



Roj: **STS 4863/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4863**

Id Cendoj: **28079130032015100359**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **13/11/2015**

Nº de Recurso: **1413/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1150/2013,**
STS 4863/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Noviembre de dos mil quince.

VISTO el recurso de casación, registrado bajo el número 1413/201E, interpuesto por la representación procesal de la Agrupación de interés económico WARNER SOGEFILMS, A.I.E. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de marzo de 2013, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo 247/2006, formulado contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de mayo de 2006, recaída en el expediente 588/05, que acordó imponerle una sanción de 2.400.000 euros, como responsable de la comisión de una infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, por haberse concertado junto a otras empresas para uniformizar sus políticas comerciales repartiéndose una parte sustancial del mercado español de la distribución cinematográfica. Han sido partes recurridas la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado, y la mercantil SONY PICTURES RELEASING DE ESPAÑA, S.A., representada por el Procurador Don Federico Gordo Romero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 247/2006, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 14 de marzo de 2013, cuyo fallo dice literalmente:

« ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de WARNER SOGEFILMS A.I.E., 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.

Sin efectuar condena al pago de las costas . » .

La Sala de instancia fundamenta la decisión de estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo, declarando no conforme a Derecho la resolución sanionadora en la cuantificación de la multa, con base en las siguientes consideraciones jurídicas:

« [...] Comienza la parte actora invocando una serie de defectos de forma que, a su juicio, han afectado al derecho de defensa. Así, se alega indefensión por el uso que se ha hecho de la confidencialidad.



Sin embargo, la Sala comprueba que, en efecto, el Tribunal de Defensa de la Competencia, tal y como se alega por el Abogado del Estado, procedió a levantar la confidencialidad de numerosos documentos e informaciones, manteniéndola únicamente en aquellos supuestos en los que se estimó que ello era indispensable para evitar perjuicios innecesarios a los interesados, al poder suponer revelación de aspectos de la política comercial de las empresas.

El entonces Tribunal de Defensa de la Competencia, además, se pronunció expresamente sobre el tema en sus Autos de 2 y 28 de febrero de 2006, en los que se justificaba la confidencialidad de determinados documentos, con lo cual hizo uso de la facultad expresamente prevista en el artículo 53 de la entonces vigencia Ley de Defensa de la Competencia de 1989, sin que ello suponga cercenamiento del derecho de defensa, tal y como reiteradamente ha declarado el Tribunal Supremo. Así la STS de 3 de octubre de 2006 y AATS de 15 de febrero de 2007 y de 31 de enero de 2007, destacando éste último la autonomía funcional y los específicos conocimientos del Servicio de Defensa de la Competencia y del Tribunal de Defensa de la Competencia *"para valorar cuestiones técnicamente complejas, en las que confluyen multitud de factores que afectan no sólo a las partes en el proceso, sino también a terceros e incluso a sectores completos de la actividad económica. Es precisamente la trascendencia social y económica de los datos que a través de esa declaración se protegen y su asentamiento en el juicio técnico de unos organismos que gozan formal y materialmente de reconocida autoridad científica en ámbitos tan intrincados y especializados lo que determina que el levantamiento de esa confidencialidad no pueda basarse sólo en afirmaciones de principio"*.

Por otra parte, el Tribunal de Defensa de la Competencia ponderó las especiales circunstancias concurrentes y advirtió a las partes en el Auto de 2 de febrero de 2006, a fin de que aportasen versiones no confidenciales de sus respectivos escritos en trámite alegatorio y de proposición de prueba, *"sin perjuicio de que en escrito aparte, puedan presentarse datos o circunstancias de las que, motivadamente y en relación con cada uno de éstos, pueda solicitarse individualmente la confidencialidad"*. Por lo demás, el propio Servicio de Defensa de la Competencia excluyó del procedimiento determinados documentos que no resultaban de trascendencia para dicho expediente.

También se alega la vulneración del artículo 138.3 de la Ley 30/1992, al fundarse la resolución, a decir de la recurrente, en un hecho nuevo, como es la concertación entre las empresas distribuidoras.

Pero, y frente a lo que en la demanda se alega, ese hecho ha sido la base de todo el procedimiento, desde el inicio del mismo, figurando, en efecto, dicha concertación en la propia denuncia presentada por la Federación de Empresarios de **Cine** de España en el año 2003, habiendo girado toda la investigación llevada a cabo por el Servicio de Defensa de la Competencia primero y las actuaciones seguidas después ante el Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la existencia o no de dicha concertación.

Por lo demás, en ningún momento se ha producido indefensión de la entidad recurrente, quien ha podido alegar y probar cuanto ha estimado conveniente a sus derechos.

[...] La cuestión de fondo litigiosa ha sido ya examinada por la Sala en nuestra SAN de 8 de febrero de 2013, dictada en el recurso nº 243/2006, a cuyos fundamentos nos atenemos a continuación, tanto por razones de seguridad jurídica como por respeto al principio de unidad de doctrina.

Así la Sala ha entendido que la práctica anticompetitiva de las sociedades demandantes respectivamente en aquel recurso y en éste, se encuentra plenamente acreditada y fundada en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que en lo que a tal extremo se refiere ha sido confirmada (Fundamentos Jurídicos Cuarto, Quinto y Sexto de la sentencia que acabamos de citar).

