



Roj: **SAN 2558/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2558**

Id Cendoj: **28079230062018100275**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **13/06/2018**

Nº de Recurso: **202/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **JOSE GUERRERO ZAPLANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000202 / 2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01731/2017

Demandante: THE WALT DISNEY COMPANY IBERICA S.L.

Procurador: D. JUAN ANTONIO GARCIA SAN MIGUEL

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a trece de junio de dos mil dieciocho.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. 202/2017, promovido por el Procurador de los Tribunales D. JUAN ANTONIO GARCIA SAN MIGUEL, en nombre y en representación de **THE WALT DISNEY COMPANY IBERICA S.L.**, contra la Resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los mercados y la Competencia de 19 de enero de 2017 mediante la cual se ejecuta la sentencia de fecha 13 de noviembre de 2015 dictada por el Tribunal Supremo por la que se resuelve en sentido estimatorio parcial el recurso de casación interpuesto frente a la de esta Sala y Sección de fecha 20 de Marzo de 2013, recaída en el recurso número 272/2006 cuyo objeto era la resolución de la CNC de fecha 10 de mayo de 2006.

Ha sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que dicte sentencia en la que estime el presente recurso y:

- anule la Resolución recurrida por haberse dictado una vez que había caducado el expediente;
- subsidiariamente, anule la Resolución recurrida dado que la CNMC ha infringido los artículos 103 y 104 LJCA a la hora de ejecutar la Sentencia de esta Sala de 20 de marzo de 2013 (rec. 272/2006), confirmada por el Tribunal Supremo mediante Sentencia de 13 de noviembre de 2015 ; e
- imponga en todo caso el pago de las costas a la Administración en virtud de lo dispuesto en el artículo 139 LJCA .

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitó se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO. - No habiéndose solicitado trámite de vista y tras el trámite de conclusiones se declararon concluidas las presentes actuaciones y quedaron pendientes para votación y fallo.

CUARTO. - Para votación y fallo del presente proceso se señaló inicialmente para el día 23 de Mayo, designándose ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la Resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los mercados y la Competencia de 19 de enero de 2017 mediante la cual se ejecuta la sentencia de fecha 13 de noviembre de 2015 dictada por el Tribunal Supremo por la que se resuelve en sentido estimatorio parcial el recurso de casación interpuesto frente a la de esta Sala y Sección de fecha 20 de Marzo de 2013, recaída en el recurso número 272/2006 cuyo objeto era la resolución de la CNC de fecha 10 de mayo de 2006.

La parte recurrente fundamenta su demanda, en primer lugar en la supuesta caducidad del expediente computándose dicha caducidad desde que se inició el expediente que concluyó con la resolución de fecha 10 de Mayo de 2006.

En cuando a los criterios para la fijación del importe de la sanción, la recurrente afirma que no se ha dado cumplimiento a las sentencias dictadas por esta Sala y por el Tribunal Supremo al haberse impuesto la sanción en el mismo importe que la resolución inicialmente dictada y ello cuando la sentencia dictada entendía que se trataba de una multa de importe desproporcionado.

Considera la parte recurrente que la filosofía que subyace a las Sentencias de la Audiencia Nacional en todos los recursos contra la Resolución del TDC de 10 de mayo de 2006 es que la multa impuesta debía reducirse a la mitad de la que inicialmente había impuesto el TDC, y luego ajustarse proporcionalmente al volumen de negocios de cada distribuidora. Ello es así porque todas las Sentencias afirman que la cuantía de la sanción debía situarse en el grado medio del 5% (por no haber circunstancias que justificaran imponerla en un grado superior), lo que debe contraponerse al porcentaje máximo del 10% contemplado en el artículo 10.1 de la Ley 16/1989 .

Entiende que, la CNMC descarta, sin motivación alguna, calcular la multa de la recurrente sobre la base de su volumen de negocios en el mercado afectado, y decide, contrariamente a lo que había razonado el TDC en su Resolución de 10 de mayo de 2006, utilizar la cifra total de negocios.

Si la CNMC hubiera tenido en cuenta el volumen de negocios correcto, el relativo a la exhibición de películas, la sanción hubiera sido de 1.731.846,85 euros (4,10% de 42.240.167 €), inferior a la inicialmente impuesta.

