



Roj: **STS 4922/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4922**

Id Cendoj: **28079130032015100362**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **13/11/2015**

Nº de Recurso: **2628/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2646/2013,**
STS 4922/2015

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo **Contencioso-Administrativo**

Sección: **TERCERA**

S E N T E N C I A

Fecha de Sentencia: 13/11/2015

RECURSO CASACION Recurso Núm.: 2628 / 2013

Fallo/Acuervo: Sentencia Desestimatoria

Votación: 03/11/2015

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Ponente: Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor **Secretaría de Sala :** Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca **Escrito por:**

Nota:

Conducta anticompetitiva de empresas distribuidoras cinematográficas

RECURSO CASACION Num.: 2628/2013

Votación: 03/11/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: José María del Riego Valledor

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

S E N T E N C I A

TRIBUNAL SUPREMO.

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN: TERCERA

Excmos. Sres.: Presidente:

D. Pedro José Yagüe Gil

Magistrados:

D. Eduardo Espín Templado

D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

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

Visto por esta Sección Tercera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación número 2628/2013, interpuesto por Hispano Foxfilms SAE, representada por el Procurador de los Tribunales D. Pablo Hornedo Murguero, contra la sentencia de 12 de junio de 2013, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 253/2006, sobre infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, en el que han intervenido como parte recurridas la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, Warner Sogefilms A.I.E., representada por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén y Sony Pictures Releasing de España S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Federico Gordo Romero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia el 12 de junio de 2013, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

"Que estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por Hispano Foxfilms SAE, y en su nombre y representación el Procurador Sr. D^o Pablo Hornedo Murguero, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 10 de mayo de 2006, 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 expresa imposición de costas."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de Hispano Foxfilms SAE, ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, manifestando su intención de interponer recurso de casación, y el Secretario Judicial, por diligencia de ordenación de 16 de julio de 2013, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- La indicada parte recurrente presentó, con fecha 27 de septiembre de 2013, escrito de interposición del recurso de casación, en el que expuso los motivos en que se fundamentaba, y solicitó a esta Sala que estime el recurso y, casando y anulando la Sentencia impugnada:

(i) Dicte otra en su lugar por la que, con estimación del recurso contencioso- administrativo, se deje sin efecto, por su disconformidad a derecho, la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de mayo de 2006, dictada en el expediente sancionador 588/05 (Distribuidores Cine).

(ii) Subsidiariamente, estime el recurso en aplicación de los diferentes motivos fundados en el artículo 88.1.c) de la LJCA, singularmente por la infracción de los actos y garantías procesales causantes de indefensión, y ordene reponer las actuaciones ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional para que, una vez subsanadas tales infracciones, y tras los trámites procesales oportunos, dicte nueva sentencia sobre el fondo del asunto.

(iii) Y subsidiaria de las dos anteriores, anule parcialmente la sentencia impugnada, dictando otra en su lugar por la que deje sin efecto la sanción económica impuesta a HISPANO FOXFILMS SAE, por importe de 2.400.000 euros, eliminando la sanción o, con carácter subsidiario, se acuerde reducir el importe de la citada sanción a un importe simbólico, o un importe menor, de conformidad con la LDC.

CUARTO.- Admitido a trámite el recurso, se dio traslado a las partes recurridas, para que manifestaran su oposición, lo que verificó el Abogado del Estado por escrito de 31 de enero de 2014, en el que solicitó a la Sala que desestime el recurso, confirmando la sentencia recurrida e imponiendo las costas a la recurrente.

Por diligencia de ordenación de 10 de febrero de 2014, se tuvo por caducados en el trámite de presentación de escrito de oposición a las representaciones de Warner Sogefilms A.I.E. y de Sony Pictures Releasing de España S.A.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 3 de noviembre de 2015, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.



Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 12 de junio de 2013, que desestimó el recurso interpuesto por Hispano Foxfilms S.A.E., también aquí parte recurrente, contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 10 de mayo de 2006, de imposición de sanción por infracción de la Ley de Defensa de la Competencia.

La resolución impugnada del TDC declaró que la sociedad recurrente, junto con otras, habían cometido una infracción del 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, y le impuso una multa de 2.400.000 euros, con intimación para que se abstenga en lo sucesivo de realizar las prácticas declaradas, ordenando a todas las entidades sancionadas la publicación de la parte dispositiva de la 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.

La sentencia recurrida consideró que habían quedado acreditados en el recurso contencioso administrativo los siguientes hechos, narrados en la resolución del TDC:

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.

(...)

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."

SEGUNDO.- El recurso de casación se articula en cinco motivos, formulados los dos primeros al amparo del apartado c) del artículo 88.1 LJCA, y los tres restantes por el cauce del apartado d) del mismo precepto legal .

El primer motivo denuncia la infracción de los artículos 24.1 y 120.3 CE , 33.1 y 67.1 de la LJCA y de sentada jurisprudencia, al incurrir la sentencia recurrida en falta de motivación e incongruencia omisiva, por: a) no considerar varias cuestiones fundamentales para la impugnación de la resolución, b) no valorar la prueba practicada, y c) incurrir en incongruencia extra petita en relación con el test de prueba utilizado por el TDC en la resolución.

El segundo motivo alega la vulneración de los artículos 48 , 60 y 61 LJCA , en relación con el artículo 24 CE , por: a) haberse dictado la sentencia (y la resolución del TDC) en base a un expediente administrativo incompleto, y b) al no haberse practicado diligencias probatorias que tenían como base dicho expediente y que eran necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

El tercer motivo aduce que la sentencia recurrida infringió los artículos 1.1 LDC y 101 del TFUE , ex artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, al haberse ignorado los requisitos jurisprudenciales para entender que un intercambio de información es anticompetitivo.

El cuarto motivo aprecia la vulneración de los artículos 1.1 LDC y 101 del TFUE , ex artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea y su jurisprudencia de desarrollo, 386 LEC , 127 129 y 137 de la Ley 30/1992 y 24 y 25 CE , por: a) afirmar la sentencia la existencia de una práctica de una conducta conscientemente paralela entre las empresas sancionadas basándose únicamente en la supuesta existencia de similitud de las condiciones comerciales de los contratos de distribución, y b) aplicarse incorrectamente el mecanismo de la prueba de indicios para acreditar la existencia de infracción.

