



Roj: **SAN 2071/2021 - ECLI:ES:AN:2021:2071**

Id Cendoj: **28079230062021100195**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **30/04/2021**

Nº de Recurso: **666/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000666 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05863/2017

Demandante: HISPANO FOXFILM SAE

Procurador: D.PABLO HORNEDO MUGUIRO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a treinta de abril de dos mil veintiuno.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número 666/17, interpuesto por D. Pablo Hornedo Muguero, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de **HISPANO FOXFILMS**, SAE (Hispano Fox), contra la resolución dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 19 de enero de 2017 en el expediente VS/0588/05, Distribuidores de Cine, mediante la cual la CNMC, en ejecución de la sentencia emitida por el Tribunal Supremo el 13 de noviembre de 2015, recurso número 2628/2013, recalculó el importe de la sanción originalmente impuesta mediante Resolución de 10 de mayo de 2006, del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), cifrándola en 2.400.000 euros. Ha sido parte la Administración del Estado, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso quedó fijada en indeterminada.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Admitido el recurso y previos los oportunos trámites procedimentales, se confirió traslado a la parte actora para que, en el término de veinte días formalizara la demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito presentado al efecto, en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, en cuyo suplico solicitó que se dicte Sentencia por la que se estime el presente recurso Contencioso-Administrativo y, en consecuencia, se anule en su integridad la citada Resolución recurrida y, de manera subsidiaria, se anule parcialmente la referida Resolución del Consejo de la CNMC, reduciendo sustancialmente el importe de la multa impuesta, ordenando el reintegro a Fox del importe de sanción, cuyo pago ya ha satisfecho; y en su caso, se condene en costas al Estado.

SEGUNDO. - Formalizada la demanda se dio traslado de la misma a la parte demandada para que la contestara en el plazo de veinte días, lo que realizó mediante escrito, alegando los hechos y fundamentos jurídicos que estimó pertinentes, solicitando la desestimación del recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO. - Contestada la demanda, se dio por reproducida la prueba documental propuesta y se confirió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento y votación, a cuyo efecto se señaló el día 13 de enero del presente año, fecha en que tuvo lugar.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. M.^a Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Es objeto de impugnación en el presente procedimiento la resolución dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 19 de enero de 2017 en el expediente VS/0588/05, Distribuidores de Cine, mediante la cual la CNMC, en ejecución de la sentencia emitida por el Tribunal Supremo el 13 de noviembre de 2015, recurso número 2628/2013, recalculó el importe de la sanción originalmente impuesta mediante Resolución de 10 de mayo de 2006, del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), cifrándola en 2.400.000 euros.

Para la adecuada resolución del presente recurso conviene poner de manifiesto los siguientes hechos que resultan de las actuaciones:

1. Mediante resolución de 10 de mayo de 2006, el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) impuso a la recurrente una multa de 2.400.000 euros como autora de una infracción del artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia (LDC 1989) por el período comprendido entre el año 1998 y 2004.
2. Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución fue estimado en parte mediante sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de junio de 2013, en el único extremo de la cuantificación de la multa "declarando que el porcentaje para determinar la multa, que no podrá exceder del 5%, habrá de aplicarse sobre el volumen de ventas de cada sancionado, correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal".
3. Interpuesto recurso de casación, fue desestimado por la STS de 13 de noviembre de 2015 (rec 2628/2013).
4. Mediante resolución de 19 de enero de 2017, recaída en el expediente VS/0588/05 distribuidores de cine, empresa HISPANO FOXFILMS, SAE (Hispano Fox), el Consejo de la CNMC, en ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional, confirmada por el Tribunal Supremo, impuso a la recurrente una sanción de 2.400.000 euros, tras aplicar la prohibición de reformatio in peius. dado que la multa resultante ascendía a 2.435.773 euros, y, por tanto, era superior a la multa de la Resolución sancionadora original, que ascendió a 2.400.000 euros.

SEGUNDO: Disconforme con la resolución recurrida, la parte recurrente aduce en su escrito de demandada que la CNMC ha ejecutado el fallo de la Sentencia de la AN, confirmada por la Sentencia del TS, de forma incorrecta mediante la resolución recurrida.

Denuncia que ha sido dictada sin referencia a un procedimiento definido, por lo que es continuación y conclusión del procedimiento administrativo que dio lugar a la Resolución Sancionadora de 2006. Por ello, sostiene que, independientemente del momento al que se considere que el procedimiento ha sido retrotraído ante el órgano decisorio (en este caso el Consejo) de la Autoridad, dicho órgano decisorio se ha demorado catorce meses desde la Sentencia del TS para resolver la CNMC ha superado el plazo para dictar la Resolución, por lo que ha sido dictada en un procedimiento caducado.



Opone que la resolución ha sido adoptada sin conceder audiencia a FOX, vulnerado el artículo 24 de la constitución y que, por tanto, es nula en virtud del artículo 62.1 (e) de la ley 30/1992 (artículo 47.1 (e) de la ley 39/2015, por vulnerar un derecho protegido por la Constitución. Expone que si la CNMC hubiese adoptado la Resolución en un procedimiento administrativo separado y distinto del que dio lugar a la Resolución Sancionadora de 2006, la Resolución seguiría siendo nula, ya que la CNMC no habría cumplido con las reglas de procedimiento aplicables, contenidas en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, sobre el Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora y en concreto el principio de audiencia ocasionando indefensión a la recurrente y que, también en este caso, el procedimiento estaría caducado al tiempo de dictarse la resolución.