Concluye que: "En definitiva, al haber tenido en cuenta el volumen total de negocios de nuestra representada en el año 2005 para recalcular el importe de la sanción en lugar de utilizar su cifra de recaudación por exhibición en salas de cine, la Resolución recurrida ha infringido términos de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de marzo de 2013 . Cuando el TDC calculó la sanción en 2006 tuvo en cuenta la facturación en el mercado afectado. La CNMC no se podía salir de este límite marcado por el TDC, pues ni la Sentencia de la Audiencia Nacional ni la del Tribunal Supremo daban pie a que se modificara este parámetro. La sanción que se debería haber impuesto es de 1.731.846,85 euros (4,10% de 42.240.167 €)".

SEGUNDO .- Es necesario tomar en consideración el siguiente relato de hechos:

- La resolución de la CNC de fecha 10 de Mayo de 2006 (Expediente 588/2015) acordó imponer a la ahora recurrente una sanción por importe de 2.400.000 euros.
- Dicha resolución fue recurrida ante esta Sala y Sección que dictó sentencia en el recurso 272/2006 por la que se acordaba la estimación parcial del recurso y se disponía Que debemos ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de WALT DISNEY COMPANY IBERIA, contra Resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 10 de mayo de descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en la cuantificación de la multa, y en consecuencia debemos anularla y la anulamos en tal extremo, declarando que el porcentaje para determinar la multa, que no podrá exceder del 5%, habrá de aplicarse sobre el volumen de ventas de cada sancionada, correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal, confirmándola en sus restantes pronunciamientos.
- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación que fue resuelto por sentencia del Tribunal Supremo dictada en el recurso 1407/2013 cuyo fallo, literalmente, decía: "NO HA LUGAR al recurso de casación nº 1407/2013 interpuesto en representación de WALT DISNEY COMPANY IBERIA SL, contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de marzo de 2013, en el recurso contencioso-administrativo nº 272/2006 ,".
- En ejecución de esta sentencia dictada por el Tribunal Supremo se dictó la resolución que ahora es objeto del presente recurso.

TERCERO.- En cuanto a la supuesta *caducidad del procedimiento* sancionador, que es primer argumento empleado por la parte recurrente, hay que tomar en consideración lo previsto en el artículo 104 de la LRJCA cuando afirma, en sus tres párrafos que:

1. Luego que sea firme una sentencia, el Secretario judicial lo comunicará en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que, recibida la comunicación, la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo, y en el mismo plazo indique el órgano responsable del cumplimiento de aquél.
2. Transcurridos dos meses a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en ésta para el cumplimiento del fallo conforme al artículo 71.1.c), cualquiera de las partes y personas afectadas podrá instar su ejecución forzosa.
3. Atendiendo a la naturaleza de lo reclamado y a la efectividad de la sentencia, ésta podrá fijar un plazo inferior para el cumplimiento, cuando lo dispuesto en el apartado anterior lo haga ineficaz o cause grave perjuicio.

En el caso presente, la resolución impugnada, dictada en ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo es de fecha 10 de Noviembre de 2015 , se dictó en fecha 19 de Enero de 2017 .

El precepto citado más arriba no recoge un plazo específico para la ejecución de las sentencia y solo recoge la posibilidad para el interesado de que si la Administración no ha ejecutado en el plazo de dos meses, inste en procedimiento de ejecución de sentencia.

La pretensión de la empresa recurrente de que deba computarse el plazo inicial de caducidad de 12 meses a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 16/89 carece de justificación suficiente: aquel procedimiento concluyó con la resolución de fecha 10 de Mayo de 2006 y con la resolución ahora recurrida, la CNMC, con la documentación aportada por la parte y la sentencia del Tribunal Supremo que resolvía el recurso contencioso anterior, dictó una nueva resolución que no está sometida al límite del plazo que ya concluyó al dictarse aquella resolución.

Nótese que se trata de dos procedimientos diferentes: uno es el procedimiento sancionador (588/2005) y otro es el procedimiento dictado para ejecutar la sentencia firme dictada por el Tribunal Supremo (VS/588/2005). Pretender mezclar los plazos de caducidad de uno y otro carece por completo de sentido jurídico.

CUARTO.- Para valorar la correcta ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, debemos iniciar el razonamiento atendiendo a lo dicho por dicho Tribunal Supremo en la sentencia correspondiente al recurso de casación 1407/13 que la resolución recurrida dice ejecutar.