El quinto motivo alega la infracción de los artículos 10 de la LD y 131.3 de la Ley 30/1992 y de la jurisprudencia aplicable (por todas la STS de 8 de octubre de 2001), en relación con la proporcionalidad de la multa.

TERCERO.- Examinaremos las cuestiones que plantea el recurso de casación siguiendo el orden propuesto por la parte recurrente, en el que las cuestiones de carácter estrictamente procesal preceden a las atinentes al fondo del asunto, si bien, dentro de las primeras, hemos de dar prioridad a las cuestiones de las que pueda derivarse la retroacción de actuaciones, por lo que analizamos en primer término el motivo segundo del recurso, en el que la parte denuncia que el expediente estaba incompleto y que no fueron practicadas determinadas diligencias probatorias que eran necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

Estima la parte recurrente que la Sala de instancia ha infringido el artículo 48.4 LJCA , que ordena a la Administración demandada remitir "*...el expediente, original o copiado, completo, foliado y en su caso autenticado...*", porque del expediente faltan un considerable número de folios (más de 700) y se ha dotado de excesiva confidencialidad a buena parte del expediente.

De conformidad con la letra c) del artículo 88.1 LJCA , uno de los motivos que pueden fundamentar el recurso de casación es el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas reguladoras



de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, "...siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte". Además, el apartado 88.2 LJCA añade que "la infracción de las normas relativas a los actos y garantías procesales que produzca indefensión sólo podrá alegarse cuando se haya pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de existir momento procesal oportuno para ello".

De modo que la LJCA exige, para que pueda estimarse el motivo que invoca la parte recurrente, una serie de requisitos que son, en primer término, que se haya infringido una norma de aquéllas que rigen los actos y garantías procesales, en segundo lugar, que esa infracción haya producido indefensión a la parte que la invoque y, finalmente, que la parte haya pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia de existir momento procesal oportuno para ello.

En el presente caso falta, sin duda, el requisito de la petición de la subsanación de la falta que denuncia la parte recurrente sobre el carácter incompleto del expediente, en el momento procesal habilitado al efecto por el artículo 54 de la Ley de la Jurisdicción, que contempla precisamente aquellos supuestos en los que cualquiera de las partes estime que el expediente administrativo no está completo, otorgándoles la posibilidad de solicitar su complemento.

Señala al respecto el citado artículo 54 LJCA "Si las partes estimasen que el expediente administrativo no está completo, podrán solicitar, dentro del plazo para formular la demanda o la contestación, que se reclamen los antecedentes para completarlo."

Por tanto, existía una vía procesal específica para subsanar el defecto que la parte recurrente denuncia ahora en el recurso de casación, sin que dicha parte la haya utilizado, por lo que resulta de aplicación el artículo 88.2 LJCA antes reseñado, que no permite la invocación, como motivo del recurso de casación, de la infracción de las normas relativas a los actos y garantías procesales que produzca indefensión, si no se ha pedido la subsanación de la falta o transgresión cuando en la instancia exista un momento procesal oportuno para ello.

Sin perjuicio de lo anterior, la remoción de documentos fue acordada en la vía administrativa, y aunque la parte recurrente no invoca esa exclusión de documentos como un motivo de casación de la letra d) del artículo 88.1 LJCA, cabe añadir que la separación de documentos del expediente no le ocasionó indefensión, pues por providencia de 22 de septiembre de 2003 (folios 1150 y 1151 del expediente de la DI) se acordó remover los folios 281 a 977 y 1077 a 1124, por estimarse que correspondían a "información que no era necesaria para la adecuada resolución del expediente", pero con indicación expresa de que esa retirada de documentos era "sin perjuicio de que pueda ser solicitada posteriormente, si se estima necesario", y es el caso que la parte recurrente no solicitó en la fase de prueba abierta ante el TDC la aportación de la documentación excluida, según resulta de su escrito de alegaciones y proposición de prueba, de 20 de junio de 2005, presentado en versión confidencial (folios 1017 a 1064 del expediente confidencial del TDC) y del auto del TDC de 2 de febrero de 2006, de prueba, vista y confidencialidad (folios 1638 a 1650 del expediente del TDC), de forma que la propia parte recurrente en el expediente administrativo no consideró dicha documentación de interés para su defensa, o al menos, no solicitó su aportación cuando tuvo oportunidad de hacerlo.

Todavía a propósito de la alegación sobre la remoción de documentos, antes se ha dicho que los documentos excluidos del expediente a que se refiere la parte recurrente fueron los que obraban en los folios 281 a 977 y 1077 a 1124. De acuerdo con el índice del expediente de la DI, tales folios forman parte de los documentos nº 14 (folios 221 a 977) y nº 20 (folios 1072 a 1124), que corresponden, respectivamente, al escrito de 27 de mayo de 2003, de una sala cinematográfica, contestando a la solicitud de información requerida, con documentación adjunta, y al escrito de 19 de junio de 2003, remitido por otra sala de cine, contestando a la solicitud de información.

El examen del escrito de la sala de cine de 27 de mayo de 2003, que obra en el expediente confidencial de la DI, muestra que la citada sala respondió a las cuestiones que le formuló la solicitud de información de la DI de 30 de abril de 2003, mediante un escrito (folios 221 a 225 del expediente confidencial de la DI), que iba acompañado de tres Anexos, el primero con copias de los contratos con las empresas distribuidoras requeridos por la DI (folios 226 a 277 del mismo expediente), el Anexo II con el listado de las películas exhibidas en el año 2002 (folios 278 a 280 del mismo expediente), y el Anexo III, cuyos folios son los que fueron removidos del expediente (folios 281 a 977), tenía el siguiente contenido, según expresa el citado escrito de la sala de cine a que nos referimos: "En el Anexo III se aporta listado de las dos películas con mayor y menor recaudación durante el 2002 de cada una de las distribuidoras indicadas que fueron contratadas en nuestros cines, indicando distribuidoras, sala, días y sesiones en que fueron proyectadas...".