Señala que, aun cuando la sentencia de la Audiencia no lo haya detectado, la cuantificación de la multa se llevó a cabo aplicando los criterios establecidos en la Comunicación de multas de 18 de febrero de 2019, lo que supone la aplicación de retroactiva de un método de cálculo ideado para la ley 15/2007, de 3 de julio. Afirma que la CNMC ha aplicado retroactivamente los principios establecidos por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de enero de 2015, recurso número 2872/2013, relativo al mecanismo para el cálculo de multas con arreglo a la Ley 15/2007, lo que equivale a la aplicación de una norma sancionadora menos favorable que la normativa vigente en el momento de la infracción, vulnerándose el artículo 9.3CE.

Añade que la resolución sancionadora de 2006 solo tuvo en cuenta para el cálculo de la multa el volumen de negocios generado por el negocio de distribución cinematográfica de todas las empresas sancionadas y entre ellas de FOX en el año 2005, utilizando los ingresos en la taquilla. Y que la Sentencia de la Audiencia no cuestionó esta circunstancia por lo que la CNMC debería haber considerado en la Resolución, como base para el cálculo de la multa, el volumen de negocio obtenido únicamente del negocio de distribución de películas cinematográficas facilitas por FOX, y no los datos contenidos del Registro Mercantil sobre las cifras totales del volumen de negocios de 2005, apartándose del criterio establecido en la ley 16/1989. Y utilizando la metodología de la Ley 15/2007.

Manifiesta que, de la nueva cuantificación realizada por la CNMC, además de carecer de justificación y vulnerar el principio de proporcionalidad resulta una sanción mayor que la original, generando una situación en la que ha sido necesario aplicar la prohibición de reformatio in peius.

Aduce que la reducción del 50% de la multa fue la solución adoptada por la Audiencia y que la nueva multa no excediera del 50% de la impuesta en la resolución originaria, calculada sobre la base de la facturación de las películas y así , si bajo el rango original aplicado por el TDC en la Resolución Sancionadora de 2006 (máximo 10% de facturación), la cuantía total de la multa se fijó en el 4,4% del volumen de negocios de distribución (es decir, un porcentaje inferior a la mitad del máximo de 10%), bajo el nuevo rango (donde el límite superior se fija en el 5% del volumen de negocios) la multa una vez recalculada no debería exceder el 2,2% del volumen de negocios del negocio de distribución. Así las cosas, entiende la parte recurrente que la consecuencia más lógica y sencilla de debería haber sido que la nueva cuantificación de la multa no excediera del 50% de la anterior sanción y por ello, del máximo de 1.200.000 Euros.

Argumenta que la CNMC no ha aplicado correctamente el artículo 10 de la Ley 16/1989. Explica que el volumen total de negocios de una empresa infractora en el mercado afectado en el año que precede a una resolución sancionadora es la cifra que debe utilizarse como base para la aplicación de la multa pero que el volumen de negocios no es el parámetro que debe utilizarse para evaluar el grado de importancia de la infracción, por lo que el porcentaje que debe aplicarse para individualizar la multa debe ser igual para todas las empresas en este caso.

Alega que FOX ha sido discriminada, vulnerándose el principio de igualdad ante la Ley, en comparación con otras empresas de distribución cinematográfica, cuyas multas han sido asimismo recalculadas por la CNMC en el mismo asunto, a pesar de que el TDC no ha identificado ninguna distinción en relación con la duración de la conducta prohibida, el *modus operandi* o las características particulares del comportamiento de cada una de las empresas de distribución afectadas y que tampoco apreció circunstancias atenuantes o agravantes. Explica que el porcentaje usado para individualizar la multa de Fox (4,4%) ha sido superior al de Sony Pictures (3,7%), Walt Disney (4,1%) y Warner (4%) y que la única justificación posible (siempre de acuerdo a lo establecido por la CNMC) para el tratamiento diferenciado recibido en relación con el porcentaje usado para individualizar la multa de cada compañía, es que la CNMC parece entender que cada empresa tiene una participación diferente en la conducta, sobre la única base del volumen de negocios generado en el año precedente a la Resolución Sancionadora de 2006 (es decir, 2005).

Continúa exponiendo que la Resolución yerra en los principios, hechos y en las asunciones de las que parte porque no incluye la cuota de mercado de cada compañía de distribución, sino la participación de cada empresa en el volumen de negocios combinado de las empresas de distribución a las que se dirigió la



Resolución Sancionadora de 2006. Añade que la CNMC afirma que la cuota media de mercado durante el periodo de duración del cartel (de 1998 a 2003) fue 68,2%, sin tener en cuenta que, de media, más del 31,8% del mercado no estuvo afectado por la infracción.

