

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Expte. VS/0588/05 DISTRIBUIDORES DE CINE, empresa UNIVERSAL PICTURES INTERNATIONAL SPAIN S.L.

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep María Guinart Solà

D^a Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 25 de julio de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente VS/0588/05 DISTRIBUIDORES CINE cuyo objeto es la ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2018 (recurso 196/2017) por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por UNIVERSAL PICTURES INTERNATIONAL SPAIN S.L.¹ (en adelante UIP) contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 19 de enero de 2017 (Expediente VS/0588/05 DISTRIBUIDORES CINE).

¹ Anteriormente United International Pictures S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 19 de enero de 2017, en el expediente VS/0588/05 DISTRIBUIDORES CINE, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) acordó:

“ÚNICO. - Imponer a Universal Pictures International Spain, S.L., en ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo (Recurso 1525/2013), y en sustitución de la inicialmente impuesta en la Resolución del Consejo del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de mayo de 2006 (Expediente 588/05 DISTRIBUIDORES CINE), la multa de 2.400.000 euros”.

2. Con fecha 25 de enero de 2017 le fue notificada a UIP la citada Resolución (folio 903.1), contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (196/2017).
3. Con fecha 3 de marzo de 2017, UIP procedió al pago de la sanción impuesta en la resolución de 19 de enero de 2017, por importe de 2.400.000 euros (folio 1108). Mediante oficio de 10 de julio de 2019, la Dirección de Competencia, solicitó a la Delegación de Hacienda la devolución de la cantidad pagada por UIP.
4. Mediante Sentencia de 6 de junio de 2018, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó parcialmente el recurso (196/2017) interpuesto por UIP contra la Resolución de 19 de enero de 2017. Dicha sentencia fue rectificada mediante Auto de 17 de julio de 2018.

Esta comisión recibió testimonio de firmeza de la sentencia el 18 de marzo de 2019.

5. Con fecha 26 de enero de 2015 la Dirección de Competencia acordó requerir a UIP la aportación de información de su volumen de ventas correspondiente al 2005, ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del TDC, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos.
6. UIP presentó escrito de contestación al requerimiento de información el 27 de febrero de 2007 (folio 634), señalando que la cifra de ventas total en el ejercicio 2005, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos, ascendió a 58.798.336 euros.
7. La Sala de Competencia aprobó esta Resolución en su sesión del día 25 de julio de 2019.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Habilitación competencial

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete “*aplicar lo*

dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de “resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio” y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, “la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. Sobre la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional

Según establece el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Administración que hubiera realizado la actividad objeto del recurso deberá llevar a puro y debido efecto las sentencias firmes, practicando lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la resolución de la Sala de Competencia de 19 de enero de 2017, dictada en ejecución de la sentencia de del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2015 (expte. 0588/Distribuidores de cine) impuso una multa de 2.400.000 euros a UIP. Dicha empresa interpuso recurso contencioso administrativo contra la misma.

El recurso interpuesto (196/2017) fue estimado parcialmente por sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2018.

En concreto la Audiencia Nacional en el FD SÉPTIMO establece lo siguiente:

“El TDC estableció una cuota media de todas las empresas en el mercado cartelizado durante el período 1998 a 2003 y ésta fue del 68,23%. Dicho cálculo fue el producto de la fórmula empleada por el TDC que consideró que debía realizarse una atribución equivalente de las cuotas de mercado de las cinco empresas implicadas durante el período de duración del cártel, dado que dichas empresas se alternaban en la primera posición de ventas. De esta forma se podía evitar, por razones de equidad, que la empresa líder de ventas del último año resultara más penalizada que las otras.

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

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

Así las cosas, debe estimarse el recurso en este punto y aplicarse para el cálculo de la cuota de mercado un criterio uniforme para todas las empresas, que fue fijado por el TDC en equidad en un 3,7% de la cantidad base”.

