

Roj: **STS 4861/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4861**Id Cendoj: **28079130032015100357**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **10/11/2015**Nº de Recurso: **1525/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 492/2013,**
STS 4861/2015

SENTENCIA

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

Visto por la Sala Tercera, Sección Tercera del Tribunal Supremo constituida por los señores al margen anotados el presente recurso de casación con el número 1525/2013 que ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de UNIVERSAL PICTURES INTERNATIONAL SPAIN, S.L., contra sentencia de fecha 8 de febrero de 2013 dictada en el recurso 243/2006 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Siendo partes recurridas y las representaciones procesales de SONY PICTURES RELASING DE ESPAÑA, SA, y de WARNER SOGEFILM, A.I.E.,.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor:

"FALLAMOS.-

Que estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por United International Pictures, S.L., y en su nombre y representación el Procurador Sr.D. Jaime Briones Méndez, 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, conformándola en sus restantes pronunciamientos, sin expresa imposición de costas".

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de Universal Pictures International Spain, S.L., presentó con fecha 18 de febrero de 2013 escrito en el que suplica a la Sala la aclaración de la misma. Dicha solicitud fue evacuada mediante Auto de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 8 de febrero de 2013 en el que se acuerda: "Haber lugar a la corrección de errores materiales de la sentencia 8 de febrero de 2013, dictada en el recurso 243/2006, pues en el encabezamiento debe decir: "... siendo Codemandadas... y Federación de **Cines** de España ...".

TERCERO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de Universal Pictures International Spain, S.L., presentó escrito ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional preparando el recurso de casación contra la misma. Por diligencia de ordenación se tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.



CUARTO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, la parte recurrente, se personó ante esta Sala e interpuso el anunciado recurso de casación, expresando los motivos en que se funda y suplicando a la Sala: "... dicte Sentencia por la que estime el presente recurso de casación conforme a los motivos que se han esgrimido en este escrito y, en consecuencia, estime también íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta parte conforme a las pretensiones planteadas en la instancia".

QUINTO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a las partes recurridas para que en el plazo de treinta días, formalizara escrito de oposición, lo que realizó, El Abogado del Estado, oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la Sala: "... dicte sentencia por la que lo desestime con confirmación de la sentencia recurrida".

Por Diligencia de Ordenación de 7 de noviembre de 2013 se declaró caducado el trámite de oposición a las representaciones procesales de SONY PICTURES RELASING DE ESPAÑA, SA y WARNER SOGEFILM, A.I.E.

SEXTO.- Se dieron por conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 3 de noviembre de 2015, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . En el presente recurso de casación, interpuesto por el representante legal de "Universal Pictures International Spain SL" se impugna la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 8 de febrero de 2013 (rec. 243/2006) por la que se estimó parcialmente el recurso interpuesto por la entidad hoy recurrente en casación contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de mayo de 2006 por la que se impuso a dicha sociedad una sanción de 2.400.000 € de multa por una infracción del art. 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia .

La sentencia recurrida anuló la resolución administrativa en lo referente a la cuantificación de la multa, declarando que el porcentaje para determinar la multa no podrá exceder del 5% que habrá de aplicarse sobre el volumen de ventas de cada entidad sancionada, correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal, confirmándola en sus restantes pronunciamientos.

SEGUNDO . Motivos de casación.

1º El primer motivo, planteado al amparo del art. 88.1.c) de la LJ , imputa a la sentencia una motivación defectuosa e incongruencia omisiva que vulnera los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución , artículos 33.1 y 67.1 de la LJ y la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de 9 y 10 de diciembre de 2003 .

La entidad recurrente afirma que planteo en la instancia, como motivo de impugnación, que la resolución sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia había introducido hechos nuevos para sustentar la imputación, infringiendo así lo dispuesto en el art. 138.2 de la LRJPAC y resultaba contrario al derecho del interesado a ser informado de la acusación. El hecho nuevo introducido en la resolución del Tribunal se refería a la imputación de un acuerdo colusorio a través de la base de datos creada en FEDICINE. Este motivo de impugnación no fue contestado por la sentencia recurrida.

2º El segundo motivo de casación, planteado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ , denuncia la infracción de los artículos 24.1 CE , 135 de la Ley 30/1992 , 3.4 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto y la jurisprudencia contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2006 y 30 de marzo de 1999 .

En el expediente sancionador se removieron determinados documentos comprensivos de las declaraciones de los exhibidores de **cine** que contenían las respuestas facilitadas a la información solicitada por el Servicio de Defensa de la Competencia en relación con las condiciones comerciales que les aplicaron las distribuidoras sancionadas y el proceso de negociación seguido para determinar las condiciones en las que se exhibiría cada película en sus salas.