Insiste en que el TDC no apreció diferencia alguna en el grado de participación de las compañías distribuidoras de películas en la infracción y que se equivoca al no tener en cuenta, para calcular el porcentaje utilizado para individualizar la multa, la dimensión del mercado, la cuota de mercado de las compañías, los efectos, la duración, etc. (tal y como establece el Artículo 10.2 de la Ley 16/1989) durante todo el periodo de la infracción (1999- 2004), y que, todo caso, la CNMC debería haber considerado la cuota de mercado de cada compañía durante la entera duración del cartel como un parámetro para establecer la cuantía de la multa

Argumenta que la Ley 16/1989 se refiere al volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la multa pero que no hay ninguna indicación de que la cuota de mercado que debe tenerse en cuenta es la cuota de mercado del ejercicio económico anterior y que resulta inapropiado considerar como un único parámetro la cuota de mercado del año anterior a la multa (frente a la cuota media de mercado en los años de duración de la infracción).

Continúa explicando que el hecho de considerar únicamente como parámetro para el cálculo de la multa la cuota de mercado correspondiente al ejercicio económico anterior (excluyendo todos los años donde la conducta ilegal tuvo lugar) no estaría respaldado por el tenor literal de la ley (a diferencia de lo que ocurre con el volumen de ventas previsto en el artículo 10 de la Ley 16/1989, el cual establece que deberá tenerse en cuenta el volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución) y que, además, sería injusto. Sostiene que la afirmación de la Resolución de que Fox es la segunda empresa con mayor participación en la conducta, a poca distancia de UIP (lo cual justifica que Fox tenga el segundo porcentaje más alto,) no está respaldada por el artículo 10 de la Ley 16/1989 puesto que la responsabilidad en la supuesta conducta es igual entre las cinco empresas.

Manifiesta que la interpretación que postula también se justifica por el hecho de que la Resolución sancionadora 2006 no discriminó sobre la base de la cuota de mercado, dado que la multa resultante era igual para las cinco compañías y que este punto fue confirmado por la Sentencia de la Audiencia Nacional que criticó estrictamente el tratamiento que la Resolución Sancionadora de 2006 dio al volumen de negocios, pero que el tratamiento de la cuota de mercado de la Resolución Sancionadora de 2006 (la cual decidió no hacer distinción entre la cuota de mercado de las compañías, no fue discutida por la Audiencia Nacional ni por el Tribunal Supremo.

Y añade que este Tribunal en su Sentencia de 6 de junio de 2018, número de recurso 196/2018, ha señalado que, para calcular la cuota de mercado con el objetivo de fijar el importe de la multa, la cuota de mercado establecida debe de ser la misma para todas las compañías multadas: "Así las cosas, debe estimarse el recurso en este punto y aplicarse para el cálculo de la cuota de mercado un criterio uniforme para todas las empresas, que fue fijado por el TDC en equidad en un 3,7% de la cantidad base."

Por lo demás, opone que la nueva cuantificación realizada por la CNMC, además de carecer de justificación y vulnerar el principio de proporcionalidad resulta una sanción mayor que la original, generando una situación en la que ha sido necesario aplicar la prohibición de reformatio in peius.

Y respecto a la proporcionalidad, manifiesta que la resolución recurrida se refiere a ciertos ratios sectoriales del Banco de España que no constituyen un uso o justificación del principio de proporcionalidad. Opone que la referencia al método de cálculo denominado "límite de proporcionalidad" es oscura y completamente confusa.

La Administración demandada se opuso a la demanda e interesó su desestimación.

TERCERO: Como ya hemos adelantado, la resolución objeto de recurso se dicta en ejecución de la sentencia firme de esta misma Sala de fecha 12 de junio de 2013, en cuya virtud se estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la recurrente contra la resolución de 10 de mayo de 2006 dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, por la que se impuso a la recurrente una multa de 2.400.00 euros como autora de una infracción prevista en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia (LDC 1989).

El objeto de la resolución recurrida es realizar una nueva cuantificación de la multa, adaptándola a los criterios establecidos por la sentencia de la Audiencia Nacional citada, por lo que únicamente podrá revisarse la resolución de la CNMC impugnada en lo que respecta a la aplicación de las pautas establecidas por la sentencia citada en orden a cuantificar la sanción. Así las cosas, no procede examinar en la presente Sentencia el motivo de impugnación en el que se afirma que, aun cuando la sentencia de la Audiencia no lo haya detectado, la cuantificación de la multa se llevó a cabo aplicando los criterios establecidos en la Comunicación



de multas de 18 de febrero de 2019, lo que supone la aplicación de retroactiva de un método de cálculo ideado para la ley 15/2007, de 3 de julio.

Dicho esto, examinaremos, a continuación, los motivos de impugnación articulados por la parte recurrente, comenzando por el que denuncia la caducidad del procedimiento administrativo.