Mediante Auto de 17 de julio de 2018 la Audiencia Nacional rectificó la citada sentencia acordando que *“procede rectificar la Sentencia de 6 de junio de 2018 recaída en este procedimiento en el sentido de que su Fundamento Jurídico Séptimo debe consignar como porcentaje para el cálculo de la cuota de mercado un 2,7% de la cantidad de base y no un 3,7% como se indica en la Sentencia”.*

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción

3.1. Hechos probados en las resoluciones de 10 de mayo de 2006 y 19 de enero de 2017

Para la ejecución de la sentencia y la imposición de la sanción correspondiente a UIP, hay que partir de los hechos acreditados que se imputa a dicha empresa en las resoluciones de 10 de mayo de 2006 y 19 de enero de 2017, que han sido corroborados por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo.

En particular, sin perjuicio de hacer íntegra remisión a los hechos probados y a la fundamentación jurídica de las resoluciones confirmadas por la sentencia que ahora se ejecuta, cabe señalar lo siguiente:

- De conformidad con el dispositivo segundo de la resolución, Walt Disney, Sony, FOX, UIP y Warner, fueron declaradas responsables de haber cometido una infracción contraria al artículo 1.1 de la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia, consistente en haberse concertado para uniformizar sus políticas comerciales, repartiéndose una parte sustancial del mercado español de la distribución cinematográfica.
- En particular, según lo señalado en el FD cuarto de la Resolución original del TDC:
“CUARTO.- En cuanto a la imputación de que son objeto las cinco empresas distribuidoras imputadas, a la que corresponden los hechos que se declaran probados en el número 5 del apartado de Hechos Probados, los mismos son legalmente constitutivos de una infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, en cuanto suponen la existencia de un acuerdo entre dichas empresas para uniformizar las condiciones de

contratación utilizadas por cada una de ellas en sus relaciones comerciales con los exhibidores cinematográficos, limando considerablemente, cuando no anulando, la competencia entre los principales operadores del sector de la distribución en España mediante la fijación de precios y condiciones comerciales prácticamente idénticas las unas de las otras.

Dicha concertación se manifiesta de una manera muy especial en la fijación por parte de las cinco imputadas de idénticos precios de retribución por el alquiler de las películas de mayor éxito previsto, los denominados grandes estrenos, a los exhibidores y se manifiesta igualmente, aunque en menor medida, en la gran similitud de las condiciones consignadas en los contratos de todas ellas respecto de elementos esenciales de éstos, como son los relativos a los sistemas de liquidación, precio, cobro, control de recaudación, publicidad de las películas, selección de salas, tiempo de exhibición y entrega y devolución de copias. En este sentido debe tenerse en cuenta que la práctica de uniformizar los plazos de pago fue prohibida por el Tribunal y sancionada por el Consejo de Ministros en virtud de la Resolución de 19 de julio de 1990, en el expediente 255/89.”

- El mercado afectado: la totalidad del mercado nacional, tal y como reconoce el Tribunal Supremo en el FD sexto de su Sentencia de 10 de noviembre de 2015: *“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.”*
- La cuota de mercado conjunta: según datos del Ministerio de Cultura, en España, entre los años 1998 y 2003, las cinco imputadas en el expediente eran las más importantes, representando conjuntamente unas cuotas de mercado de 69,9%, 69,3%, 68,6%, 63%, 68,1% y 70,5% respectivamente para cada uno de esos años, en términos de espectadores, cifras que son muy similares en términos de recaudación para sus respectivas películas. Por tanto, la cuota de mercado cartelizada media fue de 68,2%.
- La duración: desde el año 1998 hasta 2004.
- Los efectos producidos por dicha práctica:
 - La eliminación total de la competencia entre las imputadas en el segmento más destacado de su explotación, el de los grandes estrenos.