A su vez, el examen del escrito de la otra sala de cine, de 19 de junio de 2003, muestra que los folios separados del expediente tenían un contenido similar. De acuerdo con el indicado escrito (folios 1072 a 1075 del expediente confidencial del TDC), al mismo se acompañaron tres "documentos adjuntos", uno de ellos es el documento sobre "listado de precios" (folio 1076), y los otros "dos documentos adjuntos" que cita el escrito



pero no obran en el expediente por su remoción (folios 1077 a 1149), fueron los denominados "*documento adjunto películas contratadas*" y "*documento adjunto películas exhibidas*", en respuesta al requerimiento de información de la DI sobre las películas contratadas en el año 2002 con las 7 distribuidoras denunciadas y sobre las películas contratadas con las distribuidoras que realmente fueron exhibidas en sus cines, con indicación de quien las distribuyó y la sala, los días y sesiones (mañana, tarde, noche, fin de semana, etc) en que fueron proyectadas.

A la vista de la materia sobre la que trataban los folios removidos, esencialmente las películas exhibidas a lo largo del año 2002 en las diferentes salas, días y sesiones, ha de concluirse que, al margen de la irregularidad de su remoción del expediente administrativo sin dejar noticia clara de su contenido, dichos documentos eran irrelevantes para la investigación de la conducta anticompetitiva denunciada, y que, por ello, no puede estimarse que su falta ocasione una lesión o una disminución de las posibilidades de defensa de la parte recurrente.

CUARTO.- Las alegaciones de la parte recurrente relativas a la infracción del artículo 48 LJCA, por la remisión de un expediente administrativo incompleto, se extienden a la excesiva confidencialidad del expediente. Sin embargo, la declaración excesiva de confidencialidad, acordada en la vía administrativa, no puede acogerse como un motivo de casación de la letra c), del artículo 88.1 LJCA, que se refiere a las infracciones in procedendo, por vulneración del indicado artículo 48 LJCA, pues la documentación declarada confidencial fue remitida con ese carácter por el TDC a la Sala de instancia y, como se ha dicho, si la parte recurrente estimaba que por esta razón el expediente no estaba completo, debió solicitar la subsanación del defecto por la vía del artículo 54 LJCA, en los términos y plazos que señala el indicado precepto.

Sin perjuicio de lo anterior, la declaración de confidencialidad de determinados documentos del expediente no ocasionó indefensión en este caso, pues los mismos no fueron tenidos en cuenta para fundamentar la resolución sancionadora del TDC, como resulta del auto del TDC de 2 de febrero de 2006, de prueba, vista y confidencialidad, antes citado, que expresamente señala que "*las pruebas presentadas por la denunciante y las recopiladas por el Servicio durante la instrucción no pueden ser declaradas confidenciales y servir al mismo tiempo para fundamentar la resolución del expediente*", por lo que no pueden ser tomados en consideración, y como resulta también de la propia resolución sancionadora, que indica que los hechos que declara probados resultan de la prueba que obra en el expediente, accesible a la parte recurrente, que se detalla en la propia resolución, entre la que figura la siguiente: los documentos del expediente del TDC que se citan en el hecho probado 5 sobre las identidades de contratos aportados por las empresas denunciadas, el reconocimiento por Fedicine de la creación de la base de datos y los documentos que se citan en el FD Primero sobre el contenido de los ficheros, la aportación de información directamente por las empresas distribuidoras y los modelos de hojas de taquilla, y la similitud de prácticas contractuales que se detallan en el FD Segundo, que resultan de la información no confidencial aportada por las empresas distribuidoras imputadas, así como de otras pruebas, como las declaraciones de los testigos que se indican en dicho FD.

La parte recurrente tuvo acceso a todo este material probatorio, con la posibilidad de efectuar las alegaciones y aportar la prueba que estimase conveniente a su derecho, sin que la documentación declarada reservada, bien a solicitud de las empresas exhibidoras, bien a solicitud de las mismas empresas distribuidoras imputadas, por afectar sus intereses comerciales, haya sido utilizada por la resolución del TDC como soporte de la calificación de la conducta infractora y de la imposición de la sanción.

Así lo advierte, además, la sentencia impugnada, que señaló que "*todos los hechos que se imputan resultan de documentos a los que la actora ha tenido acceso*". Asimismo la sentencia impugnada negó que existan razones para suponer que la documentación declarada confidencial constituya prueba de descargo, 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*".

QUINTO.- También alega la parte recurrente, como submotivo segundo dentro del motivo segundo que estamos examinando, que la sentencia recurrida ha infringido el artículo 48 LJCA, en relación con los artículos 60 y 61 LJCA y 24.1 CE, al vulnerar el derecho a la práctica de la prueba declarada pertinente, pues se ha aportado defectuosamente al expediente administrativo un DVD con información relevante de las condiciones comerciales de otra empresa distribuidora imputada, United International Pictures S.L. (UIP), que la parte recurrente no pudo abrir, por lo que solicitó prueba sobre su contenido, que fue declarada pertinente por la Sala, sin que la prueba se practicara, pues UIP no atendió el requerimiento de la Sala de instancia para la aportación del DVD, y la Sala dio por finalizado el período de prueba sin que la parte hubiera tenido acceso al contenido del DVD.

Tampoco apreciamos que en este caso se hayan infringido por la Sala de instancia las normas que rigen los actos y garantías procesales, pues en la falta de aportación del elemento de probatorio (DVD) intervino



decisivamente la conducta de la propia parte recurrente. En efecto, una vez admitida la prueba propuesta por la parte recurrente, que solicitó -entre otras diligencias- nueva copia del DVD proporcionado por UIP en la vía administrativa, la Sala requirió a UIP por dos veces, en fechas 4 de noviembre de 2011 y 18 de abril de 2012, la aportación de copia del citado DVD, y a la vista del tiempo transcurrido sin recibir respuesta, por diligencia de ordenación de 21 de noviembre de 2012, requirió a la parte recurrente para que manifestara si consideraba fundamental o renunciaba a la prueba, con respuesta de la recurrente de fecha 8 de enero de 2013, que solicitó a la Sala que reitera el oficio a United International Pictures "una última vez".