La sentencia considera que la remoción de dichos documentos no le ha generado indefensión porque "no sirve de base a la imputación" pero la recurrente afirma que la relevancia de esa documentación podría ser la de contener elementos exculpatorios. Y en segundo lugar se afirma que no existen razones para entender que estos documentos pudieran constituir pruebas de descargo por cuanto la imputación está basada en el contenido de los contratos celebrados entre los exhibidores y las distribuidas, a lo que el recurre alega que precisamente por esa razón se podía considerar que existen elementos de descargo, pudiendo acreditar que



el clausulado de los contratos era fruto de la negociación y su justificación económica deriva de los intereses comunes de distribuidos y exhibidores para optimizar los rendimientos de sus actividades.

A juicio de la recurrente, la Administración tiene obligación de incorporar al expediente todas las actuaciones practicadas en el curso del mismo y permitir el acceso al interesado para que por sí mismo pueda determinar la relevancia de las mismas, sin que sea la Administración quien decida. Y cita la STS de 30 de marzo de 1999 respecto del derecho de los ciudadanos al acceso a los registros público, con mayor motivo este derecho es predicable respecto del derecho de los imputados al contenido de un expediente sancionador.

La sentencia se basa en que la imputación pivota sobre la comparación objetiva entre los contratos de cada una de las distribuidoras de las que resulta una uniformidad o semejanza, sin que los elementos externos puedan desvirtuar la conclusión alcanzada. El recurso sostiene, sin embargo, que lo relevante no es si los contratos pueden ser semejantes sino el grado de aplicación en la práctica de estas condiciones, y la causa de que en alguna ocasión existan semejanzas y para determinar la causa de la mayor o menor generalización de ciertas prácticas contractuales entre distribuidoras y exhibidores era esencial conocer lo que los exhibidores pudieran haber dicho en respuesta a los requerimientos del Servicio de Defensa de la Competencia. Es más, se produjo una remoción selectiva de los documentos y las respuestas que se conservan ponían de manifiesto que no existía, en la práctica, ni una generalización o imposición de clausulados homogéneos y que las condiciones comerciales eran fruto de una negociación bilateral entre el exhibidor y el distribuidor.

Por todo ello considera que los documentos removidos del expediente le privó de la posibilidad de examinar por sí misma documentación que podría ser relevante para su defensa.

3º El tercer motivo, planteado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, denuncia la infracción del art. 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia (actual artículo 1.1 de la ley 15/2007) en relación con el artículos 25.1 de la Constitución y los artículos 127 y 129 de la Ley 30/1992 en relación con el art. 81.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), actual artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

La sentencia recurrida para confirmar la resolución sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia se basa en dos argumentos: a) la supuesta existencia de una prueba directa de una semejanza en las condiciones comerciales aplicadas por los distribuidores de **cine**; b) la existencia de una conducta conscientemente paralela para tratar de uniformar las condiciones comerciales.

El recurso considera que la sentencia vulnera el art. 1.1 de la LDC al otorgar al concepto "conductas conscientemente paralelas" una dimensión expansiva que se considera incompatible con las exigencias de interpretación de las normas sancionadoras derivadas de los artículos 25.1 de la CE y 127 y 129 de la LRJPAC ni con la interpretación del art. 1.1 de la LDC definido por los artículos por el Trato de Constitución Europea (en la actualidad por el artículo 101.1 del TFUE).

A juicio de la recurrente la noción "conducta conscientemente paralela" no puede aplicarse a comportamientos puramente unilaterales de los competidores que se acomodan a las condiciones del mercado o del comportamiento de otros competidores, siempre que se realice sin ningún elemento colusorio o concertado entre ellos.

El TDC sancionó a la empresa recurrente por "haberse concertado para uniformar sus políticas comerciales" con otros competidores. Para la resolución administrativa la supuesta semejanza de políticas comerciales era apreciada como un presunto indicio del acuerdo restrictivo que se sancionaba en aplicación de una prueba de presunciones, pero la sentencia de instancia se aparta de este planteamiento entendiendo que "la uniformidad resulta de los contratos tipos de las distribuidoras, es por tanto una prueba directa" pues no es necesario un acuerdo formal, sino que basta la existencia de una conducta conscientemente paralela para tratar de uniformar las condiciones comerciales y eliminar la incertidumbre. La sentencia considera sancionable la mera uniformidad de condiciones comerciales fruto de una conducta conscientemente paralela, aun sin acuerdo de las empresas sancionadas. Pero la correcta interpretación del concepto "conducta conscientemente paralela" debe incluir un elemento colusorio o consensual para poder aplicarse, pues de lo contrario se estaría haciendo una interpretación extensiva del concepto, contraria al sentido y finalidad de defensa de la competencia.