La controversia jurídica planteada por la parte recurrente sobre la caducidad ha sido resuelta por Sentencia de la Sala 3º del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2019 (RCA 5246/2018), en la que se declaraba lo siguiente, a cuya doctrina se remite la Sentencia de la misma Sala de 5 de marzo de 2020 (ROJ: STS 743/2020 - ECLI:ES:TS:2020:743 Recurso: 1957/2019, a cuyo tenor:

"[...] 1/ Anulada jurisdiccionalmente una resolución sancionadora únicamente en lo que se refiere a la cuantía de la multa, la nueva resolución administrativa que recalcula el importe de la multa de acuerdo con los criterios fijados en la propia sentencia es un acto de ejecución que debe llevarse a cabo en los plazos legalmente establecidos para la ejecución de sentencias (artículo 104 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), sin que resulten de aplicación las previsiones contenidas en los artículos 42 , 44 y 92 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (ahora, artículos 21 , 25 y 95 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre) sobre el plazo de la Administración para resolver y la caducidad del procedimiento sancionador.

2/ El cumplimiento de la sentencia que anula la resolución sancionadora únicamente en lo relativo a la cuantía de la multa no exige que se inicie y tramite un nuevo procedimiento administrativo cuando la propia sentencia deja señalados, de acuerdo con lo debatido el proceso, los criterios y pautas para la cuantificación de la multa. El trámite de audiencia previo al dictado de este acto de ejecución únicamente será necesario en caso de que el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia requiriese abordar cuestiones no debatidas en el proceso o la realización de operaciones en las que hubiese algún margen de apreciación, no delimitado en la sentencia pues sólo en ese caso la omisión del trámite de audiencia podría causar indefensión a la parte interesada".

La fijación de esta doctrina jurisprudencial se sustenta en los siguientes razonamientos jurídicos, que procedemos a transcribir:

"[...] Ante todo es necesario destacar que (...) la resolución de la CNMC impugnada en el proceso de instancia fue dictada en cumplimiento de lo ordenado en sentencia de esta Sala de 29 de septiembre de 2015 (casación 721/213), que había anulado una anterior resolución sancionadora y ordenado a la CNMC que cuantificase nuevamente la sanción pecuniaria.

La citada sentencia de 29 de septiembre de 2015 no acordó el reinicio ni la retroacción del procedimiento administrativo sancionador, sino que, sencillamente, ordenó a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia "...que cuantifique la sanción pecuniaria dispuesto en los artículos 63 y 64 conforme a lo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , en los términos fundamentados". Y ello porque, aparte de la expresa remisión que se hace en la parte dispositiva de la sentencia a lo establecido en los preceptos legales relativos a la cuantificación de las sanciones, la propia sentencia de 29 de septiembre de 2015 deja explicado, en su F.J. 8º, por qué esta Sala consideraba que en la anterior resolución sancionadora se habían vulnerado los criterios de graduación de las sanciones establecidos en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, señalando asimismo la sentencia diversas circunstancias que debían tomarse en consideración para cuantificar la multa; todo ello para terminar concluyen el citado F.J. 8º de la sentencia que debía ordenarse a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que " (...) cuantifique la sanción pecuniaria aplicando los criterios legales previstos en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , ateniendo a las circunstancias atenuantes expuestas, y que, en ningún caso, podría superar la cifra de un millón ochocientos mil euros 1.800.000 €), para no incurrir en la prohibición de reformatio in peius".

Es decir, la sentencia ordenaba a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia una concreta actuación: que dictase un nuevo acto de cuantificación de la sanción; y se indicaban en la propia sentencia los criterios con arreglo a los que debía hacerse la cuantificación de la multa.

Así las cosas, el cumplimiento de la sentencia no exigía que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia iniciase formalmente un procedimiento, entendido éste como sucesión de actos y trámites conducentes a un resultado, sino, sencillamente, que dictase una nueva resolución con arreglo a los criterios y pautas que la propia sentencia dejaba señalados.

Una vez dictada por la CNMC la resolución que fija nuevamente el importe de la sanción, la parte que estuviese disconforme con lo resuelto bien podría haberlo impugnado promoviendo a tal efecto el correspondiente incidente de ejecución de sentencia, conforme a lo previsto en los artículos 103, apartados 4 y 5, y 109 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Pero la representación de la recurrente no hizo tal cosa, sino que decidió interponer un recurso contencioso-administrativo independiente contra la citada resolución. Ahora bien, el haber optado por esta alternativa no priva a la resolución de la CNMC de su verdadera



naturaleza, la de ser un acto dictado en ejecución de sentencia y precisamente para dar cumplimiento a lo decidido en ella.

En consonancia con lo que llevamos expuesto, consideramos que no resultan de aplicación al caso que estamos examinando las previsiones contenidas en los artículos 42, 44 y 92 de la Ley 30/1992 (ahora, artículos 21, 25 y 95 de la Ley 39/2015) sobre el plazo de la Administración para resolver y la caducidad del procedimiento sancionador. Y ello porque, como ya hemos señalado, la resolución impugnada en el proceso de instancia no era un acto que pusiese fin a un procedimiento administrativo sino un acto dictado directamente en ejecución de la sentencia.

Por lo demás, carecería de sentido intentar aplicar al caso las consecuencias propias del instituto de la caducidad del procedimiento. En efecto, si en la regulación general de los ya citados artículos 42, 44 y 92 de la Ley 30/1992 la caducidad no impide que el procedimiento vuelva a iniciarse, salvo que hubiese transcurrido el plazo de prescripción, tal previsión de reinicio del procedimiento sancionador no encuentra encaje en un supuesto como el que aquí se examina, dado que la existencia de la infracción ya está afirmada por sentencia firme y únicamente queda por cuantificar -según lo ordenado por esta misma sentencia- el importe de la sanción.