Tras el anterior escrito de la parte recurrente, por diligencia de ordenación del Secretario Judicial, de 2 abril de 2013, se acordó declarar concluso el segundo período de prueba, de forma expresa se ordenó *"reitérese el oficio a fin de que en 10 días lo remitan y una vez recibido se dará plazo para alegaciones"*, y se concedió a la representación procesal de la parte recurrente el plazo de 10 días para que presentara escrito de conclusiones sucintas, y la parte presentó su escrito de conclusiones el siguiente día 17 de abril de 2013.

De esta forma, la parte recurrente no se ajustó al contenido de la diligencia de ordenación, que disponía que el plazo para conclusiones se abriría después de recibida la contestación al oficio judicial, sino que presentó su escrito de conclusiones sin esperar esa contestación, y en todo caso, en el supuesto de que hubiera entendido que la diligencia de ordenación, en contra de su tenor literal, declaraba concluso el período probatorio y abría el trámite de conclusiones sin efectuar el requerimiento a UIP, no impugnó la resolución para solicitar su subsanación, por lo que no concurre el requisito de haber pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, que exige el artículo 88.2 LJCA para estimar la infracción de las normas relativas a los actos y garantías procesales que invoca la parte recurrente.

Por las razones indicadas, se desestima el motivo segundo del recurso de casación.

SEXTO.- El primer motivo del recurso denuncia la incongruencia omisiva de la sentencia, porque silencia varias cuestiones fundamentales planteadas por la parte recurrente, no valora la prueba practicada en el procedimiento e incurre en incongruencia extra petita en relación con el test de prueba utilizado por el TDC en su resolución.

Como ha dicho con reiteración el Tribunal Constitucional, entre otras muchas en su sentencia 24/2010, la incongruencia omisiva se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las cuestiones 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.

El mismo TC ha distinguido, en la sentencia 8/2004 y en las que allí se citan, entre las meras alegaciones o argumentaciones, aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas, señalando, respecto de las primeras, y salvo que se trate de la invocación de un derecho fundamental, que "puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada de todas ellas, pudiendo bastar, en atención a las particulares circunstancias concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales", mientras que respecto de las segundas, en cambio, *"la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor, sin más excepción que la de una desestimación tácita de la pretensión, de modo que del conjunto de razonamientos de la decisión pueda deducirse, no ya que el órgano judicial ha valorado la pretensión, sino además los motivos de la respuesta tácita."*

Igualmente, el Tribunal Constitucional, en sentencia 25/2012, insiste en que la incongruencia omisiva se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, *"sin que sea necesaria, para para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales."*

En este primer motivo del recurso de casación, la parte recurrente alega ocho diferentes cuestiones que, en su parecer, fueron oportunamente planteadas y no obtuvieron respuesta en la sentencia impugnada, si bien, en algunas ocasiones alega como cuestiones no resueltas por la sentencia recurrida lo que son simples argumentos de la parte en defensa de sus pretensiones, que no exigen una respuesta explícita y pormenorizado, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que acabamos de exponer.

Al respecto debemos tener en cuenta el criterio diferenciador entre pretensiones, cuestiones y argumentos que recogen las sentencias de esta Sala de 23 de febrero de 2004 (recursos 6650/2001 y 7282/2001), 1 de abril de 2014 (recurso 177/2011) y 23 de abril de 2015 (recurso 2064/2012), conforme a los cuales, en el presente caso, debemos diferenciar entre la pretensión que la parte recurrente formula en su demanda, de anulación de la resolución del TDC que, a su vez, se fundamenta en diversos motivos de invalidez o cuestiones, las cuales,



por su parte, se hacen patentes al Tribunal mediante argumentos jurídicos, indicando las citadas sentencias que *"la congruencia exige del Tribunal que éste no solamente se pronuncie sobre las pretensiones, sino que requiere un análisis de los diversos motivos de impugnación y de las correlativas excepciones u oposiciones que se han planteado ante el órgano jurisdiccional. No sucede así con los argumentos jurídicos, que no integran la pretensión ni constituyen en rigor cuestiones, sino el discurrir lógico-jurídico de las partes, que el Tribunal no viene imperativamente obligado a seguir en un iter paralelo a aquel discurso."*

La primera de las cuestiones o motivos de impugnación sobre la que considera la parte recurrente que la Sala de instancia omitió una respuesta, es la relativa a la aplicación del Derecho comunitario, por entender que la conducta imputada a las empresas distribuidoras afecta al comercio intra- comunitario.

Esta cuestión fue planteada en los FD 7º y 8º de la demanda, que alegaban que el SDC y el TDC habían respondido con silencio a la alegación de la parte recurrente, relativa a la afectación potencial de la conducta imputada a los intercambios comerciales de los Estados miembros, y sobre tal cuestión se pronunció la sentencia recurrida en la forma siguiente (FD 5º, último párrafo):

"Por último, y aunque expresamente no se delimita el mercado geográfico, lo cierto es que la actuación de la CNC ha venido referida al mercado en territorio español, por ello la incidencia en el mercado europeo excede del presente recurso, ya que ese parámetro no se ha considerado para calificar la conducta."

Razona la Sala de instancia que aunque la resolución impugnada no defina expresamente el ámbito geográfico del mercado afectado, sin embargo, la resolución del TDC está referida al mercado en territorio español, por lo que estima que la incidencia en el mercado europeo excede del recurso.

Por tanto, la sentencia recurrida rechazó las alegaciones de la parte recurrente relativas a la afectación del Derecho Comunitario, por estimar que las conductas sancionadas se limitaron al territorio español y no tuvieron incidencia en el mercado europeo, y la parte recurrente podrá estar o no de acuerdo con dicha respuesta, pero en este segundo caso, si la parte recurrente estima que el rechazo de sus alegaciones es contrario a derecho, el cauce apropiado para denunciar la infracción en que hubiera incurrido la sentencia es el motivo del apartado d) del artículo 88.1 LJCA .