En los mercados altamente competitivos-como es el de la distribución cinematográfica- las condiciones comerciales en las que el producto se ofrece tienden a homogenizarse en torno a niveles competitivos. Lo que la legislación de defensa de la competencia trata de evitar son que los comportamientos de las empresas tiendan a eliminar el riesgo empresarial por lo que la conducta conscientemente paralela, como conducta prohibida por la Ley de Defensa de la Competencia, no puede confundirse con la adaptación al comportamiento de los competidores impulsado por el interés unilateral por mantenerse en el mercado y ofrecer el producto en las mejores condiciones. Si la decisión unilateral que desemboca en un comportamiento semejante o



uniforme con un competidor puede sancionarse, obligaría a adoptar conductas artificialmente distintas de las que adoptan sus competidores para evitar el riesgo de ser sancionado.

El apelativo "consciente" debe interpretarse como referido a un elemento consensual necesario o concertado para imputar una infracción.

Por todo ello considera que la sentencia vulnera el art. 1.1 de la LDC al prescindirse del elemento consensual necesario para poder considerar prohibida por la norma una conducta conscientemente paralela.

4º El cuarto motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, denuncia la vulneración del art. 24.2 de la Constitución en relación con el art. 137.1 de la ley 30/1992 y de la jurisprudencia, entre otras, las STS de 27 de enero de 2003 y 26 de abril de 2005.

Considera que tampoco puede fundarse la infracción en una prueba indiciaria, pues no existe un juicio de inferencia que supere el canon de razonabilidad requerido por el derecho fundamental a la presunción de inocencia para sustentar una imputación.

Sostiene el carácter irrazonable o arbitrario de los argumentos de la sentencia recurrida encaminados a confirmar la tesis de que las semejanzas en las condiciones comerciales de los distribuidores no tendrían una explicación alternativa distinta de la comisión de una infracción administrativa.

La recurrente discute las supuestas semejanzas o uniformidades de las políticas comerciales de las distribuidoras:

- El sistema de remuneración a porcentaje. La sentencia considera que la competitividad en el mercado no explica la convergencia de precios, pero la recurrente entiende que la característica distintiva de los mercados competitivos es que en ellos los precios de los productos tienden a alcanzar un punto de equilibrio.
- Las cláusulas sobre liquidación y pago responden al funcionamiento normal de cualquier mercado. Los plazos de exhibición y liquidación del porcentaje sobre la recaudación en taquilla son distintos en las distintas compañías. Y el hecho de que estos plazos estén en torno a un mes no puede considerarse una prueba o indicio de una concentración o de una conducta restrictiva, de hecho el plazo de 30 días es el término de pago que prevé la Ley 3/2004 de 29 de diciembre contra la morosidad en las operaciones comerciales. Y en cuanto a la utilización de la semana como periodo para la liquidación de la recaudación en taquilla, también se trata de una unidad de tiempo admitida como relevante por los intervinientes en el mercado de exhibición de películas, e incluso ha tenido un reflejo normativo en la Orden del Ministerio de Cultura de 7 de julio de 1997 en la que se prevé determinados sistemas de información por los exhibidores al Instituto de Cinematografía y de las artes audiovisuales referido a periodos semanales.
- Existe una explicación pausable por la cual los contratos incluían cláusulas relacionadas con la sala y el aforo en el que se exhibirían una película concreta y así lo reconoce el fundamento jurídico 6 de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia.
- Respecto a los restantes elementos que la sentencia recurrida que considera reveladores de una supuesta infracción (la no repercusión de descuentos o precios especiales, fijación de un periodo de exhibición, la retirada del material de los locales) tampoco son razonables. El hecho de que los operadores no aceptasen la repercusión de descuentos o precios ha de considerarse normal, pues nada puede objetarse a que un distribuir no acepte que se le trasladen a su cargo los descuentos o promociones que el exhibidor quiera realizar. La fijación de un periodo de exhibición es un elemento esencial del contrato de distribución cinematográfica, pues no es razonable pretender que el contrato deba celebrarse sin indicar un periodo de exhibición. Y en cuanto a la retirada del material de los locales, es un sistema que beneficia a todas las partes y que viene condicionado por la búsqueda de la solución más eficiente para todos.
- El espaciamiento de las fechas de estreno de las películas se basa en la existencia de información pública en el mercado. La sentencia afirma que la existencia de una base de datos supone intercambio de información sensible. La base de datos FEDECINE tuvo una duración limitada en el tiempo y las fechas de estreno de las películas resultan conocidas a nivel mundial, por lo que el interés de los exhibidores se orienta a conseguir de las distribuidoras que no hagan coincidir en el mismo tiempo la programación de estrenos con el fin de tener disponible la sala para exhibir una película atractiva, por lo que se impone, fruto de la adaptación a la información que se hace pública, que se optimice el resultado para todos. Incluso el comportamiento de distribuidoras no integradas en FEDECINE intentaban evitar la coincidencia de películas dirigidas a públicos semejantes para optimizar su rentabilidad.