- los efectos verticales al limitar la competencia entre exhibidores, impidiendo trasladar a los consumidores los efectos finales de una competencia efectiva en el sector acentuando más si cabe, la situación de asimetría original entre distribuidores y exhibidores.

3.2. Determinación de la sanción en la resolución de la CNMC de 19 de enero de 2017 (expediente VS/0588/05)

La infracción que acredita la Resolución de 19 de mayo de 2017, confirmada por la Audiencia Nacional, de la que es responsable UIP, es una infracción muy grave y, por tanto, podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de ventas de la empresa infractora correspondiente al ejercicio inmediatamente anterior a la resolución del Tribunal (art. 10 de la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia), esto es, 2005.

Como se ha mencionado, consta en el expediente que el 27 de febrero de 2007 (folio 634) UIP presentó su facturación relativa al año 2005 (para esta empresa, el ejercicio económico acaba el 31 de diciembre de 2005), señalando que el volumen de ventas en el ejercicio 2005, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos, ascendió a 58.798.336 euros. Teniéndose en consideración esta cifra aportada, el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 10.2 de la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia, de conformidad con lo expuesto en la Resolución de 10 de mayo de 2006 (S/0588/05).

Como se ha dicho, UIP es responsable de participar en una infracción consistente en *“uniformizar las condiciones de contratación utilizadas por cada una de las empresas infractoras en sus relaciones comerciales con los exhibidores cinematográficos, limitando considerablemente, cuando no anulando, la competencia entre los principales operadores del sector de la distribución en España mediante la fijación de precios y condiciones comerciales prácticamente idénticas las unas de las otras”*.

Con respecto a la cuota del mercado relevante afectada por la infracción, como se ha dicho también, según datos del Ministerio de Cultura, en España, entre los años 1998 y 2003, las cinco infractoras tuvieron por término medio una cuota de mercado conjunta superior al 68%, que puede considerarse relativamente alta.

El ámbito geográfico afectado por la infracción comprende la totalidad del territorio nacional, tal y como está recogido en la resolución de 10 de mayo de 2006 y se ha indicado anteriormente.

La resolución impugnada indicó que la facturación de UIP en el mercado afectado durante la infracción supuso el 26,5% del total facturado por todas las empresas infractoras, y según esta proporción UIP sería la empresa infractora con la mayor participación en la conducta.

En lo referente a la duración, ha quedado acreditada la participación de UIP desde 1998 hasta 2004.

No se apreciaron ni agravantes ni atenuantes para UIP.

El conjunto de factores expuestos anteriormente llevó al Consejo de la CNMC a fijar un tipo sancionador total para UIP del 4,5% de su volumen de ventas el año anterior a la sanción original. Este tipo sancionador cumplía con la indicación, recogida en la sentencia de la Audiencia Nacional que se estaba ejecutando –corroborada por la del Tribunal Supremo–, de que el tipo sancionador máximo que se podría aplicar no debía superar en ningún caso el 5% del volumen de ventas de la empresa infractora correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal.

Finalmente, en la resolución impugnada se comprobó que la multa en euros que le correspondería a la infractora según la gravedad de la conducta y de su participación en ella (un tipo del 4,5% se traducía en una multa de 2.645.910 euros) estaba muy lejos de superar el límite de proporcionalidad estimado, por lo que no fue necesario reducir el tipo sancionador por motivos de proporcionalidad.

Sin embargo, esta multa era superior a la multa de la Resolución sancionadora original, que había ascendido a 2.400.000 euros, por lo que se aplicó la prohibición de *reformatio in peius* y se redujo la cuantía de la nueva multa hasta esa cantidad que había sido impuesta en la Resolución original.

3.3. Determinación de la sanción de acuerdo con las indicaciones de la sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2018, rectificada mediante Auto de 17 de julio de 2018.

