar la iniciación de los trámites de terminación convencional del procedimiento sancionador, que se basaba en la naturaleza de la infracción investigada, la duración de la conducta infractora, el elevado número de afectados y la difícil reversibilidad de los efectos producidos, que conducen a calificar de arbitraria las resoluciones administrativas recurridas.

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

El primer motivo de casación, sustentado en la infracción del artículo 52.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , no puede ser acogido, pues rechazamos que la Sala de instancia haya realizado una interpretación irrazonable o arbitraria de esta disposición legal, al sostener que la facultad de la Dirección de Investigación para proponer la iniciación del procedimiento de terminación convencional de un expediente sancionador, incoado por la presunta comisión de una infracción del Derecho de la Competencia, tiene naturaleza discrecional, advirtiendo que ello no excluye que para evitar que se produzca indefensión, la decisión del órgano instructor deberá «cumplir la exigencia de la motivación», puesto que en el supuesto enjuiciado se aprecia que la Directora de Investigación ha cumplido con dicha exigencia legal, ya que expone las razones de carácter formal y sustantivas que justificaron la denegación de la solicitud formulada por la Asociación de Artistas Intérpretes Sociedad de Gestión (AISGE), lo que le permite concluir que no puede tacharse la decisión administrativa impugnada de arbitraria.

En efecto, consideramos que el pronunciamiento de la Sala de instancia se fundamenta en una interpretación convincente y razonable del artículo 52 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , que establece que «el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público», en relación con lo dispuesto en el artículo 39 del Reglamento de Defensa de la Competencia , aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 febrero, y en el artículo 88 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , pues no estimamos que la Ley de Defensa de la Competencia ni la Ley procedimental administrativa confieran a la persona afectada por un expediente sancionador un derecho subjetivo de carácter procedimental -inscrita en el deber de buena administración-, que obligue a la Administración a promover la terminación convencional del procedimiento por el sólo hecho de solicitarlo, y, singularmente, a la terminación del procedimiento sancionador, ya que, según se infiere de las disposiciones legales y reglamentarias analizadas, la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia -en el ejercicio de su función de propuesta, respecto de la procedencia de iniciar los trámites tendentes a la terminación convencional del expediente sancionador, y la propia Comisión Nacional de la Competencia, como órgano resolutor de este incidente procedimental-, deben ponderar los intereses públicos concurrentes, valorando la gravedad de la conducta infractora y la capacidad de los compromisos presentados por el presunto infractor para solventar los efectos lesivos sobre la libre competencia que se hayan producido, en la medida en que otra interpretación de las citadas disposiciones comportaría dejar al arbitrio de los presuntos infractores la decisión sobre cuando la Administración Pública debe ejercer la potestad sancionadora.

En la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2015 (RC 725/2013 ), ya mantuvimos este criterio con la exposición de los siguientes razonamientos:

*« [...] La decisión de seguir estas actuaciones tendentes a la solución consensuada resulta relevante en cuanto a los efectos y consecuencias que conlleva, y compete pues, en exclusiva a la Dirección de Investigación, que para decidir la opción deberá ponderar de forma motivada y razonada las circunstancias concurrentes para seguir tal vía o, como la que analizamos, para descartar acudir a esta finalización atípica del procedimiento sancionador. La mera solicitud de terminación convencional formulada por la parte afectada por el expediente y el ofrecimiento de concretos compromisos no es suficiente ni tiene un carácter vinculante para la Dirección de Investigación a la que incumbe ponderar si procede concluir el expediente sancionador de forma normal o a través de una fórmula atípica que, insistimos, su conveniencia deberá justificarse con la correspondiente valoración objetiva y razonable de los concretos intereses en juego, así como el alcance y eficacia de los compromisos propuestos para resolver los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente . » .*

Al respecto, cabe poner de relieve que el diseño del legislador -que se expresa en el Preámbulo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia- de flexibilizar el régimen de terminación



del procedimiento sancionador, que habilita a la Dirección de Investigación a promover «un trámite de negociación» con el presunto infractor, con el objeto de acordar los compromisos que se revelen adecuados y proporcionados para resolver los efectos sobre la libre competencia derivada de la conducta investigada en el expediente sancionador, no autoriza a entender que el presunto infractor pueda disponer del procedimiento sancionador, pues la decisión respecto de la terminación convencional del procedimiento está condicionada a que «quede garantizado suficientemente el interés público», según se refiere en el artículo 52.1 del referido texto legal.

En este sentido, cabe referir que la introducción de fórmulas o técnicas de terminación convencional de un procedimiento, que favorecen la comunitarización de las relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos, está sujeta a límites, en la medida que los acuerdos procedimentales no pueden ser contrarios al ordenamiento jurídico, y deben ajustarse formalmente a las reglas procedimentales establecidas legalmente y dirigirse al logro de un fin de interés general determinando por la disposición legal que atribuye la potestad de acordar.

Por ello, no compartimos la tesis argumental que desarrolla la defensa letrada de la sociedad recurrente, respecto de que el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional de un expediente sancionador es un acto reglado, con el significado de que no cabe denegar la apertura de dicho procedimiento sin dar la oportunidad al solicitante de realizar propuestas de compromiso, porque entendemos que corresponde a dicha autoridad administrativa valorar ab initio si concurren circunstancias objetivas que justifiquen su tramitación, puesto que la utilización de este instituto procedimental no resulta viable cuando por la naturaleza y entidad de la infracción, o por la irreversibilidad de los efectos sobre la competencia, derivados de la conducta infractora, existen razones de interés público que aconsejan la tramitación del expediente sancionador con la finalidad de depurar prácticas y conductas prohibidas por el Derecho de la Competencia y exigir responsabilidad al presunto infractor.