Ello no supone que la Administración pueda en estos casos postergar indefinidamente el dictado de la resolución que fije la cuantía de la multa, pues, a parte del límite general que supone el instituto de la prescripción de la infracción, la ejecución de lo resuelto en sentencia debe llevarse a cabo en los plazos legalmente establecidos (artículo 104 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contenido- Administrativa); y en caso de incumplimiento cualquier interesado puede instar la ejecución forzosa o la ejecución subsidiaria, conforme a lo previsto en la regulación general de la ejecución de sentencias dictadas en el ámbito contencioso-administrativo (artículos 104.2, 108 y 109 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción).

CUARTO: En estrecha relación con lo anterior, se plantea en el presente recurso la cuestión de si es preciso otorgar un nuevo trámite de audiencia a los interesados antes de dictar la resolución por la que se ejecuta una sentencia que obliga a recalcular el importe de la multa con arreglo a los criterios sentados en la propia resolución judicial.

Con carácter general cabe señalar que el trámite de audiencia únicamente sería necesario en caso de que para el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia fuese necesario abordar cuestiones no debatidas en el proceso o requiriese la realización de operaciones sobre las que hubiese algún margen de apreciación, no determinado en sentencia, pues sólo en ese caso la omisión del trámite de audiencia podría causar indefensión a la parte interesada. Pero de nada ello hay constancia en el caso que estamos examinando pues la recurrente no ha justificado que para fijar la nueva cuantía de la multa la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia haya abordado cuestiones ajenas a lo debatido en el proceso o realizado operaciones y cálculos sobre los que existiese algún margen de apreciación no delimitado en sentencia y sobre los cuales, por tanto, la parte interesada debiera haber tenido ocasión de manifestar su parecer.

En efecto, hemos visto que el cumplimiento de la sentencia que anuló la anterior resolución sancionadora no exigía que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia iniciase y tramitase un nuevo procedimiento, pues, sencillamente, la sentencia ordenaba que dictase una nueva resolución con arreglo a los criterios y pautas que la propia sentencia dejaba señalados. s criterios que formaron parte del debate y fueron objeto de pronunciamiento en la sentencia. Y, siendo ello así, el cabal cumplimiento de lo ordenado no exigía un nuevo trámite de audiencia en vía administrativa pues la cuestión ya había sido objeto de pronunciamiento jurisdiccional.

QUINTO: Como ya hemos recogido, denuncia la recurrente que la CNMC no ha aplicado correctamente el artículo 10 de la Ley 16/1989. Sostiene que la reducción del 50% de la multa fue la solución adoptada por la Audiencia y que la nueva multa no excediera del 50% de la impuesta en la resolución originaria, calculada sobre la base de la facturación de las películas y que así, si bajo el rango original aplicado por el TDC en la Resolución Sancionadora de 2006 (máximo 10% de facturación), la cuantía total de la multa se fijó en el 4,4% del volumen de negocios de distribución (es decir, un porcentaje inferior a la mitad del máximo de 10%), bajo el nuevo rango (donde el límite superior se fija en el 5% del volumen de negocios) la multa una vez recalculada no debería exceder el 2,2% del volumen de negocios del negocio de distribución. Por ello, concluye que la consecuencia más lógica y sencilla de debería haber sido que la nueva cuantificación de la multa no excediera del 50% de la anterior sanción y por ello, del máximo de 1.200.000 Euros.

Tal planteamiento no resulta ajustado a lo resuelto en las sentencias recaídas en este proceso, a lo que debemos añadir que el Tribunal Supremo, en el Fundamento de Derecho Noveno de su Sentencia de 13 de noviembre (ROJ: STS 4922/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4922), expresamente indicó que la Sentencia dictada por esta Sala " *en ningún momento establece que la cuantía de la multa habrá de ser la del 5% de facturación*



anual, sino que expresa con toda claridad (FD Séptimo), que no aprecia circunstancias que permitan imponer la multa " más allá del grado medio - 5%" y, con la misma claridad, señala en su parte dispositiva que "el porcentaje para determinar la multa, (que) no podrá exceder del 5%", luego es manifiesto que la Sala de instancia no se pronuncia en la forma que entiende la parte recurrente, sino que fija un límite máximo de la multa en el 5% del volumen de ventas, de forma que corresponde al órgano administrativo que asuma la ejecución de sentencia la individualización y cuantificación de la multa, teniendo en cuenta ese límite máximo determinado por la sentencia y, obviamente, también el límite que para todas las recurrentes resulta de la prohibición de la reformatio in peius.

El resto de los argumentos de este motivo, similares a los opuestos por las otras cuatro distribuidoras cinematográficas sancionadas, han sido examinados y resueltos en la sentencia de esta misma fecha (recurso 2212/2013), antes citada, cuyos razonamientos ahora reiteramos.

Tratándose de una sanción que ha sido impuesta al amparo de la anterior Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio), para la cuantificación de la multa la referencia legal inexcusable viene dada por el artículo 10 de la citada Ley, que en sus dos primeros apartados establece lo siguiente:

Artículo diez. Multas sancionadoras.