Considera la parte recurrente que la sentencia recurrida no analizó la cuestión planteada sobre si la resolución del TDC incluyó hechos nuevos, al alterar el porcentaje del 60% ó del 55% de los ingresos de taquilla asignados a los distribuidores que había contemplado el Pliego de Concreción de Hechos, por el porcentaje afirmado en la resolución sancionadora del 60% de la recaudación en las películas de mayor éxito, y del 55% ó 50% en las demás películas.

Lo cierto sobre esta alegación, al margen de si esa variación del porcentaje constituye o no un hecho nuevo, es que se incluye en los hechos de la demanda (Hecho II.2), que se limita a exponer la narración fáctica que la parte estima relevante, sin cita de precepto alguno que se reputa infringido, pero no se menciona entre las cuestiones o motivos de invalidez que plantea la demanda en sus Fundamentos Jurídicos. En efecto, la demanda divide sus Fundamentos de Derecho jurídicos materiales en 9 apartados, en los que, a excepción del primero que contiene unas consideraciones generales sobre el recurso, va planteando los distintos motivos de invalidez de la resolución del TDC, sin que en ninguna de las rúbricas o títulos de esos motivos de impugnación, ni tampoco en los submotivos en que aparecen divididos, se haga ninguna mención al hecho nuevo al que se refiere la parte en su recurso de casación, sin que tampoco en el recurso de casación cite la parte recurrente el Fundamento de Derecho en el que las alegaciones relativas a este hecho nuevo se encuentran incluidas.

Sin perjuicio de lo anterior, no pueden considerarse un hecho nuevo, con el alcance anulatorio que pretende la parte recurrente, las conclusiones a que llegó el TDC sobre el porcentaje de los ingresos en taquilla que correspondían al distribuidor. El Pliego de Concreción de Hechos y el Informe Propuesta de la instructora (apartado 8.vii.1 de los Hechos Acreditados), señalaban que los porcentajes varían en función del tipo de película, éxito y número de semanas de proyección, y destaca en letra negrita el Informe Propuesta que: *"...durante el año 2002 los porcentajes cobrados por las cinco distribuidoras fueron números enteros, comenzaron en el 60 ó 55% la primera semana de exhibición y fueron reduciéndose de cinco en cinco puntos porcentuales hasta llegar al 40 ó 30% de la recaudación, que es lo mínimo que obtuvieron por la cesión de las películas los exhibidores"*, y añade en el apartado de Valoración Jurídica (apartado A.7), después de reiterar los anteriores porcentajes, que *"cuando más taquillera fue la película más altos fueron los porcentajes cobrados"* .

Sobre este mismo extremo de los porcentajes de ingresos correspondientes a los distribuidores, la resolución sancionadora del TDC señala que: *"... todas las distribuidoras imputadas, en las películas para las que se preveía un mayor éxito, establecían como retribución sus porcentajes máximos de participación en el 60% de la recaudación de la primera o primerassemanas, descendiendo estos por tramos de cinco puntos porcentuales"*



en las sucesivas semanas de exhibición, si esta llegaba a tener lugar, mientras que en las películas restantes establecían sus porcentajes iniciales en un 55% ó 50% de la recaudación de la primera semana".

Es claro que la reseña por la resolución del TDC del porcentaje del 50%, en los casos de las películas menos taquilleras, no puede considerarse un hecho de cargo nuevo, pues el hecho que se imputaba a la parte recurrente era el de su concertación con otras cuatro distribuidoras cinematográficas en las cláusulas de los contratos que celebraban con los exhibidores, que se manifestaba en las condiciones de exhibición detalladas por la DI (lugar de exhibición, tiempo, entrega y devolución de copias, control de la liquidación y otras), entre las que figuraba como un dato más de la concertación el pago mediante la aplicación de un porcentaje igual de los ingresos por taquilla.

Aún cabe añadir que ni siquiera esa referencia del TDC al porcentaje del 50%, en los casos de películas menos taquilleras, sea un "hecho nuevo" no considerado por la DI, que señaló que desde un máximo del 60%, el porcentaje iba disminuyendo en tramos de 5 puntos porcentuales, en atención al éxito de taquilla de la película.

En este mismo apartado, alega el recurso de casación que la resolución del TDC introdujo otro diferente "hecho nuevo", al señalar que la recurrente y las demás distribuidoras habían utilizado la fallida base de datos de Fedicine como medio para coludir e intercambiar información sensible ilegalmente, lo que considera la recurrente que constituye la introducción de una nueva acusación, o al menos su modificación.

Tampoco en este caso la demanda incorporó entre los motivos de anulación la consideración por el TDC de este hecho nuevo, que no se menciona en el párrafo 29 y siguientes, como alega la parte en el recurso de casación.

En todo caso, no existe la nueva acusación o modificación, que aprecia la parte recurrente, como se hace evidente en los pronunciamientos de la parte dispositiva de la resolución del TDC, que únicamente sancionó a la distribuidora recurrente por su conducta de concertación con las otras empresas distribuidoras para uniformizar sus políticas comerciales, limitando la sanción por la creación y mantenimiento de la base de datos a la asociación Fedicine.

Como conclusión en este apartado, no se aprecia infracción de la garantía que reconoce el artículo 135 LRJPAC, de ser informado de la acusación para hacer posible una defensa adecuada, lo que comprende la notificación de los hechos atribuidos, su calificación jurídica y la sanción que se propone, pues en este caso se han mantenido inalterados en la resolución del TDC los hechos de cargo del Informe Propuesta de la DI y, en ningún caso, las referencias del TDC al porcentaje del 50% de la recaudación correspondiente a los distribuidores y a la utilización de la base de datos de Fedicine, pueden considerarse hechos de cargo nuevos que se hayan traducido en indefensión material, esto es, en un perjuicio real y efectivo, nunca potencial y abstracto, de las posibilidades de defensa de la parte recurrente en el expediente administrativo.

Se refiere también el recurso a diversos puntos que no fueron resueltos por el TDC, a pesar de que fueron planteados por la parte recurrente en el procedimiento administrativo, lo que es un reproche dirigido a la resolución sancionadora del TDC, pero un supuesto de incongruencia de la sentencia impugnada.