El segundo motivo de casación, que se sustenta en la infracción del artículo 52.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, no puede prosperar, puesto que consideramos que la Sala de instancia ha realizado una aplicación razonable de esta disposición legal, que establece que «*la terminación del procedimiento en los términos establecidos en este artículo no podrá acordarse una vez elevado el informe propuesta previsto en el artículo 50.4*», al sostener que el término de presentación de la solicitud de terminación convencional del procedimiento sancionador concluye en el momento en que finaliza la instrucción del expediente, que coincide con la formulación de la propuesta de resolución, tal como se infiere inequívocamente del mencionado precepto legal, así como del artículo 39.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, que establece que «en cualquier momento previo a la elevación del informe propuesta previsto en el artículo 50.4 de la Ley 15/2007, la Dirección de Investigación podrá acordar, a propuesta de los presuntos autores de las conductas prohibidas, el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional», interpretados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Código Civil.

Por ello, no compartimos el argumento que desarrolla la defensa letrada de la mercantil recurrente respecto de que «la única interpretación razonable de las normas que regulan el momento inicial de la tramitación del procedimiento conduce a fijar un único término para que el interesado formule la solicitud de este trámite, que se corresponde con la elevación del Informe-Propuesta por parte de la Dirección de Investigación al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia», ya que estimamos que una vez que ha concluido la instrucción del expediente sancionador y la Dirección de Investigación ha formalizado la propuesta de resolución ha quedado precluido el término para presentar la solicitud de iniciar el procedimiento de terminación convencional del procedimiento.

El tercer motivo de casación, que descansa, sustancialmente, en el argumento de que la sentencia ha infringido el artículo 9.3 de la Constitución, al inaplicar la doctrina jurisprudencial que regula la técnica de control de los actos discrecionales, no puede prosperar, puesto que rechazamos que la Sala de instancia no haya realizado en el supuesto enjuiciado un escrutinio estricto de la legalidad del Acuerdo de la Dirección de Investigación de 16 de marzo de 2011 y de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de junio de 2011, al considerar que las razones expuestas en estas resoluciones para denegar la apertura de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento eran pertinentes, ya que estimamos que el juicio del Tribunal sentenciador se ha fundamentado en una interpretación razonada del artículo 52 de la Ley de Defensa de la Competencia que le permite concluir que los actos impugnados no eran arbitrarios.

En efecto, apreciamos que en la formulación de este motivo de casación subyace la tesis de que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia debió resolver la terminación convencional del expediente sancionador incoado por la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, aceptando los compromisos propuestos para solventar los efectos restrictivos de la competencia derivados de las conductas imputadas, eludiendo que el Acuerdo de la Dirección de Investigación de 16 de marzo de 2011,



acordó denegar la iniciación de los trámites solicitados, tras una adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes, atendiendo tanto a la presentación extemporánea de la solicitud como a la falta de concreción de los compromisos, lo que evidencia, como hemos puesto de relieve al analizar los precedentes motivos de casación, que las resoluciones administrativas impugnadas en el proceso de instancia no puedan tacharse de arbitrarias.

Por ello, estimamos que carece de fundamento la crítica casacional que se formula a la sentencia de instancia por validar las razones que justificaron denegar la solicitud de inicio de las actuaciones tendentes a terminar convencionalmente el procedimiento sancionador, puesto que no toma en consideración la estructura unitaria del procedimiento sancionador, que persigue, en el respeto más estricto el principio de legalidad sancionadora consagrado en el artículo 25 de la Constitución y a los derechos de defensa reconocidos en el artículo 24 de nuestra Carta fundamental, un adecuado equilibrio entre los principios de eficiencia en la persecución de conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia y el principio de seguridad jurídica, que delimita las facultades de la Dirección de Investigación para promover ese procedimiento alternativo de terminación del expediente sancionador. En este sentido, cabe significar que la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia goza de un margen de apreciación para valorar las circunstancias concurrentes, que en este supuesto, ante la naturaleza y entidad de las prácticas imputadas, el elevado número de afectados y la dificultad de que se alcancen unos compromisos adecuados para solventar los efectos sobre la competencia, no apreciamos que se haya ejercitado de forma irrazonable o arbitraria, por lo que rechazamos que la Sala de instancia haya eludido su deber constitucional de controlar plenamente la legalidad de la actuación administrativa cuestionada.

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse íntegramente los tres motivos de casación articulados, procede declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil ARTISTAS INTÉRPRETES SOCIEDAD DE GESTIÓN (AISGE), contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de julio de 2012, dictada en el recurso contencioso-administrativo 398/2011 .

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

Al declararse no haber lugar al recurso de casación las costas procesales causadas deben imponerse a la parte recurrente, conforme dispone el artículo 139 de la mencionada Ley jurisdiccional .

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 la parte recurrente condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de cuatro mil euros a la parte recurrida.

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 entidad mercantil ARTISTAS INTÉRPRETES SOCIEDAD DE GESTIÓN (AISGE), contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de julio de 2012, dictada en el recurso contencioso-administrativo 398/2011 .

**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.- 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 Secretario, certifico.- Aurelia Lorente Lamarca.- Firmado.