5º El quinto motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, denuncia la infracción de los artículos 131.3 de la Ley 30/1992, artículos 10.1 y 2 de la LDC y de la jurisprudencia, entre otras de la STS de 15 de julio de 2002.



Aunque la sentencia estima parcialmente la pretensión de la recurrente apreciando una desproporción de la sanción, la recurrente considera que la correcta aplicación del art. 10.1 de la LDC y el principio de proporcionalidad consagrado en el art. 131.3 de la Ley 30/1992 debieron conducir a una reducción aún mayor del límite máximo de la sanción.

Y este motivo lo basa en una doble línea argumental:

a) Por un lado, considera que la sala tras apreciar la desproporción de la sanción debió de sustituir los parámetros utilizados por la resolución sancionadora por parámetros congruentes con la gravedad apreciada. La sentencia es correcta cuando estima que no se podría imponer una sanción global basada en el volumen del conjunto de la recaudación en taquilla de todas las sancionadas, repartiendo este de manera prorrateada entre ellas, por lo que debía necesariamente atenderse al volumen de ventas de cada empresa. Sin embargo, si el tribunal de instancia consideró que la gravedad de la conducta era un 50% menos intensa que la considerada por la Administración (redujo la sanción desde el 10% del volumen de ventas a un 5% aplicando este porcentaje sobre el volumen de ventas de cada sancionada) la consecuencia no podía consistir tan solo en establecer un límite máximo del 5% del volumen de ventas de cada sancionada porque: no puede considerarse que la sanción impuesta por la Administración a las empresas sancionadas (2.400.000 €) constituía el 10% del volumen de ventas de cada una de ellas en el ejercicio inmediatamente anterior sino que sumó la recaudación en taquilla de todas las empresas sancionadas para imponer a todas ellas la misma sanción, la sentencia al modificar el límite máximo debe respetar la proporción impuesta por el TDC guardaba con el límite máximo por éste considerado (y esa proporción era del 27%).

b) Por otra parte, argumenta que existen otras infracciones del principio de proporcionalidad, tales como:

- la improcedencia de considerar que existían circunstancias que justificaran superar el límite máximo ordinario del art. 10.1 de la LDC, lo que debió llevar a establecer el límite máximo de la sanción era la cifra de 901.518,16 € y no en un porcentaje del volumen de ventas de las empresas sancionadas;

- la improcedencia de considerar como circunstancias agravantes las apreciadas por el TDC, pues debería haber llevado a estimar que el porcentaje aplicado (27%) era excesivo en atención a las circunstancias concurrentes porque no cabe reiterar la definición de la conducta típica para imponer una sanción más o menos alta sino que es necesario justificar que esa conducta típica es más grave de lo que puedan ser otras, y como dicha justificación no existía en la resolución impugnada la sentencia debió declarar que esta circunstancia no podía admitirse como parámetro de graduación;

- el TDC se refería también a la agravante prevista en el art. 10.2.) de la LDC (el efecto de la restricción de la competencia sobre otras (...) partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios) pero esta afirmación no se basa en ninguna prueba, por lo que esta agravación debía rechazarse y, en consecuencia reducir la proporción que sobre el límite máximo debería observar la nueva sanción;

- también resultaba incorrecta la invocación por parte del TDC de que la conducta habría afectado a "todo el mercado nacional", citando el art. 10.2.b) de la LDC, pues a la vista de los datos del segmento de los grandes estrenos y de las 20 películas más taquilleras la dimensión real del mercado afectado sería muy inferior a la totalidad del mercado nacional de distribución de películas considerado, y no puede aceptarse que se restrinja el mercado artificialmente por referencia a los "grandes estrenos" para afirmar que la conducta habría afectado a todo el mercado nacional (la totalidad del mercado abarca tanto grandes estrenos como otras películas);

- la sentencia debió considerar también, como elementos de atenuación, la concurrencia de circunstancias claramente inocuas para la competencia, pues las supuestas semejanzas advertidas se refieren a aspectos puramente circunstanciales del negocio que no tienen aptitud para perjudicar al mercado o redundar en perjuicios para los exhibidores o los consumidores (este es el caso del sistema de retribución basado en un porcentaje de recaudación en taquilla, la liquidación de determinados periodos, el establecimiento de periodos de pagos en una duración o el establecimiento de un sistema de traslado y recogida de copias) y la sentencia recurrida no indica en qué forma la supuesta infracción cometida habría perjudicado al mercado.

TERCERO . Falta de motivación e incongruencia omisiva.