Ahora bien, como se ha indicado anteriormente, la Audiencia Nacional, en el FD SÉPTIMO de la sentencia que se está ejecutando en esta resolución, establece lo siguiente:

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

Así las cosas, debe estimarse el recurso en este punto y aplicarse para el cálculo de la cuota de mercado un criterio uniforme para todas las empresas, que fue fijado por el TDC en equidad en un 3,7% de la cantidad base.”

Como se ha dicho también, un Auto posterior de la Audiencia Nacional corrigió esta cifra a 2,7%.

Por tanto, se desprende de los párrafos anteriores de la sentencia de la Audiencia Nacional que la ejecución de la sentencia implica, en primer lugar, “calcular la cuota de mercado a los efectos de modular la sanción”, y, en segundo lugar, que esto debe hacerse “aplicando un criterio uniforme para todas las empresas, que fue fijado por el TDC en equidad” –teniendo en cuenta la corrección– en un 2,7% de la cantidad base.

En efecto, el 2,7% fue el porcentaje aproximado que relacionaba la misma multa de 2.400.000 euros, impuesta por el TDC a todas las empresas infractoras, con una misma cifra de facturación por empresa (86.934.000 euros) que el TDC había estimado dividiendo entre cinco la facturación conjunta de 2005 para las cinco empresas infractoras (434.670.000 euros).

Sin embargo, si se utiliza –como indica la Audiencia Nacional– este “criterio uniforme” para calcular la cuota de mercado a los efectos de modular la sanción, la cuota de mercado de las cinco empresas infractoras tendrá que ser necesariamente la misma.

Como ha quedado acreditado y confirmado por la Audiencia Nacional, las cinco empresas tenían durante la infracción una cuota de mercado conjunta del 68,2%. Si hay que considerar una cuota de mercado uniforme para todas las imputadas, esta sería de 13,6% para cada una, resultado de dividir la cuota conjunta media de mercado entre cinco².

Si se mantiene todo el proceso de determinación de la sanción empleado en la resolución impugnada, que se ha recordado en el apartado anterior, salvo en el extremo que se refiere a la cuota de mercado utilizada, procede entonces sustituir para UIP el 26,5% mencionado anteriormente por el 13,6%.

En consecuencia, procede aplicar un tipo sancionador total de 3,8% del volumen de negocios total de UIP el año anterior a la sanción original, en vez del 4,5% que se fijó en la resolución impugnada. Este tipo sancionador del 3,8% se traduce para UIP en una multa recalculada de 2.234.337 euros.

La última comprobación de proporcionalidad que se realiza siempre en las resoluciones sancionadoras exige comparar esta sanción en euros con un valor de referencia estimado aplicando un factor de disuasión al beneficio ilícito potencial que UIP pudo obtener de la conducta anticompetitiva, pero teniendo esta vez en cuenta la cuota de mercado modificada del 13,6%. Sin embargo, el nuevo límite de proporcionalidad estimado (24,7 millones de euros) es muy superior a la sanción que se deriva del tipo sancionador total del 3,8% (2.234.337 euros), por lo que no es necesario realizar ningún ajuste por motivo de proporcionalidad.

² Al imponer la igualdad de cuotas entre las infractoras, la cuota de mercado estimada para UIP (13,6%) es inferior al 22% reconocido por la propia recurrente en su demanda (punto 5 del AH 2º de la demanda de UIP).

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC

HA RESUELTO

ÚNICO.- Imponer a Universal Pictures International Spain, S.L., en ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional (Recurso 196/2017), y en sustitución de la inicialmente impuesta en la Resolución del Consejo de Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 19 de enero de 2017 (Expediente VS/0588/05 DISTRIBUIDORES CINE), la multa de 2.234.337 euros.

Comuníquese esta Resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a las partes interesadas haciéndoles saber que la misma ha sido dictada en ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo y que contra ella pueden promover incidente de ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 109 de la citada Ley 29/1998, de 13 de julio, sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso contencioso administrativo ordinario, en el plazo de dos meses desde el día siguiente al de notificación de la resolución, de acuerdo con lo resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.