También considera la parte recurrente un supuesto de incongruencia que la sentencia "no discuta" la cuestión relativa a la definición de mercado llevada a cabo por el TDC, cuando hemos visto que la sentencia se pronunció sobre el mercado geográfico afectado (FD 5º último párrafo), y además, son muy numerosas las referencias al mercado afectado en la relación de hechos probados de la resolución del TDC, que la sentencia recurrida expresamente acoge, en las que queda claro que el mercado afectado es el de la distribución cinematográfica en España.

Indica el recurso de casación que la sentencia no incluye consideración alguna en relación con los "argumentos" relativos al intercambio de información a través de la base de datos de Fedicine. Sin perjuicio de que la propia parte recurrente reconoce que se trata de una falta de respuesta a "argumentos" y no a cuestiones o motivos de nulidad, la sentencia recurrida si se pronuncia sobre el carácter anticompetitivo de la base de datos a que se refiere la parte recurrente, en la forma siguiente (FD 5º):

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.

De nuevo, si la parte recurrente discrepa del razonamiento de la sentencia recurrida, y estima que la constitución y mantenimiento de la base de datos en cuestión merecía una calificación distinta, debió hacer valer sus argumentos mediante la denuncia de la infracción de las normas del ordenamiento o la jurisprudencia que considere vulneradas, pero no como un vicio de incongruencia o de falta de respuesta de la sentencia.



Sin perjuicio de lo anterior, además de que existe contestación de la Sala al argumento de la parte recurrente sobre el intercambio de información, cabe añadir sobre este punto que el intercambio de información a que se refiere el recurso, es irrelevante para el pronunciamiento que debemos emitir sobre la pretensión de anulación de la resolución del TDC, que sancionó la conducta de la recurrente de concertación con otras empresas distribuidoras cinematográficas para uniformar sus políticas comerciales, mientras que la sanción por la creación y mantenimiento de la base de datos se impuso únicamente a Fedicine, como resulta con claridad de los Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto y de la parte dispositiva de la resolución sancionadora del TDC.

La parte recurrente aprecia que la sentencia impugnada incurrió en incongruencia omisiva por "no considerar" otra de las cuestiones -que estima fundamental- como lo es la falta de efectos de la conducta anticompetitiva, llegando la parte a afirmar que incluso esos efectos son beneficiosos, lo que sin duda es un argumento legítimo, pero no pone de relieve una incongruencia omisiva de la sentencia, que con rotundidad expresó el carácter lesivo para la libre competencia de las conductas enjuiciadas (FD 6º):

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

También la sentencia recurrida rechaza de forma expresa el argumento de la parte recurrente, que sostiene que la uniformidad de las condiciones comerciales, declarada como hecho probado, puede encontrar una explicación en las condiciones del mercado o en otras circunstancias distintas de la conducta acordada o conscientemente paralela de las empresas distribuidoras.

Finalmente, no se entiende muy bien el argumento de incongruencia omisiva de la sentencia, en relación con la proporcionalidad de la multa y con el hecho de que el TDC haya tenido en cuenta los ingresos de taquilla, de los que los distribuidores solo perciben un porcentaje, porque la sentencia recurrida (FD 7º), razonó que la forma de operar del TDC en la graduación de la sanción era contraria al artículo 10 de la Ley 16/1989, por lo que estimó en parte el recurso y anuló la sanción, ordenando su imposición, en la forma que determina, sobre el volumen de ventas de la empresa recurrente, por lo que es del todo innecesario el examen y pronunciamiento sobre la conformidad a derecho de la aplicación de un porcentaje sobre el volumen de ingresos por taquilla a que se refiere la parte recurrente.

SÉPTIMO.- También alega la parte recurrente, en el primer motivo del recurso, que la sentencia impugnada incurre en incongruencia omisiva, al ignorar y no valorar la prueba aportada por dicha parte, que plantea explicaciones alternativas a la concertación y acredita que la uniformidad de condiciones comerciales no era tal, citando como pruebas no valoradas la documental acompañada a su demanda, consistente de forma principal en un informe de un perito económico y contratos de distribución, y la testifical propuesta por dicha parte de cuatro ejecutivos vinculados al negocio de la exhibición cinematográfica, que poseen y gestionan varios cines.

El Tribunal Constitucional ha declarado en reiteradas ocasiones, entre ellas en el auto 142/1992 y resoluciones que allí se citan, que la tutela judicial obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas y que el incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas dichas pretensiones, constituye lesión de aquel derecho fundamental, pero también ha matizado que ello es así siempre que el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita, y que asimismo no existe incongruencia constitucional relevante si el órgano judicial resuelve genéricamente las pretensiones de las partes, aunque no se haya pronunciado sobre todas las alegaciones concretas, o no se haya dado una respuesta pormenorizada, siempre que se resuelvan las pretensiones formuladas.

La sentencia recurrida asumió e hizo suya la narración de hechos probados efectuada en la resolución sancionadora, que reprodujo en los extremos que estimó relevantes para resolver sobre la sanción que se impuso a la parte recurrente.

La aceptación de esos hechos probados se justificó en la sentencia recurrida en la forma siguiente:

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.



Se refiere la sentencia recurrida como soporte de los hechos que declara probados, de un lado, al expediente administrativo, dejando constancia, en la transcripción efectuada de la resolución del TDC, de los documentos del expediente que sustentan los distintos extremos probados, y de otro lado, a *"las pruebas practicadas"*, que pusieron de manifiesto ante el Tribunal de instancia la conducta concertada de la parte recurrente con otras empresas distribuidoras cinematográficas, en la estructura de los pagos y otras condiciones de los contratos con las empresas exhibidoras, admitiendo la Sala de instancia que la coincidencia no era absoluta, sino que las pruebas también reflejaron *"la flexibilidad"* de la práctica en el cumplimiento de las condiciones, si bien estimó que dicha flexibilidad no era suficiente para desvirtuar la imputación de uniformidad, pues resultaba de una negociación a posteriori sobre unas condiciones comerciales uniformadas.