El primer motivo de casación imputa a la sentencia una incongruencia omisiva o falta de motivación por entender que no se pronunció sobre el motivo de impugnación planteado en la instancia referido a que la resolución sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia había introducido hechos nuevos para sustentar la imputación (referido a la imputación de un acuerdo colusorio a través de la base de datos creada en FEDICINE), infringiendo así lo dispuesto en el art. 138.2 de la LRJPAC, lo cual resultaba contrario al derecho del interesado a ser informado de la acusación.



En la demanda de instancia, dentro del motivo referido a la nulidad de la resolución impugnada por irregularidades habidas que han ocasionado indefensión, se alegaban dos infracciones: la supresión de determinados documentos del expediente y la incorporación en la resolución sancionadora de hechos nuevos no apreciados en la fase de instrucción. Esta última fue apuntada inicialmente y posteriormente desarrollada en la demanda en relación específicamente en haberse basado la resolución en la concertación llevada a cabo a través de una base de datos FEDECINE intercambiando información sensible, por entender que este hecho no había sido puesto de relieve ni por el Servicio de Defensa de la Competencia ni por el Tribunal de Defensa de la Competencia y vulneraba el art. 138.2 de la Ley 340/1992 .

Este motivo ha de acogerse . La sentencia de instancia no contiene pronunciamiento alguno sobre este motivo de impugnación que de prosperar podría determinar la nulidad de la resolución impugnada por lo que incurre en una incongruencia omisiva o por defecto que conculca el art. 67 LJCA que obliga a decidir sobre todas las cuestiones controvertidas en el proceso.

La estimación de este motivo obliga, en una aplicación conjunta del art. 95.2 apartados c) y d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa , a resolver sobre este extremo en los precisos términos en que había sido planteado el debate en la instancia y en casación.

La parte recurrente alega la infracción del artículo 138.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , y de la jurisprudencia, por haber confirmado la sentencia una resolución que sancionó sobre la base de imputaciones que no estaban contenidas ni en el pliego de concreción de hechos ni en la propuesta de resolución, y que -según la recurrente- se introdujeron *ex novo* por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el momento de dictar la resolución.

Lo cierto es que la concertación entre las empresas distribuidoras ha sido la base de todo el procedimiento desde su inicio, figurando la referida concertación en la propia denuncia presentada por la Federación de Empresarios de **Cine** de España en el año 2003 y habiendo girado en torno a ella tanto la investigación llevada a cabo por el Servicio de Defensa de la Competencia primero como las ulteriores actuaciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, tendentes precisamente a constatar la existencia o no de la concertación denunciada.

Es por ello que, tal y como hemos sostenido en nuestra sentencia de 13 de noviembre de 2015 (rec. 2212/2013), "*.... no puede considerarse que la resolución sancionadora introdujese un hecho nuevo -infringiendo con ello el artículo 138.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre - por la mera circunstancia de que completase el relato fáctico contenido en el pliego de concreción de hechos y en la propuesta de resolución mediante la incorporación de algún dato concreto, como es el relativo a las fechas de lanzamiento de las películas contenidas en la base de datos de la Federación de Empresarios de **Cine** de España. Se trata de la adición de un dato concreto que no altera el sustento fáctico de la imputación, por lo que no puede entenderse vulnerado el artículo 138.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre . El citado precepto impide que la resolución sancione por hechos distintos a los determinados en el curso del procedimiento, pero ello no supone que el acuerdo sancionador deba ser necesariamente una mera trasposición literal del relato contenido en el pliego de cargos y en la propuesta de resolución. Dicho de otro modo, la norma no impide que aquel relato fáctico establecido en fases anteriores del procedimiento sea modulado o completado en la resolución sancionadora en aspectos accidentales o secundarios, siempre, claro es, que en esas modificaciones no se introduzcan hechos nuevos que alteren el elemento fáctico de la imputación"* .

Razones que nos llevan, también en este recurso, a desestimar este motivo de impugnación.

CUARTO . Supresión de determinados documentos del expediente.

El segundo de los motivos denuncia la indefensión sufrida al haberse removido del expediente administrativo algunos documentos en los que se contenían las declaraciones de exhibidores de **cine** que contenían las respuestas facilitadas a la información solicitada por el Servicio de Defensa de la Competencia en relación con las condiciones comerciales que les aplicaron las distribuidoras sancionadas y el proceso de negociación seguido para determinar las condiciones en las que se exhibiría cada película en sus salas.