1.- El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7, o dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el artículo 4.2, multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal.

2.- La cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta:

- a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia.
- b) La dimensión del mercado afectado.
- c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente.
- d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.
- e) La duración de la restricción de la competencia.
- f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas [...].

De la redacción del precepto interesa ahora destacar dos notas: la norma fija un límite máximo de la escala o intervalo sancionador, dentro del cual el importe de las sanciones pecuniarias debe ser concretado atendiendo a la importancia de la infracción según los factores especificados en el apartado 2 del precepto; y, por otra parte, no hay duda de que el límite máximo de la sanción es el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal".

Siendo ese el tenor del precepto, no hay duda de que la Sala de la Audiencia Nacional actuó correctamente al corregir el criterio del Tribunal de Defensa de la Competencia, pues la resolución administrativa había optado por no aplicar el criterio legal, al que calificaba como meramente sugerido por la norma, y lo había sustituido por otro método de cuantificación de la multa que el Tribunal de Defensa de la Competencia consideraba "...preferible, por más más objetivo y más equitativo". Así, en lugar de cifrar la multa para cada empresa en un porcentaje de su volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución, como dispone la Ley 16/1989 en el artículo 10.1 que antes hemos transcrito, el Tribunal de Defensa de la Competencia había impuesto a todas las empresas distribuidoras la misma multa siguiendo para ello el procedimiento consistente en "... sumar la recaudación conjunta de las cinco imputadas durante la última anualidad y repartir por partes iguales...". Corregido en ese punto por la Sala de instancia el método de cuantificación seguido en la resolución administrativa, por carecer éste de respaldo legal, la sentencia recurrida mantiene sin embargo como porcentaje máximo de la sanción el del 5% aplicado por el Tribunal de Defensa de la Competencia, indicando, eso sí, que debe venir referido al volumen de ventas de cada empresa.

Pues bien, no puede decirse que ese porcentaje máximo del 5%, significativamente apartado del 10% del volumen de ventas que constituye el límite máximo de la sanción, suponga una vulneración del principio de proporcionalidad (artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), ni que hayan sido infringidos los criterios de graduación establecidos en el artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia".



Es muy relevante esta afirmación a los efectos de responder a las tesis de la recurrente, pues a la vista de lo expuesto, no cabe duda de que su planteamiento no puede ser acogido.

En efecto, la Audiencia Nacional no modificó el arco sancionatorio rebajándolo al 5%, entre otras cosas porque carece de potestad para ello ni, como sostiene la recurrente. Tampoco resolvió que la nueva multa no excediera del 50% de la impuesta en la resolución originaria. Lo que hizo fue, simplemente, graduar la sanción respetando los parámetros legalmente establecidos (hasta el 10% del volumen de ventas) y para ello la fijó en un 5% del volumen máximo de ventas del ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción.

Así las cosas, la resolución impugnada se ha limitado a ejecutar lo ordenado por nuestra sentencia de 12 de junio de 2013, ROJ: SAN 2646/2013 - ECLI:ES:AN:2013:2646), confirmada por STS de 13 de noviembre de 2015, que (ROJ: STS 4922/2015 ECLI:ES:TS:2015:4922), que anulaba la resolución recurrida, 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 expresa imposición de costas.

Así, en la resolución recurrida se consigna lo siguiente:

"La infracción que acredita la Resolución de 10 de mayo de 2006, confirmada por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, de la que es responsable FOX, es una infracción muy grave y, por tanto, podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de ventas de la empresa infractora correspondiente al ejercicio inmediatamente anterior a la resolución del Tribunal (art. 10 de la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia), esto es, 2005.

Explica que aun cuando FOX presentó escrito de contestación al requerimiento de información que le fue realizado el 20 de febrero de 2015, señalando que la cifra de ventas total en el ejercicio 22005, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos, ascendió a 54.807.956 euros, se considera pertinente usar la cantidad de 55.357.562 euros que es la que aparece en las cuentas depositadas en el Registro Mercantil por FOX referidas al ejercicio económico comprendido entre el 1 de julio de 2004 y el 30 de junio de 2005 y que, teniéndose en consideración esta cifra, el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 10.2 de la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia, de conformidad con lo expuesto en la Resolución de 10 de mayo de 2006 (S/0588/05), siguiendo los criterios de la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo"

(...)" Con respecto a la cuota del mercado relevante afectada por la infracción, como se ha dicho, según datos del Ministerio de Cultura, en España, entre los años 1998 y 2003, las cinco imputadas en el expediente eran las más importantes, representando conjuntamente unas cuotas de mercado de 69,9%, 69,3%, 68,6%, 63%, 68,1% y 70,5%, en términos de espectadores, respectivamente para cada año, cifras que son muy similares en términos de recaudación para sus respectivas películas. Por tanto, la cuota de mercado cartelizada fue, de media, un 68,2%"

Expone que "de acuerdo con la información facilitada por FOX, su participación en el mercado afectado por la conducta supone el 24,7 del total facturado por todas las empresas infractoras, lo que denota que es la segunda empresa infractora con una mayor participación en la conducta, a poca distancia de la primera UIP, con un porcentaje del 26,5%."