" **CUARTO**: Se señala por la recurrente que son las características del mercado las que determinan la uniformidad en las condiciones comerciales, y así, se afirma un alto riesgo por la enorme volatilidad del éxito de las películas, lo que provoca que el **distribuidor** y exhibidor tengan interés en repartir el riesgo al fijar el medio de retribución - y este sistema se aplica en todo el mundo -; siendo el mercado muy competitivo existe una tendencia a la convergencia de precios; la estandarización de los contratos es consecuencia del volumen de negociación y, por último, el carácter de licencia temporal de derechos de propiedad intelectual, lo que obliga al **distribuidor** a encontrar las salas más adecuadas para la exhibición de las películas, lo que lleva a la negociación de las características de la salas, tiempo de exhibición y aforo.

No podemos aceptar esta explicación. El riesgo puede justificar una semejanza en la estructura de la retribución tendente al reparto de riesgo, pero no explica una práctica identidad en los porcentajes aplicados y una identidad en las estructura; tampoco la competitividad en el mercado explica la convergencia de precios, pues tal convergencia no se produce en todos los mercados altamente competitivos.

Respecto de estos aspectos hemos de recordar las afirmaciones contenidas en la Resolución impugnada:

"En total estas 20 películas distribuidas por las cinco imputadas se estrenaron en 446 **cines** y en el 93 % de ellos se cobró el precio máximo durante la primera semana, el 60 % de la recaudación. El Tribunal también ha constatado que, un **cine** de los de mayor recaudación en España y, por lo tanto, con una potencial capacidad negociadora, en el 90 % de todos sus estrenos se le cobró el 60 % de la recaudación en la semana del estreno. Se evidencia así, que la primera semana de estreno es básica para los **distribuidores**, ya que en ella se recauda entre el 30 y el 40% de la recaudación que la película tendrá durante toda su vida útil."

Pues bien, la existencia de una alta competitividad en un mercado no causa una convergencia en los precios, como decíamos, pues de ser ello así se daría en todos los mercados, afirmación ésta que ni la recurrente prueba, ni se encuentra así descrito por la doctrina, ni se observa en la práctica de la CNC u otros órganos de defensa de la competencia.

La existencia de una pluralidad de contratos justifica la existencia de contratos tipos en una distribuidora, pero no justifica que todas las distribuidoras uniformen las condiciones de esos contratos tipo. Tampoco la cesión temporal de explotación de derechos de propiedad intelectual explica la uniformidad en los plazos de exhibición, porque si bien justifica la negociación de plazos, aforos y salas, no así la uniformidad que es precisamente la imputación que se realiza a las distribuidoras.

Esta uniformidad en las condiciones comerciales no puede explicarse por las características del mercado.

QUINTO : La escasez de medios materiales y personales, tampoco explica la uniformidad en las condiciones comerciales. La posición de la recurrente en el mercado no impide que pueda obtener beneficios de las prácticas que examinamos, y, concretamente:

"- En los contratos aportados por UIP (folio 3291), Warner Sogefilms (folio 3293) y Buena Vista (folios 2692 y 2693) se impide al exhibidor repercutir en el **distribuidor** los descuentos, premios o precios especiales ofrecidos por la sala al espectador sin consentimiento expreso del **distribuidor**.

- En todos los casos se fija, directa o indirectamente, el período de exhibición de cada película y el exhibidor se compromete a no alterar dichas fechas salvo autorización expresa del **distribuidor** (folios 2692, 2693, 3283, 3291, 3293 y 3305).

- En todos los casos se prevé que los exhibidores acudan a los locales de las distribuidoras para retirar el material cinematográfico correspondiente y, a partir de ese momento, hacerse cargo de los costes del transporte y seguro del mismo (folios 2692, 2693, 3283, 3291, 3293 y 3305)."

La no repercusión de descuentos o precios especiales, fijación de un periodo de exhibición - que garantiza la exhibición durante ese periodo -, y la retirada del material de los locales, son aspectos que claramente benefician a la actora cualquiera que sea la posición que ocupe en el mercado.

No existe error en la apreciación de lo hechos, pues la uniformidad a la que nos hemos referido ha quedado acreditada en los términos expuestos.

La recurrente afirma que la aplicación del 60% de porcentaje solo es aplicable al 9% de los porcentajes de alquiler en la primera semana. Ahora bien, aún admitiendo que la muestra de referencia del TDC - dos películas respecto de la actora - no fuese representativa, es un claro indicio, que por otra parte se refuerza en la propia afirmación actora de que en el 75% de los **cines** de mayor recaudación o de recaudación media, cobró el 60% en la primera semana de recaudación.

A pesar de la negación de la recurrente se aprecia la uniformidad de las condiciones afirmadas por el TDC - por más que esa uniformidad no afecte de manera plena al porcentaje aplicado -, porque esa uniformidad - aun cuando no sea identidad, pero si semejanza - se aprecia en las condiciones comerciales en los términos expuesto.

En relación con la remoción de documentos por innecesarios, en ningún caso produce indefensión, pues los mismos no sirven de base a la imputación, todos los hechos que se imputan resultan de documentos a los que la actora ha tenido acceso. Tampoco existen razones para afirmar que tales documentos constituyen pruebas de descargo, no existen razones para entender que sean necesarios, pues teniendo en cuenta que las afirmaciones del TDC resultan de los contratos, sería necesario desvirtuar el contenido de estos, y ello no ha ocurrido en sede judicial.

En cuanto a la prueba de indicios, no es el mecanismo jurídico aplicado, pues la uniformidad resulta de los contratos tipos de las distribuidoras, es por tanto una prueba directa.

Por último, la existencia de una base de datos supone intercambio de información, en este caso sensible, con independencia de que ese intercambio se haya realizado defectuosamente, es un comportamiento tendente a eliminar la incertidumbre y con ello la libre competencia.