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

La recurrente argumenta, por el contrario, que los documentos removidos del expediente le privó de la posibilidad de examinar por sí misma documentación que podría ser relevante para su defensa, pues podría



contener elementos exculpatorios que pudiera acreditar que la uniformidad del clausulado de los contratos era fruto de la negociación y su justificación económica deriva de los intereses comunes de distribuidores y exhibidores para optimizar los rendimientos de sus actividades

Esta misma alegación ya ha sido abordada en nuestra sentencia de 13 de noviembre de 2015 (rec. 2212/2013), planteada por otra de las empresas distribuidora sancionada y referida al mismo expediente sancionador que ahora nos ocupa. En dicha sentencia hemos afirmado y ahora reiteramos que " *Según consta en el expediente, los folios que el Servicio de Defensa de la Competencia decidió remover (folios 281 a 977 y 1077 a 1124) corresponden a una parte de la documentación aportada por dos de las empresas que respondieron a los cuestionarios que les había dirigido la Dirección General de Defensa de la Competencia, en concreto, Warner Lusomundo Sogecable (con relación a sala sita en el centro comercial "La Maquinista", de Barcelona), y Kinépolis España, S.A. Pero no fueron eliminados los cuestionarios cumplimentados por tales empresas, que se mantuvieron unidos al expediente (folios 221-225 y 1072-1075), manteniéndose también incorporados al expediente dos de los anexos que integran la documentación remitida por Warner Lusomundo, esto es, el anexo-I, que contiene los contratos con las distribuidoras (folios 226-277), y el anexo-II, que incorpora los listados de películas de 2002 (folios 278-280); así como, de la documentación remitida por Kinépolis, la lista de precios y descuentos de las salas de Kinépolis Madrid y Kinépolis Valencia (folio 1076).*

Queda con ello de manifiesto que en todo momento han figurado en el expediente administrativo los cuestionarios remitidos por ambas empresas y, al menos en el caso de Warner Lusomundo, también la parte más sustantiva de la documentación remitida. Y, siendo ello así, la anomalía procedimental que supone la eliminación de otros documentos del expediente, por ser considerados innecesarios, carece de la relevancia que pretende atribuirle la recurrente pues tal eliminación sólo podría tener trascendencia invalidante en caso de que la medida adoptada hubiese causado indefensión en sentido material (artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre); lo que no es el caso.

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

Se desestima este motivo.

QUINTO. Prueba de la existencia de una práctica concertada.

Los motivos tercero y cuarto, cuestionan las apreciaciones de la sala de instancia sobre la existencia de la conducta infractora. Así, en el motivo tercero se cuestiona la pretendida dimensión expansiva que la sentencia de la Audiencia Nacional otorga al concepto "conductas conscientemente paralelas" por haber considerado que la existencia de condiciones contractuales similares implica la existencia de una restricción de la competencia infiriendo de ello la concurrencia de una conducta conscientemente paralela restrictiva de la competencia que considera incompatible con las exigencias de interpretación de las normas sancionadoras derivadas de los artículos 25.1 de la CE y 127 y 129 de la LRJPAC ni y con la interpretación del art. 1.1 de la LDC definido por los artículos por el Trato de Constitución Europea (en la actualidad por el artículo 101.1 del TFUE). Y en el motivo cuarto, invocando la vulneración del art. 24.2 de la Constitución en relación con el art. 137.1 de la ley 30/1992 y la jurisprudencia, se alega la errónea aplicación de la prueba de indicios, al no existir, un juicio de inferencia que supere el canon de razonabilidad requerido por el derecho fundamental a la presunción de inocencia para sustentar una imputación.

La resolución administrativa consideró que la existencia de un acuerdo o conducta conscientemente paralela de las empresas distribuidoras para uniformizar el precio y las condiciones de distribución de las películas con los exhibidores se infiere de la existencia de la similitud de las condiciones contractuales aplicadas, extremo sobre el que existe una prueba directa tanto documental como testifical, y de ahí se extrae como consecuencia lógica que las coincidencias observadas son debidas a la existencia de una práctica concertada entre las cinco distribuidoras imputadas.

Y este también es, en esencia, el razonamiento utilizado en la sentencia de instancia, pues con independencia del mayor o menor acierto de alguna de las afirmaciones contenidas en la misma, el tribunal tras constatar la uniformidad en las condiciones esenciales fijadas para la distribución y contestando a la alegación de esta uniformidad se explicaba por las características del mercado la sentencia afirmaba que " *El riesgo puede justificar una semejanza en la estructura de la retribución tendente al reparto de riesgo, pero no explica una práctica identidad en los porcentajes aplicados y una identidad en las estructura; tampoco la competitividad en el mercado explica la convergencia de precios, pues tal convergencia no se produce en todos los mercados*



altamente competitivos " concluyendo que " Esta uniformidad en las condiciones comerciales no puede explicarse por las características del mercado".