El informe económico que la parte recurrente acompañó con su demanda, examinó los datos aportados al expediente por las empresas distribuidoras sancionadas, sobre precios de las películas y fechas de estreno, y señaló en sus conclusiones la existencia de desviaciones respecto de los porcentajes sobre la recaudación de las salas, que era la forma de pago de los exhibidores a las empresas distribuidoras sancionadas, si bien, ya se ha indicado que la sentencia impugnada estimó que la flexibilidad que resultaba de las pruebas practicadas, y entre ellas ha de incluirse este informe pericial aportado por la parte recurrente, así como de los contratos y testigos traídos al proceso por la misma parte, no impedía, sin embargo, apreciar la concertación entre las empresas distribuidoras imputadas, derivada de la propia estructura de la forma de pago y de la uniformidad de las condiciones impuestas a los exhibidores y dueños de las salas cinematográficas.

Por tanto, la Sala de instancia ha determinado los hechos que consideró probados, ha explicado cuales fueron los elementos de cargo que tuvo en cuenta y el fundamento de convicción que le ha llevado a la determinación de esos hechos como probados.

No existe falta de explicación o de motivación sobre la valoración de la prueba efectuada, sino una discrepancia de la parte recurrente con la valoración del Tribunal de instancia, en relación con pruebas similares, pues la parte recurrente muestra su preferencia por los contratos con los exhibidores y por las declaraciones testificales aportadas al proceso a su instancia, frente a los contratos y declaraciones de exhibidores reunidos en el expediente sancionador, sin que la ley conceda preferencia a unas pruebas sobre otras, sino que al existir varios elementos probatorios sobre el mismo punto, encomienda al Tribunal de instancia, ante el que se practicó la prueba, que pondere unas y otras y aprecie su resultado con libertad de criterio.

La parte recurrente pretende, en definitiva, que se pondere en forma distinta la prueba documental y testifical que aportó al proceso y la resultante del expediente administrativo, sin tener en cuenta que esta Sala ha dicho, en reiteradas ocasiones, que no cabe sustituir la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia por una nueva valoración de esta Sala, salvo que se denuncie, por el cauce de la letra d) del artículo 88.1 LJCA, que la sentencia impugnada hubiera incurrido en una valoración arbitraria, irrazonable o ilógica de la prueba, con infracción de las reglas de la sana crítica, lo que no se denuncia en el presente recurso.

En este mismo primer motivo del recurso, alega la parte recurrente que la sentencia impugnada incurre en incongruencia extra petita, en relación con el test de prueba utilizado por la resolución del TDC, pues la Sala de instancia se pronuncia sobre la pertinencia de la prueba de indicios, cuando nadie ha traído a debate dicha cuestión.

La incongruencia implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y la causa del pedir o el petitum formulado por las partes, y en su modalidad extra petita se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión o una causa de pedir que no fue oportunamente deducida por los litigantes.

La alegación de la parte recurrente sobre la incongruencia extra petita se basa en un único párrafo de la sentencia recurrida, que dice lo siguiente (FD 5º):

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.

No es posible apreciar el defecto que invoca la parte recurrente, pues la sentencia impugnada ni concede algo distinto a lo solicitado por las partes, ya que la estimación parcial del recurso que determina su parte dispositiva se encuentra dentro del ámbito de la decisión que resultaba de las pretensiones deducidas en los escritos de demanda y contestación, ni se pronuncia tampoco la sentencia sobre una causa de pedir no deducida por las partes.

Con claridad, el párrafo de la sentencia que invoca la parte recurrente se está refiriendo a la prueba de las condiciones uniformes de los contratos, como resulta de su propio tenor literal y de su contexto, el Fundamento de Derecho Quinto, en el que la sentencia impugnada analiza y decide si eran o no uniformes las condiciones pactadas en los contratos suscritos entre las empresas distribuidoras y los exhibidores, y concluye que la



uniformidad de las condiciones contractuales resulta de los propios contratos, que constituyen, por tanto, una prueba directa de dicho extremo, sin que el razonamiento anterior invalide o contradiga que se haya obtenido, mediante la prueba de indicios, la acreditación de la concertación anticompetitiva de las empresas distribuidoras, que es la conducta infractora sancionada.

Por los razonamientos anteriores, se desestima el motivo primero del recurso de casación.

OCTAVO.- Examinamos conjuntamente los motivos tercero y cuarto del recurso, sobre el fondo del asunto, articulados por el cauce de la letra d) del artículo 88.1.d), en los que la parte recurrente denuncia la infracción de los artículos 1 LDC y 81 del Tratado de la Comunidad Europea, al haberse ignorado los requisitos jurisprudenciales para entender que un intercambio de información es anticompetitivo (motivo tercero) y la vulneración de los mismos preceptos, y de los artículos 386 LEC, 127, 129 y 137 LRJPAC y 24 y 25 CE, al afirmar la sentencia recurrida la existencia de una práctica conscientemente paralela entre las empresas sancionadas, basándose únicamente en la supuesta existencia de similitud de condiciones comerciales de los contratos de distribución y aplicar incorrectamente la prueba de indicios para acreditar la existencia de la infracción.

Estos motivos se refieren a la calificación de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, en términos semejantes a los recursos formulados por otras empresas distribuidoras cinematográficas (recursos de casación 1407/2013, 1413/2013, 1525/2013 y 2212/2013), sancionadas de forma idéntica por similar conducta infractora en la misma resolución del TDC, por lo que, por razones de seguridad jurídica y unidad de criterio, seguimos ahora los razonamientos que hemos efectuado en la sentencia de esta misma fecha, dictada en el recurso 2212/2013.

Antes hemos de indicar, en relación con el motivo tercero, que las alegaciones de la parte recurrente sobre la falta de carácter anticompetitivo del intercambio de información a través de la base de datos de Fedicine, carecen de relevancia anulatoria, pues como antes se ha dicho, la conducta por la que se sancionó a la parte recurrente, como se hace evidente en el

Fundamento de Derecho Cuarto y parte dispositiva de la resolución del TDC, es la de haberse concertado con las otras cuatro distribuidoras cinematográficas sancionadas, para uniformar sus políticas comerciales, repartiéndose una parte sustancial del mercado español de la distribución cinematográfica, mientras que la infracción por la creación y mantenimiento de la base de datos se apreció únicamente respecto de Fedicine, y por tanto, esta Asociación fue la única sancionada por la misma, como resulta del Fundamento de Derecho Tercero y parte dispositiva de la resolución del TDC.