(...)" En lo referente a la duración, ha quedado acreditada la participación de FOX desde 1998 hasta 2004."

Por último, no se aprecian para FOX ni atenuantes ni agravantes.

Siguiendo la precitada Sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente - gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, participación en la conducta de la infractora, ausencia de atenuantes y agravantes- permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta en el 4,4% del volumen de ventas de FOX en 2005. Este tipo sancionador cumple con la indicación, recogida en la sentencia de la Audiencia Nacional corroborada por el Tribunal Supremo, de que el tipo sancionador máximo que se podrá aplicar no puede superar en ningún caso el 5% del volumen de ventas de la empresa infractora correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal".

Y añade que, "la jurisprudencia del Tribunal Supremo insiste en la necesaria proporcionalidad que debe guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, y para eso hay que tener en cuenta "la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados".



Cualquier valoración de la proporcionalidad hace necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta en el mercado afectado bajo supuestos muy prudentes (que es lo que puede determinarse *beneficio ilícito potencial*). En el presente caso, la multa que le correspondería a la infractora según la gravedad de la conducta y de su participación en ella (un tipo del 4,4% se traduce en una multa de 2.435.733 euros) está muy lejos de superar el límite de proporcionalidad estimado, que está en el entorno de 45.000.000 euros, por lo que no es necesario reducir el tipo sancionador por motivos de proporcionalidad.

Por tanto, no podemos sostener, como así hace la recurrente, que la resolución carece de motivación por cuanto si se explicitan los distintos criterios recogidos en el artículo 10 de la LDC para determinar luego cuál va a ser el tipo sancionador que se aplicará sobre el volumen total de negocios de cada una de las empresas sancionadas en el ejercicio 2010 -con el límite citado del 5%. Tipo sancionador que se individualiza respecto de cada una de las empresas infractoras atendiendo en cada caso a los criterios de graduación del importe de la sanción recogidos en el artículo 10.2 de la LDC.

Por ello no compartimos la alegación de la recurrente cuando refiere la falta de motivación en la determinación del tipo sancionador que se aplica a la recurrente, que en su caso ha sido 4,4%, pues como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, en el asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG *"a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 181)."*

SEXTO: Dicho esto examinaremos las objeciones formuladas por la recurrente y que se refieren al volumen de ventas utilizado, al límite de proporcionalidad empleado y al cálculo de la cuota de mercado de las empresas sancionadas y entre ellas, de Fox.

Pues bien, en el caso que examinamos, la resolución sancionadora inicial determinó el volumen de ventas atendiendo a la recaudación obtenida por la exhibición en las Salas de cine de las películas de las cinco imputadas, que según fuentes del Ministerio de cultura, sumaban 434.670 euros en el año 2005 y, añadía "siendo muy superior la cifra de negocios que resultaría de agregar a esos ingresos el volumen de ventas correspondientes a otras actividades desarrolladas por otras 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 video de esas mismas películas".

Conviene recordar que el artículo 10 de la Ley 16/89, que es el que se aplicaba por la resolución inicialmente recurrida, permitía que las multas previstas en el mismo pudieran incrementarse hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal. Sin embargo, el artículo 67 de la Ley 15/2007 establece los porcentajes de las multas a imponer con referencia al negocio total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

La diferencia entre uno y otro criterio, entre la aplicación de una u otra ley, ha sido reconocida claramente por diversas sentencias, como la dictada por el Tribunal Supremo en el recurso 2872/2015.

En el caso ahora resuelto, la contestación del recurrente al requerimiento que le fue remitido por la Dirección de Competencia en fecha de 26 de enero de 2015 es clara y obra en el escrito que lleva fecha 20 de febrero de 2015, señalando que la cifra de ventas total en el ejercicio 2005, antes de la aplicación del IVA y otros impuestos, ascendió a 54.807.956 euros. En consecuencia, en cumplimiento estricto de lo dicho por esta Sala en la sentencia correspondiente al recurso 253/2006, la sanción a la ahora recurrente debe fijarse atendiendo al volumen de ventas de Fox en el ejercicio 2005 informado por la recurrente, como se interesa en la demanda.

SÉPTIMO: Imputa la resolución recurrida un error que vincula al cálculo de la cuota de mercado al que se refiere el artículo 10.2 c de la LDC 1989, como criterio de graduación de la multa, que se concreta en un 24,70 % para Fox y que se traduce en discriminación respecto de las sanciones impuestas a otras sancionadas. En este punto debemos mostrar nuestra conformidad con los argumentos de la recurrente.

Para una mejor comprensión de la cuestión planteada debe establecerse con claridad la diferencia entre dos conceptos bien distintos: Por una parte, el volumen de ventas del ejercicio anterior al de la imposición de la sanción, que nos permitirá calcular de forma individualizada para cada empresa el límite máximo de la sanción (artículo 10.1 LDC 1989), y por otra la determinación de su cuota de mercado, que nos permitirá modular la sanción (artículo 10.2 c, LDC1989).