Es cierto que la sentencia afirma más adelante que *" 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 "*, expresión de la que la parte recurrente extrae como conclusión que el tribunal de instancia prescinde de la necesidad de un acuerdo anticompetitivo bastando la mera uniformidad objetiva de las condiciones comerciales, pero, en realidad, esta afirmación parece referirse a que existe una prueba directa sobre la uniformidad contractual, de la que puede inferirse un acuerdo contrario a la competencia, lo cual resulta conforme con la jurisprudencia, baste recordar lo afirmado en nuestra sentencia de 31 de marzo de 2005 (rec. 4574/2002) *"la coincidencia de precios constituye, en las circunstancias en las que se inscribe, indicio suficiente para explicar la concertación o la práctica conscientemente paralela -no la existencia de contactos-, consiguientemente, la conducta prohibida y sancionable. De esta manera, lo que la Sala infiere del dato cierto de la coincidencia de precios no es tanto la existencia de contactos, sino directamente la conducta prohibida, esto es, la concertación o práctica paralela relativa a los precios. Y aunque la eventual prueba de la existencia de contactos sería sin duda un elemento probatorio extremadamente relevante, no resulta imprescindible para obtener la conclusión a la que llegó la Sala sobre la comisión de la conducta colusoria que considera acreditada "*.

Por lo que respecta a la suficiencia de la prueba indiciaria procede recordar 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 ésa, 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, tal y como afirmamos en nuestra sentencia de 13 de noviembre de 2015 (rec. 2212/2013) *"... 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 definitiva, la homogeneidad en la cifras de ingresos negociadas con los exhibidores para la primera semana de grandes estrenos, la utilización del mismo porcentaje de recaudación y la no coincidencia de los estrenos, que implica que no tengan que competir por las salas de exhibición ni negociar el precio o el tiempo de exhibición con sus competidores para conseguir la mejor sala y el resto de las condiciones coincidentes, demuestra, según las reglas lógicas del criterio, la existencia de un acuerdo colusorio entre las empresas distribuidoras imputadas. Ante tal cúmulo de variables no parece concebible que la amplia coincidencia responda a causas ajenas a la concertación, por lo que puede concluirse que la conexión entre el hecho base y la consecuencia es acorde con las reglas propias del criterio humano, debiendo recordarse que no se requiere un acuerdo formal sino una coordinación entre empresas, que aun sin llegar a un convenio propiamente dicho, sustituye la competencia por una cooperación práctica entre ellas (STJUE de 14 de julio de 1972).

SEXTO. Graduación de la sanción.

El quinto motivo, denuncia la infracción de los artículos 131.3 de la Ley 30/1992 , artículos 10.1 y 2 de la LDC y de la jurisprudencia (entre otras de la STS de 15 de julio de 2002), por entender la parte recurrente que la correcta aplicación del art. 10.1 de la LDC y el principio de proporcionalidad consagrado en el art. 131.3 de la Ley 30/1992 debieron conducir a una reducción aún mayor del límite máximo de la sanción.

En primer lugar considera que el tribunal de instancia, tras apreciar la desproporción de la sanción, debió de sustituir los parámetros utilizados por la resolución sancionadora por parámetros congruentes con la gravedad apreciada.

Si el tribunal de instancia consideró que la gravedad de la conducta era un 50% menos intensa que la considerada por la Administración (redujo la sanción desde el 10% del volumen de ventas a un 5% aplicando este porcentaje sobre el volumen de ventas de cada sancionada) la consecuencia no podía consistir tan solo en establecer un límite máximo del 5% del volumen de ventas de cada empresa sancionada porque: no puede considerarse que la sanción impuesta por la Administración a las empresas sancionadas (2.400.000 €) constituía el 10% del volumen de ventas de cada una de ellas en el ejercicio inmediatamente anterior sino que sumó la recaudación en taquilla de todas las empresas sancionadas para imponer a todas ellas la misma sanción, la sentencia al modificar el límite máximo debe respetar la proporción impuesta por el TDC guardaba con el límite máximo por éste considerado (y esa proporción era del 27%).

La sentencia de instancia consideró que la cuantía de la multa que debe imponerse, podría cuantificarse en un 5% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución que operaría sobre el volumen de ventas de cada una de las empresas. El Tribunal de instancia, al modificar la sanción impuesta por la resolución administrativa, pretendió que la cuantía de la multa fuese proporcionada al volumen de ventas de cada una de las empresas en el citado porcentaje del 5% de tales ventas, sin que el tribunal estuviese obligado a respetar la proporción que fijó la resolución administrativa basada en unos parámetros completamente diferentes, a saber, un porcentaje diferente sobre el conjunto de las ventas de todas las empresas distribuidoras. Y la determinación de este máximo fijado por el tribunal no puede considerarse que vulnere el principio de proporcionalidad ni los criterios de graduación establecidos en el art. 10 de la Ley de Defensa de Competencia .

Por otra parte, la parte recurrente alega otras infracciones del principio de proporcionalidad.