La conducta sancionada consiste, básicamente, en lo siguiente, tal como definió el Tribunal Supremo en las diversas sentencias dictadas en relación al mismo expediente sancionador: "En definitiva, la homogeneidad en la cifras de ingresos negociadas con los exhibidores para la primera semana de grandes estrenos, la utilización del mismo porcentaje de recaudación y la no coincidencia de los estrenos, que implica que no tengan que competir por las salas de exhibición ni negociar el precio o el tiempo de exhibición con sus competidores para conseguir la mejor sala y el resto de las condiciones coincidentes, demuestra, según las reglas lógicas del

criterio, la existencia de un acuerdo colusorio entre las empresas distribuidoras imputadas. Ante tal cúmulo de variables no parece concebible que la amplia coincidencia responda a causas ajenas a la concertación, por lo que puede concluirse que la conexión entre el hecho base y la consecuencia es acorde con las reglas propias del criterio humano, debiendo recordarse que no se requiere un acuerdo formal sino una coordinación entre empresas, que aun sin llegar a un convenio propiamente dicho, sustituye la competencia por una cooperación práctica entre ellas (STJUE de 14 de julio de 1972)".

La sentencia dictada por esta Sala en la sentencia correspondiente al recurso 272/2006 es contundente a la hora de definir la razón de la imposición de la sanción: "Pues bien, no es necesario un acuerdo formal, basta la existencia de una conducta conscientemente paralela para de tratar de uniformar las condiciones comerciales y eliminar la incertidumbre, y por ello, con el objeto de restringir, falsear o eliminar la competencia. Las conductas examinadas tenían aptitud para distorsionar la libre competencia, y cualquiera de las entidades implicadas, desplegando la diligencia exigible, podía fácilmente concluir, que tal comportamiento podía tener un efecto restrictivo de la competencia. Por ello la conducta es subsumible en el artículo 1 de la Ley 16/1989".

En cuando a los criterios de graduación, la sentencia dictada por el Tribunal Supremo afirmaba lo siguiente: "Corregido en ese punto por la Sala de instancia el método de cuantificación seguido en la resolución administrativa, por carecer éste de respaldo legal, la sentencia recurrida mantiene sin embargo el porcentaje del 5% aplicado por el Tribunal de Defensa de la Competencia, aunque indicando, eso sí, que debe venir referido al volumen de ventas de cada empresa. Pues bien, no puede decirse que ese porcentaje del 5%, significativamente apartado del 10% del volumen de ventas que constituye el límite máximo de la sanción, suponga una vulneración del principio de proporcionalidad (artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), ni que hayan sido infringidos los criterios de graduación establecidos en el artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia .

A esos criterios legales de graduación de la multa alude la recurrente de una manera genérica, aunque luego concreta su alegato haciendo específica referencia al artículo 10.2.e), que se refiere, como ante hemos visto a la duración de la restricción de la competencia. Aduce la recurrente que la Sala de la Audiencia Nacional no tuvo en cuenta una circunstancia que "obliga necesariamente a reducir el importe de la multa que se pudiera imponer a BVI, para adecuarla a la duración máxima que, en su caso particular, habría podido tener la infracción, que es de tan solo 7 años (entre 1997 y 2004). Y es que no es lo mismo a efectos del cálculo de la multa, que una infracción tenga una duración de 7 años que 26, como sucedería, en su caso, con las otras empresas sancionadas". Esta singularidad, a criterio de la recurrente, "predicable únicamente en el caso de BVI, debió haber sido tenida en cuenta para singularizar, y, por ello reducir, la multa impuesta por el TDC a BVI".

Fácilmente se entiende que la alegación no puede ser acogida. Precisamente la sentencia de instancia, corrigiendo el criterio aplicado por el Tribunal de Defensa de la Competencia, viene a propiciar que la cuantía de la multa sea proporcionada al volumen de ventas de cada una de las empresas. La aplicación del mismo porcentaje (5%) en modo alguno supone la imposición de una multa de igual cuantía a todos los imputados, pues la sentencia recurrida deja claro que aquel porcentaje debe venir referido al volumen de ventas de cada empresa".

Por lo tanto, la sentencia dictada por el Tribunal Supremo no imputa a la sentencia de instancia ninguna irregularidad en cuando a la aplicación de los criterios de fijación de la sanción; ello obliga a referirnos a lo dicho por nuestra Sentencia dictada en el recurso 272/2006 en relación a los criterios para la fijación de la sanción: "Es evidente que el volumen de ventas se refiere a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas, sancionadas, y de forma individual. De entenderse que existe desproporción en la cuantía de la multa, el TDC - hoy CNC -, puede graduar el porcentaje aplicable, pero no puede alterar el volumen de ventas que es la base sobre la que ha de aplicarse el porcentaje, y este volumen de ventas lo es de cada agente implicado. Debemos anular la Resolución en este aspecto.

La Resolución razona la gravedad de la conducta, pero ello, aun cuando autoriza a agravar la cuantía de la multa, no así a aplicarla en su grado máximo, sin que se aprecien circunstancias que justifiquen imponerla más allá del grado medio - 5%."

De este modo se anulaba el criterio de la *resolución inicial de la CNC* que entendía que era "más objetivo y más equitativo, el procedimiento de sumar la recaudación conjunta de las cinco imputadas durante la última anualidad y repartir por partes iguales la cantidad resultante entre ellas, imponiendo así una sanción equivalente a operadores potencialmente equivalentes que han actuado coordinadamente de igual forma".

QUINTO.- Partiendo de todo lo anterior, debemos señalar cual ha sido el razonamiento empleado por la resolución de la CNMC que ahora se recurre para fijar el importe de la multa frente a la que se recurre por la parte recurrente:

- Parte de un volumen de ventas para el ejercicio que terminó el 31 de Diciembre de 2005 de 150.061.000 euros que coincide con la cifra de negocios que resultan de las cuentas depositadas en el Registro Mercantil.
- La cuota media de mercado de las cinco empresas afectadas por el cartel es de un 68,23%; correspondiendo a la ahora interesada un 19,1%.
- El ámbito geográfico es todo el territorio nacional y la duración de la participación en el cartel desde 1998 hasta 2004.
- No se aprecian agravantes ni atenuantes.
- La valoración global de la densidad antijurídica de la conducta se fija en el 4,10% del volumen de ventas, con lo que se cumple el límite del 5% fijado por la sentencia de la A.N. y confirmado por el T.S.
- Sobre esta base, correspondería una multa de 2.645.925 euros que, como supera la impuesta inicialmente, obliga a mantener la anterior.

La contestación del recurrente al requerimiento remitido en el trámite de ejecución de la sentencia del TS es clara y obra en el escrito que lleva fecha 27 de Febrero de 2015: "El volumen de ventas de Walt Disney Iberia por exhibición de películas correspondiente al año 2005 ascendió a 42.240.167 €".

SEXTO.- A la hora de concretar el importe exacto de la multa que debe imponerse, es necesario partir de lo que señalaba el artículo 10 de la Ley 16/89, que es el que se aplicaba por la resolución inicialmente recurrida, era claro al afirmar que las sanciones se impondrían: "1. El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7, o dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el artículo 4.2, multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del **volumen de ventas** correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal".

Por el contrario, el artículo 67 de la Ley 15/2007, habla actualmente de "1. Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones:

- a) Las infracciones leves con multa de hasta el 1 por ciento del **volumen de negocios** total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.
- b) Las infracciones graves con multa de hasta el 5 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.
- c) Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

La diferencia entre uno y otro criterio, entre la aplicación de una u otra ley, ha sido reconocida claramente por diversas sentencias, como la dictada por el Tribunal Supremo en el recurso 2872/2015. La aplicación de los criterios señalados por esa sentencia obliga a estimar, en este punto, las pretensiones de la parte recurrente.

Efectivamente, como acertadamente pretende la parte recurrente, y en cumplimiento estricto de lo dicho por esta Sala en la sentencia correspondiente al recurso 272/2006, la sanción correspondiente a la ahora recurrente debe fijarse atendiendo al "volumen de ventas de cada agente implicado", lo que obliga a considerar que debe aplicarse el mismo porcentaje al que llega la resolución recurrida (4,10%) pero aplicado sobre la cantidad acreditada por la propia parte recurrente (42.240.167 euros) como volumen de ventas en el ejercicio correspondiente.

SÉPTIMO. - De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, no procede efectuar pronunciamiento sobre las costas procesales de esta instancia debiendo ser satisfechas por cada parte.

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso contencioso-administrativo, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. JUAN ANTONIO GARCÍA SAN MIGUEL, en nombre y en representación de **THE WALT DISNEY COMPANY IBERICA S.L.** contra la Resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los mercados y la Competencia de 19 de enero de 2017 mediante la cual se ejecuta la sentencia de fecha 13 de noviembre de 2015 dictada por el Tribunal Supremo por la que se resuelve en sentido estimatorio parcial el recurso de casación interpuesto frente a la de esta Sala y Sección de fecha 20 de Marzo de 2013, recaída en el recurso número 272/2006 cuyo objeto era la resolución de la CNC de fecha 10 de mayo de 2006, debemos fijar como el importe de la multa a satisfacer por la parte recurrente la cantidad de 1.731.846,84 euros.



Sin imposición de costas a ninguna de las partes.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el *artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción* justificando el interés casacional objetivo que presenta.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no** tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 19/06/2018 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