SEXTO : Respecto de la calificación jurídica de esta conducta, hemos de recordar lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 16/1989 :

"1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

a. La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

b. La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.

c. El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

d. La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos."

La actividad tipificada en el tipo sancionador del artículo 1 lo es cualquier acuerdo o conducta concertada o conscientemente paralela tendente a falsear la libre competencia, lo que exige la concurrencia de voluntades de dos o más sujetos a tal fin. El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. La conducta ha de ser apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia.

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 .

[...] Sin embargo, la Sala ha entendido la sanción desproporcionada razonando en los siguientes términos:

Entrando ahora en las cuestiones relativas a la graduación de la sanción, recordemos las afirmaciones contenidas en la Resolución, respecto a la sanción:

*"...partiendo también de los elementos de determinación suministrados por el artículo 10 de la Ley 16/1989 , es preciso tener en cuenta las peculiaridades específicas del mercado de la distribución cinematográfica, en el que el volumen de ventas anuales de una empresa del sector no es una constante derivada de un régimen regular de explotación, sino que tiene unos márgenes de oscilación variables cada año en razón de las películas, especialmente de los grandes estrenos, de que cada distribuidora haya podido disponer en esa anualidad. Por eso, examinando las cuotas de mercado de anualidades sucesivas podemos observar cómo en todas ellas desde al menos 2001 y con la sola excepción ese mismo año de una distribuidora no imputada que ocupó el cuarto lugar, las cinco distribuidoras imputadas en este expediente han ocupado las cinco primeras posiciones en las clasificaciones oficiales por mayor recaudación (fol. 2702 y ss), aunque alterándose en todas las ocasiones el orden de su clasificación. Por ello no se considera oportuno imponer a cada una de las imputadas una sanción pecuniaria en base al volumen de ventas individual correspondiente a la anualidad inmediatamente anterior a la resolución, como sugiere el artículo 10 citado, ya que ese criterio perjudicaría al operador que ha obtenido una mejor recaudación durante esa anualidad en beneficio de los que la han obtenido en otras anteriores, generándose una indeseable falta de equidad en la determinación de las sanciones. Por ello parece preferible, por 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. En este caso, según fuentes del Ministerio de Cultura, la recaudación obtenida por la exhibición en salas de **cine** de las películas de las cinco imputadas ha sumado la cifra de 434.670.000 euros en el año 2005, siendo muy superior la cifra de negocios que resultaría de agregar a esos ingresos el volumen de ventas correspondiente a otras actividades desarrolladas por estas compañías, como la venta de derechos para exhibición de sus películas en las distintas ventanas de televisión o la venta de copias en DVD y vídeo de esas mismas películas."*

Esta forma de operar es contraria al artículo 10 de la Ley 16/1989 , que dispone:

"1. El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas 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 % del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal."

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, aún 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%." . » .

Previamente, la Sala de instancia declaró como hechos probados los fijados en la resolución sancionadora:

« [...] Respecto de los hechos declarados probados en la Resolución, hemos de destacar:

"En España, según datos del Ministerio de Cultura, existen más de veinticinco empresas distribuidoras, de las que las cinco imputadas en este expediente son las más importantes, representando conjuntamente entre los años 1998 y 2003 unas cuotas de mercado de 69,9 %, 69,3 %, 68,6 %, 63 %, 68,1 % y 70,5 %, respectivamente, en términos de espectadores y cifras muy similares en términos de recaudación para sus respectivas películas.

A diferencia de las demás empresas distribuidoras que operan en nuestro país, de las que ninguna alcanzó una cuota de mercado superior al 10 % durante los años expresados, las cinco empresas imputadas son filiales o están integradas verticalmente con distribuidoras o productoras de estudios norteamericanos:...

*United International Pictures S.L., filial de United International Pictures B.V., empresa en participación formada por Paramount Pictures International y Universal Studios International B.V. que, a su vez, son las propietarias en España de la cadena de **cines** Cinesa..."*

Respecto de los hechos imputados, y en relación con la uniformización sus políticas comerciales:

"Desde fechas no exactamente determinadas pero anteriores, en todo caso, al año 1998, las compañías distribuidoras imputadas han venido aplicando en sus contratos con los exhibidores unas condiciones comerciales muy similares para poder proyectar sus películas, haciéndolo siempre a través de una modalidad de alquiler temporal de las mismas y estableciendo condiciones idénticas o análogas en aspectos tan relevantes como sistemas de liquidación, precio, cobro, control de recaudación, publicidad de las películas, selección de salas, tiempo de exhibición y entrega y devolución de copias.

Especialmente en lo relativo al precio del alquiler de películas, aunque algunas compañías ocasionalmente contratan a un tanto alzado por el tiempo de alquiler, todas las distribuidoras imputadas siguen habitualmente el sistema de establecer como precio del alquiler un porcentaje de la cantidad recaudada por el exhibidor. Se da la circunstancia de que en los contratos empleados para el alquiler de películas a los exhibidores todas las compañías imputadas establecen la cuantía de este porcentaje por semanas de exhibición, siendo más elevado el porcentaje sobre la recaudación de la primera o las dos primeras semanas y descendiendo gradualmente en las posteriores, por tramos de cinco puntos porcentuales en todos los casos. Aunque no existe una limitación legal o reglamentaria sobre el máximo porcentaje aplicable, durante el año 2002, todas las imputadas aplicaron el 60% de la recaudación de la primera semana a todas sus películas más comerciales.

Por otro lado, del análisis de los contratos-tipo aportados al expediente por las empresas denunciadas se observan las siguientes identidades:

- En todos los casos el exhibidor se compromete a liquidar semanalmente a la distribuidora el importe de las películas sujetas a explotación a porcentaje (folios 2692, 2693, 3283, 3291, 3293 y 3305).

- En todos los casos el plazo del pago correspondiente a dichos importes se establece dentro de un parámetro que oscila entre los 25 y 30 días posteriores a la conclusión de cada semana de exhibición. El contrato aportado por Columbia prevé 25 días (folio 3305); el de UIP, 28 días (folio 3291), y los de Hispano Foxfilm (folio 3283), Warner Sogefilms (folio 3292) y Buena Vista (folios 2692 y 2693), 30 días.

- En el caso de las películas contratadas a tanto alzado los contratos establecen que el importe pactado habrá de ser abonado por el exhibidor a la distribuidora antes de la retirada de la copia de los almacenes de ésta (folios 3283, 3291, 3293 y 3305), salvo en el caso de Buena Vista en el que no consta previsión alguna a este respecto.

- En todos los casos, salvo en los contratos aportados al expediente por Warner Sogefilms, se determina la sala y el aforo en el que habrá de exhibirse la película (folios 2692, 2693, 3282 a 3289, 3291 y 3305).



- En los contratos aportados por UIP (folio 3291), Warner Sogefilms (folio 3293) y Buena Vista (folios 2692 y 2693) se impide al exhibidor repercutir en el **distribuidor** los descuentos, premios o precios especiales ofrecidos por la sala al espectador sin consentimiento expreso del **distribuidor**.

- En todos los casos se fija, directa o indirectamente, el período de exhibición de cada película y el exhibidor se compromete a no alterar dichas fechas salvo autorización expresa del **distribuidor** (folios 2692, 2693, 3283, 3291, 3293 y 3305).

- En todos los casos se prevé que los exhibidores acudan a los locales de las distribuidoras para retirar el material cinematográfico correspondiente y, a partir de ese momento, hacerse cargo de los costes del transporte y seguro del mismo (folios 2692, 2693, 3283, 3291, 3293 y 3305).

Por otro lado, de la información aportada al expediente queda acreditado que los métodos utilizados por las cinco denunciadas para conocer los datos exactos de recaudación en taquilla de cada película, que sirven como base para la aplicación de los porcentajes que habrán de abonarles los exhibidores, coinciden: se hacen a través de unas hojas de taquilla que siguen un modelo tipo diseñado en el marco de FEDICINE, como se expresa anteriormente, que incluyen los datos de recaudación correspondientes y que los exhibidores entregan a la distribuidora diariamente."

Estos hechos que han quedado acreditados en el expediente y resultan igualmente de las pruebas practicadas. Las pruebas practicadas pusieron de manifiesto que la estructura de la cuantía del abono, lo era en los términos expresados, mediante un porcentaje que decrecía con el tiempo, así mismo, las condiciones relativas a las salas y el aforo para la exhibición eran previamente pactadas, la imposibilidad de repercutir descuentos o precios especiales, así como la fijación del periodo de exhibición.

Si bien es cierto que las pruebas practicadas reflejan también la flexibilidad en la práctica, en cuanto al cumplimiento de estas condiciones, ello no desvirtúa la imputación de uniformidad, pues se trata de una negociación a posteriori y sobre las condiciones comerciales uniformadas. » .

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de la mercantil WARNER SOGEFILMS, A.I.E 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 11 de abril de 2013 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de la mercantil WARNER SOGEFILMS, A.I.E recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 28 de mayo de 2013, 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 tenga por presentado este escrito, junto con sus documentos y SUS copias, los admita, y, en su virtud, tenga por interpuesto recurso de casación frente a la *Sentencia dictada por la Audiencia Nacional con fecha 14 de marzo de 2013 en el recurso contencioso-administrativo número 247/2006 y, previos los trámites oportunos, dicte sentencia por la que acuerde estimar los motivos de casación alegados, casando y anulando la Sentencia recurrida y dictando en su lugar una nueva sentencia en la que se estime el recurso contencioso-administrativo número 247/2006 interpuesto por Warner Sogefilms A.I.E (en liquidación) contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de mayo de 2006, dejándola íntegramente sin efecto en cuanto a los pronunciamientos declarativos y de condena que contiene y son desfavorables para Warner Sogefilms A.I.E (en liquidación) y, subsidiariamente reduciendo la cuantía de la sanción impuesta a Warner Sogefilms A.I.E (en liquidación) en lo que resulte procedente con arreglo a lo expuesto en el motivo quinto de este recurso de casación. » .*

CUARTO.- Por providencia de 24 de septiembre de 2013 se admite el recurso de casación.

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de fecha 2 de octubre de 2013, se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a las partes comparecidas como recurridas (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO y la mercantil SONY PICTURES RELEASING DE ESPAÑA, S.A.) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudieran oponerse al recurso, y, no habiéndose presentado escrito alguno en el plazo otorgado, por diligencia de ordenación de 21 de noviembre de 2013, se declara caducado el trámite de oposición concedido a las partes recurridas.

SEXTO.- El Abogado del Estado presentó escrito de oposición el 22 de noviembre de 2013, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos, y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que teniendo por presentado este escrito y por formulada oposición al recurso, previos los trámites oportunos, dicte sentencia por la que lo desestime con confirmación de la sentencia recurrida. » .



SÉPTIMO.- Por providencia de fecha 15 de septiembre 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 3 de noviembre 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 representación procesal de la Agrupación de interés económico WARNER SOGEFILMS, A.I.E. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de marzo de 2013, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de mayo de 2006, recaída en el expediente 588/05, que acordó imponerle una sanción de multa de 2.400.000 euros, como responsable de haber cometido una infracción contraria al artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, por haberse concertado, junto a otras empresas del sector, para uniformizar sus políticas comerciales repartiéndose una parte sustancial del mercado español de la distribución cinematográfica.

El recuso de casación se articula en la formulación de cinco motivos de casación.

El primer motivo de casación, que se funda al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, denuncia la infracción del artículo 48.4 del citado texto legal, y del artículo 135 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como de la jurisprudencia concordante, por remoción ilegal de parte del expediente causante de indefensión, vulnerándose, por ello, el artículo 24 de la Constitución, y por la remoción ilegal de documentos relevantes a los que no ha tenido acceso en vía administrativa ni judicial.

En el desarrollo del primer motivo de casación se aduce que la Sala de instancia debió anular la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia impugnada, en cuanto el Servicio de Defensa de la Competencia eliminó del expediente sancionador 700 folios que contenían declaraciones de exhibiciones que podían haber sido empleados por WS como elementos en que basar su defensa frente a la acusación, limitando el derecho de acceso al expediente reconocido en los artículos 35 e) y 135.3 de la LRJAP -PAC. La remisión del expediente incompleto al Tribunal de instancia ha supuesto la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso con todas las garantías.

El segundo motivo de casación, que se funda al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, denuncia que la sentencia impugnada incurre en una motivación defectuosa al no pronunciarse sobre una cuestión sustancial del litigio, relativa a que la resolución sancionadora incluyó un supuesto hecho nuevo -el intercambio de información a través de la base de datos creada por la Federación de **Distribuidores** Cinematográficos (Fedicine)-, para sancionarla, que no había sido puesto de manifiesto en el pliego de concreción de hechos, pues confunde este hecho nuevo con la calificación legal de la conducta por la que WS fue sancionada (concertación).

El tercer motivo de casación, que se funda también al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, imputa a la sentencia que incurre en una motivación defectuosa o incongruencia por desviación, en infracción de los artículos 33 y 67 del citado texto legal, así como de los artículos 209 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, en último término, del artículo 24 de la Constitución, en relación con la alegación formulada en la demanda, respecto de la equiparación arbitraria de WS con las demás empresas distribuidoras imputadas, que se hace en la resolución sancionadora, y, en relación a que la resolución agrupa injustificadamente a las únicas distribuidoras imputadas, con exclusión del resto de empresas que distribuyen películas en España, sin que existan verdaderas razones para ello.

El cuarto motivo de casación, que se funda al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se sustenta en la infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, y del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, en relación con los artículos 127 y 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y el artículo 25 de la Constitución, en cuanto la sentencia impugnada confirma la imputación a WS de realizar una práctica concertada colusoria de la competencia por unas similitudes en las condiciones contractuales, resultado de una «conducta conscientemente paralela para tratar de uniformizar las condiciones contractuales», interpretando erróneamente y de forma extensiva el requisito de la «conducta conscientemente paralela».



Al respecto, se aduce que el Tribunal de Defensa de la Competencia tenía la carga de probar, tanto que existía una identidad en las prácticas concertadas como que tal identidad no tenía ninguna explicación alternativa de la concertación.

El quinto motivo de casación, que se funda al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se basa en la infracción del artículo 10.1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, y del artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como de la jurisprudencia concordante, por no aplicar de forma adecuada los criterios de graduación de la sanción, ya que WS ha sido injustamente «condenada» por la resolución, lo que comporta que deba anularse la sanción impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Se aduce que la sanción es improcedente por la falta de dolo o negligencia en la conducta imputada a WS, lo que debió tenerse en consideración por el Tribunal de Defensa de la Competencia y analizarse por la Sala de la Audiencia Nacional. Se alega también que la aplicación de la agravación prevista en el artículo 10.1 de la Ley de Defensa de la Competencia habría exigido una justificación basada en el volumen de negocio de WS que no se contiene ni en la resolución sancionadora ni en la sentencia. En último término, se argumenta que la sentencia infringe el principio de proporcionalidad.

SEGUNDO.- Sobre el primer motivo de casación: la alegación de infracción del artículo 135 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y del artículo 48.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El primer motivo de casación, en el extremo que denuncia la infracción por la sentencia recurrida del artículo 135 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no puede ser acogido, pues sustancialmente compartimos el criterio de la Sala de instancia de que la remoción de determinados documentos del expediente por considerar el Servicio de Defensa de la Competencia que la información contenida no era necesaria para la adecuada resolución del procedimiento, no ha producido indefensión, en cuando tales documentos no han servido de base de la imputación ni existen razones para estimar que hubieran podido utilizarse como pruebas de descargo, ya que la lectura de la providencia dictada por el Director General de la Competencia de 22 de septiembre de 2003 evidencia que se preservaron con tal decisión al derecho de defensa de las sociedades investigadas al facultarles para solicitar su incorporación al expediente si lo estimaren necesario.

En efecto, cabe poner de relieve que, según dijimos en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo de 13 de noviembre de 2015 (RC 2212/2013), constan en el expediente los folios que el Servicio de Defensa de la Competencia decidió remover (folios 281 a 977 y 1077 a 1124) que corresponden a una parte de la documentación aportada por dos de las empresas que respondieron a los cuestionarios que les había dirigido la Dirección General de Defensa de la Competencia. Pero no fueron eliminados los cuestionarios cumplimentados por tales empresas, que se mantuvieron unidos al expediente (folios 221-225 y 1072-1075), manteniéndose también incorporados al expediente dos de los anexos que integran la documentación remitida por la primera de aquellas empresas, esto es, el anexo-I, que contiene los contratos con las distribuidoras (folios 226-277), y el anexo-II, que incorpora los listados de películas de 2002 (folios 278-280); así como, de la documentación remitida por la segunda empresa, la lista de precios y descuentos de dos salas determinadas (folio 1076).

Queda con ello de manifiesto que en todo momento han figurado en el expediente administrativo los cuestionarios remitidos por ambas empresas y, al menos en el caso de la primera de ellas, también la parte más sustantiva de la documentación remitida. Y, siendo ello así, la anomalía procedimental que supone la eliminación de otros documentos del expediente, por ser considerados innecesarios, carece de la relevancia que pretende atribuirle la recurrente pues tal eliminación sólo podría tener trascendencia invalidante en el supuesto de que la medida de remoción adoptada hubiese causado indefensión en sentido material, conforme a lo dispuesto en el artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, lo que no es el caso.

La exclusión de los documentos que el Servicio de Defensa de la Competencia consideraba innecesarios podría haber generado indefensión si la imputación pretendiese luego sustentarse, en todo o en parte, en esos documentos, o si éstos contuviesen datos o elementos exculpatorios que la recurrente no hubiese podido esgrimir precisamente por haber sido extraídos del expediente, pero en el caso que examinamos nada permite afirmar, ni aún con carácter indiciario, que la documentación extraída del expediente tuviese significación alguna, inculpatoria ni exculpatoria; por lo que no cabe considerar que se haya causado indefensión a la sociedad recurrente.



En el extremo de este primer motivo de casación, en que se imputa a la sentencia recurrida la infracción del artículo 48.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que ha supuesto violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, cabe advertir que está inadecuadamente formulado, ya que, al denunciarse que la Sala de instancia había incurrido en quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales que hubiera producido indefensión para la parte, debido a la falta de complitud del expediente remitido al órgano judicial, debió fundarse al amparo del artículo 88.1 c) de la mencionada Ley jurisdiccional.

A mayor abundamiento, no estimamos que deba reprocharse a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional la infracción del artículo 48 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por haberse limitado el acceso al expediente y, en su caso, no haber adoptado medidas coercitivas para que la Comisión Nacional de la Competencia remitiera el expediente completo al órgano jurisdiccional, pues el Tribunal confirma la valoración de que los documentos reclamados eran irrelevantes para desvirtuar la conducta colusoria sancionada, lo que, como hemos expuesto, no se revela irrazonable, en razón de las circunstancias concurrentes en que la base jurídica de la imputación tiene su respaldo en los contratos suscritos con los exhibidores que fueron aportados por las sociedades investigadas, y no hay indicios de que se hubiera restringido indebidamente el derecho de defensa, causando indefensión, por lo que, aún reconociendo la transcendencia del derecho de acceso al expediente y, en particular, las pruebas de descargo, atendiendo a la conducta procesal de la parte, el extremo de este motivo de casación debería haber sido igualmente desestimado.

TERCERO.- Sobre el segundo y el tercer motivos de casación: la alegación de infracción de las normas reguladoras de la sentencia.

El segundo motivo de casación, fundado en la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, enunciadas en el artículo 67 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y en el artículo 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, no puede prosperar, pues rechazamos que la Sala de instancia haya incurrido en una «motivación defectuosa», por no pronunciarse -según se aduce- sobre una cuestión sustancial del litigio, respecto de la impugnación de la resolución sancionadora por incluir un hecho nuevo, relativo a un supuesto intercambio de información general sobre los extremos de películas cinematográficas a través de la base de datos creada por Fidecine, que no hubiera sido puesta de manifiesto en el pliego de concreción de hechos, porque la lectura del fundamento jurídico 3 de la sentencia recurrida permite constatar que se responde de forma suficientemente clara y precisa al motivo de impugnación sustentado en la infracción del artículo 138.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, descartando que pueda calificarse de hecho nuevo la referencia a la concertación entre las empresas distribuidoras que había sido la base de todo el procedimiento sancionador, cuya incoación partió de la denuncia presentada por la Federación de Entidades de Empresarios de **Cine** de España el día 6 de febrero de 2003, por prácticas restrictivas de la competencia.

Por ello, estimamos que la sentencia de instancia no resulta contraria a la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, que, según refiere el Tribunal Constitucional en su sentencia 50/2014, de 7 de abril, está garantizada por el artículo 24 de la Constitución, pues «el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho de los justiciables a obtener de órganos judiciales una respuesta congruente, motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso. Ello significa, en primer lugar, que la resolución judicial ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2, y 25/2000, de 31 de enero, FJ 2). En segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho (SSTC 276/2006, de 25 de septiembre, FJ 2, y 64/2010, de 18 de octubre, FJ 3) o, lo que es lo mismo, que sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de un error patente o de la arbitrariedad (por todas, STC 146/2005, de 6 de junio, FJ 7)», lo que «conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso. Tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6, y 308/2006, de 23 de octubre, por todas)».