Empieza por afirmar que no existían circunstancias que justificaran superar el límite máximo ordinario del art. 10.1 de la LDC , lo que debió llevar a establecer el límite máximo de la sanción era la cifra de 901.518,16 € y no en un porcentaje del volumen de ventas de las empresas sancionadas. Lo cierto es que la resolución administrativa detalló pormenorizadamente la incidencia de esta conducta anticompetitiva, tanto en un sentido vertical como horizontal, y sobre exhibidores y consumidores, restringiendo aún más la capacidad de negociación de los exhibidores y afectado al mercado nacional en este sector por lo está suficientemente justificada la concurrencia de circunstancias contempladas en el art. 10.2 de la Ley de Defensa de la Competencia para el elevar el importe de la sanción previsto en el apartado primero de dicho precepto.

También se alega la improcedencia de considerar como circunstancias agravantes las apreciadas por el TDC, pues debería haber llevado a estimar que el porcentaje aplicado (27%) era excesivo en atención a las circunstancias concurrentes porque no cabe reiterar la definición de la conducta típica para imponer una sanción más o menos alta sino que es necesario justificar que esa conducta típica es más grave de lo que puedan ser otras, y como dicha justificación no existía en la resolución impugnada la sentencia debió declarar que esta circunstancia no podía admitirse como parámetro de graduación. Para desestimar esta alegación baste remitirse a lo ya afirmado anteriormente.



Considera improcedente aplicar la agravante prevista en el art. 10.2.) de la LDC (el efecto de la restricción de la competencia sobre (...) otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios) por entender que no se basa en ninguna prueba. Tampoco esta alegación puede estimarse, pues, tal y como razona la resolución administrativa, una vez acreditada la existencia de concertación entre las empresas distribuidoras que implican una cuota superior al 2/3 del mercado de distribución cinematográfica, dicha práctica no solo restringe la competencia entre las empresas distribuidoras sino que también los tiene verticales, trasladándose la falta de competencia y la concertación de precios y condiciones de comercialización a los exhibidores y consiguientemente incidiendo en último término sobre el precio final pagado por los consumidores, en los términos previstos en el art. 10.2 d) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia .

A juicio de la entidad recurrente, también resulta incorrecto afirmar que dicha conducta habría afectado a "todo el mercado nacional", pues a la vista de los datos del segmento de los grandes estrenos y de las 20 películas más taquilleras la dimensión real del mercado afectado sería muy inferior a la totalidad del mercado nacional de distribución de películas pues la totalidad del mercado abarca tanto grandes estrenos como otras películas. Partiendo como hecho no discutido de que la facturación de estas cinco grandes empresas alcanza el 67,8 % de toda la recaudación cinematográfica en España, y que de las 25 películas de mayor recaudación 20 fueron distribuidas por estas empresas y supusieron el 52,7% del total de la facturación en este mercado y un porcentaje que para estas empresas representa entre un 32,7 % y un 62,7% sobre el total de su facturación, ha de concluirse que la práctica sancionada afecta al mercado a nivel nacional sobre las que estas empresas tienen una importantísima cuota de mercado.

Y finalmente argumenta que la sentencia debió considerar también, como elemento de atenuación, la concurrencia de circunstancias claramente inocuas para la competencia, pues las supuestas semejanzas advertidas se refieren a aspectos puramente circunstanciales del negocio que no tienen aptitud para perjudicar al mercado o redundar en perjuicios para los exhibidores o los consumidores (este es el caso del sistema de retribución basado en un porcentaje de recaudación en taquilla, la liquidación de determinados periodos, el establecimiento de periodos de pagos en una duración o el establecimiento de un sistema de traslado y recogida de copias). También esta alegación ha de ser rechazada. La conducta sancionada se despliega no solo sobre elementos puramente circunstanciales o accesorios del negocio, sino sobre los elementos esenciales del mismo como el precio, disponibilidad de las salas de exhibición, fechas de estreno y porcentajes, que constituyen elementos básicos en los contratos de distribución de películas cinematográficas para su exhibición, restringiendo mediante esta práctica concertada y homogénea las condiciones de competitividad con la consiguiente repercusión en el precio final pagado por los consumidores finales.

SÉPTIMO . Costas.

La estimación del recurso de casación por lo que respecta a la incongruencia omisiva apreciada determina que la no imposición de las costas, al no apreciarse circunstancias que justifiquen su imposición, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la LJ .

FALLAMOS

PRIMERO.- Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto por el representante legal de "Universal Pictures International Spain SL" contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 8 de febrero de 2013 (rec. 243/2006) que se casa y anula en el particular referido a la incongruencia omisiva apreciada en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia, manteniendo la sentencia de instancia en los demás extremos.

SEGUNDO.- No hacemos expresa condena sobre las costas de este recurso de casación ni sobre las devengadas en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos . D. Pedro Jose Yague Gil D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas D^a. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor D. Diego Cordoba Castroverde **PUBLICACIÓN**.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente **D . Diego Cordoba Castroverde** , estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.