Decíamos en nuestra sentencia citada de esta misma fecha que procede recordar una vez más que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (SsTC 174/1985, 175/1985, 229/1988) y a la jurisprudencia de esta Sala - sirvan de muestra las SsTS de 28 de septiembre de 2015 (casación 836/2013), 23 de marzo de 2015 (casación 4422/2012), 16 de febrero de 2015 (dos sentencias con esta fecha dictadas en los recursos de casación 940/2012 y 4182/2012) así como la 6 de noviembre de 2013 (casación 2736/2010) y las que en ésta se citan- el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; si bien para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo.

En parecidos términos se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, que también ha sostenido que no se opone al contenido del artículo 6.2 del Convenio la utilización de la denominada prueba de indicios (STEDH de 25 de septiembre de 1992, caso PhanHoang c. Francia, § 33; de 20 de marzo de 2001, caso Telfner c. Austria, § 5); si bien, cuando se trata de la denominada prueba de indicios la exigencia de razonabilidad del engarce entre lo acreditado y lo que se presume cobra una especial trascendencia, pues en estos casos es imprescindible acreditar no sólo que el hecho base o indicio ha resultado probado sino que el razonamiento es coherente, lógico y racional. Es ésta, como destacábamos en la sentencia antes citada de 6 de noviembre de 2013 (casación 2736/2010), la única manera de distinguir la verdadera prueba de indicios de las meras sospechas o conjeturas, debiendo estar asentado el engarce lógico en una

«comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes» (SsTC 45/1997, de 11 de marzo, F. 5; 237/2002, de 9 de diciembre, F. 2; 135/2003, de 30 de junio, F. 2, entre otras).



Pues bien, trasladando estas consideraciones al caso que nos ocupa constatamos que la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia ha respetado la exigencia de razonabilidad del engarce entre los hechos acreditados y las conductas anticompetitivas que se declaran probadas. Hemos visto que la sentencia recurrida (fundamento jurídico segundo) deja reseñados con suficiente detalle los distintos hechos y elementos indiciarios que la resolución administrativa sancionadora toma en consideración. Entre otros, la coincidencia en las modalidades de contratos-tipo utilizados por las empresas distribuidoras, en las condiciones comerciales del alquiler de las películas, en las cláusulas contractuales relativas al período de exhibición, en la fijación del precio como un porcentaje de la cantidad recaudada por el exhibidor, siendo ese porcentaje decreciente en función del número de semanas de exhibición; destacándose igualmente que son asimismo coincidentes la forma de pago establecida y los plazos para llevarlo a cabo, así como los métodos empleados por las empresas distribuidoras para conocer los datos exactos de recaudación en taquilla.

Estas y otras coincidencias que la sentencia deja señaladas no pueden ser consideradas de forma aislada, pues es precisamente su concurrencia acumulativa la que les confiere relevancia. Son todos ellos elementos fácticos que, valorados de manera conjunta, permiten razonablemente inferir la existencia de una conducta anticompetitiva, sin que pueda sostenerse que esta conclusión está basada en meras sospechas o conjeturas.

Por tanto, no cabe afirmar que la sentencia recurrida haya hecho una utilización errónea o indebida de la prueba de indicios, ni que haya incurrido en vulneración de los preceptos que se citan como infringidos.

En consecuencia, los motivos de casación tercero y cuarto deben ser desestimados.

NOVENO.- El motivo quinto del recurso invoca la infracción del artículo 10 LDC, del artículo 131.3 RJPAC y de la jurisprudencia aplicable, en relación con la proporcionalidad de la multa.

Expone la parte recurrente que aunque parece que el pronunciamiento de la sentencia recurrida ha pretendido reducir el importe de la multa, en su caso no supone impacto alguno, puesto que el 5% de su facturación en 2005 supera el importe de la multa impuesta por el TDC.

Hemos de rechazar el razonamiento de la parte recurrente, si con él quiere decir que, como consecuencia de la estimación parcial de su recurso en lo relativo a la cuantía de la multa, su importe va a resultar superior al fijado por la resolución del TDC (2.400.000 €), porque el 5% de su facturación en el año a considerar superó dicho importe.

Tal versión supone una lectura equivocada de la sentencia recurrida, que 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, aunque 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 .

A esos criterios legales de graduación de la multa alude la recurrente de una manera genérica, aunque luego concreta su alegato haciendo específica referencia al artículo 10.2.c), que se refiere, como antes hemos visto, a la cuota de mercado de la empresa correspondiente. Aduce la recurrente que ni el Tribunal de Defensa de la Competencia ni la Sala de la Audiencia Nacional tuvieron en cuenta una circunstancia mitigadora de su responsabilidad, pues *"... se ha sancionado a (...) con una multa de igual cuantía (el 5%) que a otros imputados que superan en más de dos veces la cifra de recaudación en taquilla realizada por las películas distribuidas por (...), cuando (...) era la distribuidora con menor cuota de mercado en España (a gran distancia de las demás) en las fechas de autos"* .

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

Por estas razones se desestima el motivo quinto del recurso de casación.

DÉCIMO.- Al declararse no haber lugar al recurso de casación, procede imponer a la parte recurrente las costas del mismo, de conformidad con la regla del artículo 139.2 LJCA , si bien la Sala, haciendo uso de la facultad que le confiere el apartado tercero del citado precepto y teniendo en cuenta la entidad del proceso, limita a 4.000 € el importe máximo a reclamar, por todos los conceptos como costas procesales, por el Abogado del Estado, única parte recurrida que ha formalizado su oposición al recurso.

FALLAMOS

Que declaramos no haber lugar al presente recurso de casación número 2628/2013, interpuesto por la representación procesal de Hispano Foxfilms, SAE, contra la sentencia de 12 de junio de 2013, dictada por



la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 253/2006, con imposición a la parte recurrente de las costas de casación, hasta el límite señalado en el último Fundamento de Derecho de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la colección legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. Pedro José Yagüe Gil D. Eduardo Espín Templado

D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