En este sentido, cabe poner de relieve que la sentencia de instancia cumple el estándar de «motivación razonable» establecido por este Tribunal Supremo, acogiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyo concreto alcance se expone en las sentencias de esta Sala jurisdiccional del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2005 (RC 428/2003), 18 de noviembre de 2005 (RC 2084/2003) y 7 de junio de 2006 (RC 8952/2003), en que dijimos:



« El derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales que garantiza el artículo 24 de la Constitución , engarzado en el derecho a la tutela judicial efectiva, y que constituye el marco constitucional integrador del deber del juez de dictar una resolución razonable y motivada que resuelva en derecho las cuestiones planteadas en salvaguarda de los derechos e intereses legítimos que impone el artículo 120 de la Constitución , exige, como observa el Tribunal Constitucional en la Sentencia 8/2004, de 9 de febrero , acogiendo las directrices jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 9 de diciembre de 1994, Caso Hiro Balani contra España y Caso Ruíz Torija contra España), la exposición de un razonamiento suficiente, aunque no obligue al juez a realizar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleve a resolver en un determinado sentido ni le impone un concreto alcance o intensidad argumental en el razonamiento, de modo que el juez incurre en incongruencia cuando efectúa razonamientos contradictorios o no expresa suficientemente las razones que motivan su decisión, pero no cuando se puede inferir de la lectura de la resolución jurisdiccional los fundamentos jurídicos en que descansa su fallo. ».

Al respecto, cabe referir que en la sentencia de esta Sala de 10 de marzo de 2003 (RC 7083/1997) , sostuvimos que « el cumplimiento de los deberes de motivación y de congruencia se traduce, en síntesis, en una triple exigencia: de un lado, la exteriorización de un razonamiento que, siendo jurídico, por discurrir sobre aquello que en Derecho pueda ser relevante, se perciba como causa de la decisión a la que llega el juzgador; de otro, la extensión de tal razonamiento, explícita o implícitamente, a las cuestiones que, habiendo sido planteadas en el proceso, necesiten ser abordadas por depender de ellas la decisión; y, en fin, una decisión cuyo sentido abarque, inequívocamente, todas las pretensiones deducidas. » .

El tercer motivo de casación, sustentado en la alegación de que la sentencia incurre en «motivación defectuosa o incongruencia por desviación» o «incongruencia por error», infringiendo los artículos 33 y 67 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los artículos 208 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , así como el artículo 24.1 de la Constitución , tampoco puede prosperar, pues descartamos que la Sala de instancia haya dejado sin responder alegaciones formuladas en el escrito de demanda formalizado en el proceso de instancia, respecto de la injustificada equiparación de WS con las demás imputadas, que -según se aduce- le obligó a defenderse a fin de destruir la presunción de que se había concertado con otras empresas distribuidoras, sin tener en cuenta las prácticas comerciales que siguen todas las empresas distribuidoras en España, que no han sido imputadas, puesto que constatamos que la Sala de instancia no se ha pronunciado sobre pretensiones o cuestiones ajenas al debate procesal, y, contrariamente a lo que sostiene la parte recurrente, ha expresado con suficiente claridad, sin incurrir en quiebras lógicas, las razones por las que había considerado acreditado que las compañías distribuidoras más importantes del sector, en términos de cuotas de mercado y de recaudación, que representan conjuntamente, aproximadamente, el 70% del mercado nacional, a diferencia de las demás compañías distribuidoras, que no alcanzan una cuota superior al 10%, son empresas filiales o integradas verticalmente con distribuidoras o productoras de estudios norteamericanos, según se refiere en el fundamento jurídico 2 de la sentencia recurrida, que fueron denunciadas por la Federación de Entidades de Empresarios de Cine de España, han incurrido en una práctica anticompetitiva, al imponer y aplicar condiciones contractuales uniformes a los exhibidores para proyectar sus películas.

En este sentido, procede recordar que, según consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en la sentencia 30/2007, de 12 de febrero , que se reitera en las sentencias 53/2009, de 23 de febrero y 83/2009, de 25 de marzo , para que se pueda declarar que un órgano judicial vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución , por incurrir en incongruencia procesal, es necesario la concurrencia de los siguientes presupuestos:

« En particular, respecto de la congruencia de las resoluciones judiciales, y a salvo las singularidades del ámbito penal, desde la STC 20/1982, de 5 de mayo , venimos recordando que la misma se mide por el ajuste o adecuación entre lo resuelto y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la Sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente, que no hubiera sido pretendida.

Siendo ello así, la incongruencia procesal puede revestir tres modalidades. Existe, en primer lugar, la llamada incongruencia omisiva o ex silentio que tendrá lugar "cuando el órgano judicial deje 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" (SSTC 202/1998, de 14 de octubre, FJ 5 ; 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3 ; y 85/ 2006, de 27 de marzo , FJ 5). La denominada incongruencia extra petitum se produce, en segundo lugar, cuando el pronunciamiento judicial recae "sobre un tema no incluido en las pretensiones deducidas en el proceso, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido, provocando su indefensión al defraudar el principio de contradicción" (SSTC 311/1994, de 21 de noviembre, FJ 2 ; 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3 ; y 116/2006, de 24

de abril , FJ 8). La incongruencia por error acontece, en tercer lugar, cuando se dan al unísono las dos anteriores clases de incongruencia, tratándose, por tanto, de supuestos "en los que, por el error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta" (SSTC 369/1993, de 13 de diciembre, FJ 4 ; 213/2000, de 18 de septiembre, FJ 3 ; y 152/2006, de 22 de mayo , FJ 5) . » .

Y en la sentencia del Tribunal Constitución 51/2007, de 12 de marzo, se refiere:

« La motivación debe contener una fundamentación en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto , FJ 3). Este último aspecto no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC 256/2000, de 30 de octubre, FJ 2 ; 82/20011, de 26 de marzo, FJ 2). Pero la fundamentación en Derecho sí conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable, o incurra en un error patente, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto , FJ ; 25/2000, de 31 de enero FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3 ; 82/2001, de 26 de marzo, JF 2 ; 221/2001, de 31 de octubre, JF 6 ; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6 ; 213/2003, de 1 de diciembre , FJ 4) . » .

CUARTO.- Sobre el cuarto motivo de casación: la alegación de infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa d la Competencia y del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea.

El cuarto motivo de casación, sustentado en la infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, en relación con los artículos 127 y 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común , y del artículo 25.1 de la Constitución , no puede prosperar, pues rechazamos que la Sala de instancia haya interpretado erróneamente y de manera extensiva el requisito de «conducta conscientemente paralela» al sostener que ha quedado acreditada la existencia de una práctica anticompetitiva de las compañías distribuidoras imputadas, consistente en uniformizar las condiciones contractuales de los contratos tipos que suscriben con los exhibidores, tendente a eliminar la libre competencia en el mercado de distribución de películas cinematográficas, que debe sancionarse, al no apreciar la concurrencia de explicaciones alternativas que justifiquen la licitud de dicho comportamiento.

En efecto, estimamos que el reproche casacional que se formula a la Sala de instancia por no apreciar que la coincidencia de determinadas condiciones contractuales no son subsumibles en la noción de «conducta conscientemente paralela», en cuanto la actividad probatoria de WS había acreditado la falta de identidad en las prácticas comerciales de WS y de las demás compañías distribuidoras sancionadas, carece de fundamento, ya que, partiendo de los hechos que considera probados la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, que son aceptados por la sentencia recurrida, por basarse de forma objetiva en el examen de los contratos tipos aplicados y en la información aportada por las propias empresas distribuidoras, y no haber sido desvirtuados con las pruebas practicadas en autos, que permiten constatar que se han utilizado por dichas distribuidoras de forma coincidente modalidades de contratos-tipo que regulan las relaciones con los exhibidores cinematográficos, que contienen cláusulas contractuales similares, en lo que se refiere a las condiciones comerciales del alquiler de las películas, en lo que concierne al periodo de exhibición, la fijación del precio como un porcentaje de la recaudación, plazo de cobro, lo que racionalmente sólo puede ser el resultado de una concertación de las cinco compañías distribuidoras sancionadas.

Por ello, no estimamos que la sentencia de instancia haya infringido la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo expuesta en las sentencias de 5 de octubre de 2009 (RC 3984/2006) y (RC 3556/2007), o la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea , porque, atendiendo a las circunstancias concurrentes en este proceso que hemos expuesto con anterioridad -la utilización de contratos tipo que contienen cláusulas contractuales significativamente similares en sus elementos esenciales-, no consideramos que, en buena lógica, la referida práctica contractual imputada a WS obedezca a la necesidad de adaptarse a las prácticas comerciales uniformes que rigen en el sector de la distribución de películas cinematográficas.

A diferencia de los supuestos enjuiciados en los recursos de casación resueltos por esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en las invocadas sentencias de 5 de octubre de 2009 , los indicios de colusión apreciados por el Tribunal de Defensa de la Competencia, y ratificados por la Sala de instancia, no producen una duda razonable sobre la existencia de concertación entre las empresas distribuidoras de películas cinematográficas imputadas, que se evidencia en la concordancia de las prácticas contractuales analizadas, consideradas no de forma aislada sino de manera conjunta, según hemos señalado



en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2015 (RC 2212/2013).

QUINTO.- Sobre el quinto motivo de casación: la alegación de infracción del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común .

El quinto motivo de casación, basado en la infracción del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , así como el principio de proporcionalidad, que se sustenta en el argumento de que la Sala de instancia no aplica adecuadamente los criterios de graduación de las sanciones, no puede prosperar, ya que no consideramos que la decisión del Tribunal sentenciador sea contraria a estas disposiciones legales por no declarar improcedente la sanción impuesta por falta de dolo o negligencia de WS o por no limitar su importe máximo a la cuantía de 901.518,16 euros.

En efecto, aunque reconocemos que, conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, sólo cabe imponer una sanción por infracción del Derecho de la Competencia si se demuestra la existencia de intencionalidad o negligencia en el infractor, según dijimos en la sentencia de 20 de septiembre de 2006 (RC 7937/2003) , no compartimos el criterio que postula la defensa letrada de la mercantil recurrente de que, en el supuesto enjuiciado en este proceso, no cabía imponer sanción a WS porque no se había acreditado la decidida voluntad de alterar o restringir la competencia, en la medida que ello comportaría revisar los hechos declarados probados que evidencian la existencia de una práctica colusoria conscientemente realizada.

Tampoco consideramos que el límite de la sanción a imponer debió fijarse por el Tribunal sentenciador en la cuantía de 901.518,16 euros, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley de Defensa de la Competencia , que contempla éste límite máximo con carácter ordinario, porque el incremento de la sanción hasta el 5% del volumen de negocios correspondiente a la empresa sancionada se justifica por la aplicación de los criterios de agravación de la sanción, atendiendo a la naturaleza y entidad de la resolución de la competencia, así como, específicamente, a la dimensión del mercado relevante afectado, lo que estimamos, atendiendo a las circunstancias concurrentes en la conducta sancionada, no contraviene el principio de proporcionalidad.

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse íntegramente los cinco motivos de casación articulados, procede declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Sociedad WARNER SOGEFILMS, A.I.E. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de marzo de 2013, dictada en el recurso contencioso-administrativo 247/2006 .

SEXTO.- 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 la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de cuatro mil euros al Abogado del Estado que ha presentado escrito de oposición.

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 WARNER SOGEFILMS, A.I.E. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de marzo de 2013, dictada en el recurso contencioso-administrativo 247/2006 .

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