

Id. Cendoj: 28079230062013100120
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 14/03/2013
Nº de Recurso: 247/2006
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MARIA ASUNCION SALVO TAMBO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Infracción sancionada por el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a catorce de marzo de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional y bajo el número 247/2006 se tramita a instancia de la entidad **WARNER SOGEFILMS A.I.E .**, representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, contra Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 10 de mayo de 2006, sobre **infracción sancionada por el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia** ; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; siendo codemandados las entidades FEDERACION DE CINES DE ESPAÑA, WALT DISNEY COMPANY IBERICA S.L., SONY PICTURES RELEASING DE ESPAÑA S.A., HISPANO FOXFILMS S.A.E., y UGC IBERICA S.A., representadas respectivamente por los Procuradores D^a María Africa Martin-Rico San, D. Juan Antonio García San Miguel Orueta, D. Federico Gordo Romero, D. Pablo Ignacio Hornedo Muguiro, y D. Isidro Orquin Cedenilla.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 16 de junio de 2006, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"SUPLICO que tenga por presentado este escrito con sus copias, lo admita y tenga por formalizada la demanda presentada por Warner Sogefilms A.I.E (en liquidación) en

los autos del procedimiento ordinario 247/2006, con devolución del expediente y, tras los trámites que legalmente procedan, dicte sentencia por la que acuerde estimar el presente recurso, anulando la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de mayo de 2006 en cuanto a los pronunciamientos declarativos y de condena que contiene y son desfavorables para Warner Sogefilms A.I.E (en liquidación); con expresa condena en costas a la Administración y demás partes demandadas."

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: *"Sentencia por la que se desestime el presente litigio, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho."*

3. Mediante Diligencia de Ordenación de 19 de mayo de 2011 se dió traslado a los codemandados para que contestaran la demanda, lo que hizo en tiempo y forma la entidad FEDERACION DE CINES DE ESPAÑA representada por la Procuradora D^a María Africa Martín-Rico San; concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"Que tenga por contestada la demanda formulada por la representación WARNER y tras los oportunos trámites legales, y tras que se rechacen expresamente las pruebas propuestas por la demandante, desestime por completo el presente recurso, y se confirme íntegramente la Resolución de 10 de mayo de 2006 del Tribunal de Defensa de la Competencia en el expediente 88/05 por ser conforme a Derecho, con condena en costas a la demandante por mala fe procesal."

3. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 11 de octubre de 2011 acordando el recibimiento a prueba habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante providencia de 5 de marzo de 2013 se señaló para votación y fallo el día 12 de marzo de 2013, en que efectivamente se deliberó y votó.

4. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de mayo de 2006, dictada en el expediente 588/05 *"Distribuidores Cine"* por la que se declaró que la Federación de Distribuidores Cinematográficos es responsable de una infracción sancionada por el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, por crear y mantener una base de datos mediante la cual las empresas distribuidoras intercambiaban datos estratégicos sensibles para su competencia, declarando también que la sociedad aquí demandante, Warner Sogefilms, A.I.E. (en liquidación), junto con otras empresas distribuidoras, había cometido una infracción contraria al citado precepto, por haberse concertado para uniformizar sus políticas comerciales, repartiéndose una parte sustancial del mercado español de distribución cinematográfica, imponiendo, por lo que aquí importa a la sociedad ahora recurrente (y a cada una de las empresas distribuidoras) una multa de **2.400.000 euros**; intimándose a todas las entidades sancionadas para que se abstuvieran en lo sucesivo de realizar las prácticas declaradas

a la vez que se ordenaba la correspondiente publicación de la parte dispositiva de la Resolución cuyo tenor literal es el siguiente:

"SEGUNDO.- Declarar que las empresas The Walt Disney Company Iberia/Buenavista International Spain, Sony Pictures Releasing de España S.A. (anteriormente denominada Columbia Tristar Films de España S.A.), Hispano Foxfilm S.A.E., United International Pictures S.L. y Warner Sogefilms A.I.E. (en liquidación), han cometido una infracción contraria al artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, por haberse concertado para uniformizar sus políticas comerciales, repartiéndose una parte sustancial del mercado español de la distribución cinematográfica...

CUARTO.- Imponer a cada una de las empresas The Walt Disney Company Iberia/Buenavista International Spain, Sony Pictures Releasing de España S.A. (anteriormente denominada Columbia Tristar Films de España S.A.), Hispano Foxfilm S.A.E., United International Pictures S.L. y Warner Sogefilms A.I.E. (en liquidación) una multa de 2.400.000 euros.

QUINTO.- Intimar a todas las entidades sancionadas para que se abstengan en lo sucesivo de realizar las prácticas declaradas.

SEXTO.- Ordenar a todas las entidades sancionadas la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de economía de dos de los diarios de información general de entre los cinco de mayor difusión en el ámbito nacional."

2. 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.

3. 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.

4. 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 idéntica en los porcentajes aplicados y una identidad en la 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 .

7 . 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%."

8 . De lo anterior deriva también aquí la estimación parcial del recurso.

De conformidad con el Art. 139 de la Ley Jurisdiccional no se aprecian méritos que determinen la imposición de una especial condena en costas.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

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.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Doy fe.