El TDC estableció una cuota media de todas las empresas en el mercado cartelizado durante el período 1998 a 2003 y ésta fue del 68,23%. Dicho cálculo fue el producto de la fórmula empleada por el TDC que consideró



que debía realizarse una atribución equivalente de las cuotas de mercado de las cinco empresas implicadas durante el período de duración del cártel, dado que dichas empresas se alternaban en la primera posición de ventas. De esta forma se podía evitar, por razones de equidad, que la empresa líder de ventas del último año resultara más penalizada que las otras.

Tal y como hemos dicho, eso no fue corregido ni por la Audiencia Nacional, ni por el Tribunal Supremo para el cálculo de la cuota de mercado, pues lo que el Tribunal Supremo anuló fue el criterio seguido por el TDC de dividir por cinco dicho volumen de ventas a los efectos de calcular el importe total de ventas a que se refiere el artículo 10.1 de la LDC 1989 como límite de la sanción, ya que éste debe ser el individual de cada empresa.

De lo que se trata ahora, es de calcular la cuota de mercado a los efectos de modular la sanción, que es una cuestión distinta a la del cálculo del volumen de ventas del ejercicio anterior al de la imposición de la sanción, operación que, indudablemente, debe hacerse sobre la base de la actividad individual de cada empresa.

Así las cosas, debe estimarse el recurso en este punto y aplicarse para el cálculo de la cuota de mercado un criterio uniforme para todas las empresas, que fue fijado por el TDC en equidad en un 2,7% de la cantidad base.

Dicho porcentaje resulta de la Resolución del TDC de 10 de mayo de 2006 (Expte 588/05; Distribuidores de Cine) y, en concreto, de su Fundamento de Derecho Décimo, del que resulta lo siguiente:

(i) Se parte de la base de que "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".

(ii) Esa recaudación conjunta se reparte "por partes iguales", a fin de imponer "una sanción equivalente a operadores potencialmente equivalentes".

(iii) El resultado de esa operación es una multa de 2.400.000 euros a cada una de las empresas sancionadas.

(iv) El cálculo realizado es, en consecuencia, el siguiente. La cantidad de 434.670.000 € se divide entre cinco, lo que resulta en la cifra de 86.934.000 euros. El importe de 2.400.000 € representa el 2,7% de 86.934.000.

Lo expuesto determina la estimación en parte del presente recurso y en consecuencia la anulación del acto impugnado en lo que se refiere al método de cálculo de la cuota de mercado a los efectos del artículo 10.2 c) de la Ley 16/1989 de 10 de julio de Defensa de la Competencia, que deberá ser cuantificado de acuerdo con las pautas establecidas en el Fundamento Jurídico Séptimo de esta resolución. Una vez calculado deberá aplicarse a la multa impuesta con el efecto de reducción correspondiente

OCTAVO: Por lo demás, cumple manifestar que el debate planteado por la recurrente sobre el método de cálculo del referido "límite de proporcionalidad", es en nuestra opinión, estéril para la resolución del presente recurso.

Por último, tampoco podemos acoger la alegación de que se ha vulnerado el principio de igualdad por cuanto no existe término de comparación idóneo dado que no existe homogeneidad en relación con otras empresas sancionadas por la CNMC en otros expedientes sancionadores en los que debe atenderse a circunstancias particulares que difícilmente pueden ser comparativas en términos de igualdad con la situación de la recurrente. En este mismo sentido se ha pronunciado el TJUE en la sentencia de 16 de junio de 2011 en el Asunto T-240/07 Heineken Nederland.

En cualquier caso, cumple manifestar que la ley no exige que el porcentaje usado para individualizar la multa de cada una de las empresas sancionadas deban ser el mismo puesto que cada una de ellas ha tenido una participación diferente en la conducta como resulta de la diferente cifra de ventas de cada una en el año precedente a la Resolución Sancionadora de 2006 (es decir, 2005).

NOVENO: Lo expuesto en los anteriores Fundamentos determina la estimación en parte del presente recurso y la anulación de la resolución recurrida en lo que se refiere al volumen de ventas de la recurrente en el ejercicio 2005, conforme a lo resuelto en el Fundamento de Derecho Séptimo de la presente resolución y a la cuota de mercado a los efectos del artículo 10.2 c) de la Ley 16/1989 de 10 de julio de Defensa de la Competencia, que deberá ser cuantificado de acuerdo con lo establecido en el Fundamento Jurídico Séptimo de esta resolución.

DÉCIMO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA no procede imponer costas, dada la estimación parcial de este recurso.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FALLO



Estimamos en parte el recurso interpuesto por D. Pablo Hornedo Muguero, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de **HISPANO FOXFILMS, SAE** (Hispano Fox), contra la resolución dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 19 de enero de 2017 en el expediente VS/0588/05, Distribuidores de Cine y en consecuencia anulamos el acto impugnado en lo que se refiere al volumen de ventas de la recurrente en el ejercicio 2005, conforme a lo resuelto en el Fundamento de Derecho Séptimo de la presente resolución y a la cuota de mercado a los efectos del artículo 10.2 c) de la Ley 16/1989 de 10 de julio de Defensa de la Competencia, que deberá ser cuantificado de acuerdo con lo establecido en el Fundamento Jurídico Séptimo de esta resolución. Sin costas.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días, debiendo acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDO