

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

EXPEDIENTE DISTRIBUIDORES DE CINE

(VS/0588/05)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidenta

D^a. María Ortiz Aguilar

Consejeros

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 21 de diciembre de 2021

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición señalada, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente VS/0588/05 DISTRIBUIDORES CINE, cuyo objeto es la ejecución de las sentencias de la Audiencia Nacional por la que se estiman parcialmente los recursos interpuestos por las empresas HISPANO FOXFILM, S.A. (FOX) y WARNER BROS. ENTERTAINMENT ESPAÑA, S.L. (WARNER), contra las resoluciones de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 19 de enero de 2017 (Expediente VS/0588/05 DISTRIBUIDORES CINE).

I. ANTECEDENTES

1. Por resoluciones de 19 de enero de 2017, en el expediente VS/0588/05 DISTRIBUIDORES CINE, el Consejo de la CNMC acordó:

“ÚNICO. - Imponer a Warner Bros Entertainment España, S.L., en ejecución de las Sentencia del Tribunal Supremo (recurso 1413/2013), 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 2.280.577 euros”.

“ÚNICO. - Imponer a Hispano Foxfilm S.A.E., en ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2015 (recurso 2628/2013), 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 les fueron notificadas a WARNER y a FOX las citadas resoluciones (folios 961.1 y 845.1).
3. Mediante Acuerdo dictado por la Sala de Competencia el 23 de marzo de 2017, se procedió a rectificar el importe de la multa impuesta a WARNER en la resolución de 19 de enero de 2017, imponiéndole una nueva multa que ascendió a 1.549.310 euros.
4. Contra las anteriores resoluciones dictadas en ejecución de sentencias, WARNER y FOX interpusieron recursos contencioso-administrativos. Mediante Sentencias de 30 de octubre de 2020 y 30 de abril de 2021, firmes, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó parcialmente los recursos (206/2017 y 666/2017) interpuestos por WARNER y FOX contra la resolución de 19 de enero de 2017.
5. Con fechas 4 de mayo y 4 de diciembre de 2017, WARNER y FOX habían procedido al pago de la sanción (folios 1250 y 1262 respectivamente). Tras dictarse las sentencias de la Audiencia Nacional, con fecha 16 de diciembre de 2020, se procedió a la devolución de la multa pagada por WARNER y con fecha 28 de julio la DC solicitó a Hacienda la devolución de la multa abonada por FOX.
6. La Sala de Competencia deliberó y falló esta resolución en su sesión del día 21 de diciembre de 2021.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia para resolver

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 las sentencias 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, las resoluciones de 19 de enero de 2017, dictadas en el expediente VS/0588/05 DISTRIBUIDORES DE CINE, impusieron una multa de 1.549.310 a Warner y de 2.400.000 € a FOX. Ambas empresas interpusieron recursos contencioso-administrativos contra las mismas.

Mediante Sentencia de 30 de octubre de 2020 (rectificada mediante Auto de aclaración de 26 de noviembre de 2020), la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó parcialmente el recurso (206/2017) interpuesto por WARNER. En concreto, la Sentencia en su fundamentación jurídica señala lo siguiente:

“(...) 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 (...).”

Dicho porcentaje fue rectificado mediante Auto de 26 de noviembre de 2020, acordando que *“Procede rectificar la Sentencia 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”*.

Asimismo, mediante Sentencia de 30 de abril de 2021, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó parcialmente el recurso (666/2017) interpuesto por FOX contra la resolución de 19 de enero de 2017. En su Fundamento de Derecho Séptimo se recoge 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 2,7% de la cantidad base (...).”

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción

1. Hechos probados y determinación de la sanción en las resoluciones de 10 de mayo de 2006 y 19 de enero de 2017.

Para la ejecución de las Sentencias y la imposición de las sanciones correspondientes a WARNER y a FOX, hay que partir de los hechos acreditados que se imputan a dichas empresas en las resoluciones de 10 de mayo de 2006 y 19 de enero de 2017, que han sido corroborados por los Tribunales.

En particular, sin perjuicio de hacer íntegra remisión a los hechos probados y a la fundamentación jurídica de la resolución confirmada por las Sentencias que ahora se ejecutan, 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:

“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.”

Las Sentencias que ahora se ejecutan obliga a reconsiderar el proceso de determinación de la sanción.

El proceso de determinación de la multa debe necesariamente ajustarse a las siguientes premisas:

- Las circunstancias contempladas en el artículo 10.2 de la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia, que como dice el Tribunal Supremo, 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 afectando al mercado nacional en este sector”*

El citado artículo 10.2 de la Ley 16/89 establece:

“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”.*

- En este sentido, se confirman las circunstancias relativas al artículo 10.2 de la Ley 16/89, puestas de manifiesto en los Hechos probados 1 y 2 y en el Fundamento de Derecho décimo de la resolución:
- Naturaleza de la conducta: la conducta descrita es una de las más graves que pueden darse en contra de la competencia, en cuanto constituye una concertación horizontal entre los operadores más destacados, con una cuota superior al 60% del mercado de la distribución cinematográfica.
- Los efectos producidos por dicha práctica:
 - o La eliminación total de la competencia entre las imputadas en el segmento más destacado de su explotación, el de los grandes estrenos.
 - o 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
- 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: Según datos del Ministerio de Cultura, en España, entre los años 1998 y 2003, las cinco imputadas en el expediente eran las más importantes, representando conjuntamente unas cuotas de mercado de 69,9%, 69,3%, 68,6%, 63%, 68,1% y 70,5%, en términos de espectadores, respectivamente para cada año, cifras que son muy similares en términos de recaudación para sus respectivas películas.
- La duración: desde el año 1998¹ hasta 2004, años a los que se contrae el expediente (FD sexto de la resolución, confirmado por STS de 13 de noviembre de 2015, recurso 1407/2013, Walt Disney).
- La falta de atenuantes: *“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,*

¹ Y no desde 1978 como se dice en el Fundamento derecho décimo de la resolución.

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.”²

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

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

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 original de 10 de mayo de 2006 y la resolución de 19 de enero de 2017 dictada en ejecución de sentencia, de la que son responsables WARNER Y FOX, es una infracción muy grave y, por tanto, podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de ventas de las empresas infractoras 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.

WARNER presentó escrito de contestación al requerimiento de información realizado por la DC el 26 de febrero de 2015 (folio 519), señalando que la cifra de ventas, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos, ascendió a 38.732.751 euros, indicando que esta cifra corresponde a “*los ingresos de WS por la distribución de películas de cine a exhibidores en España en 2005, antes de IVA y otros impuestos aplicables...*”, es decir, coincide con el volumen de negocios en el mercado afectado.

En el Registro Mercantil consta que la cifra de ventas en el ejercicio 2005 de FOX (para esta empresa acaba el 30 de junio de 2005), antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos, ascendió a 55.357.562 euros³. Teniéndose en consideración estas cifras aportadas, los porcentajes sancionadores a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los de graduación del

² STS de 10 de noviembre de 2015, (1525/2013) UIP

³ FOX presentó escrito de contestación al requerimiento de información el 20 de febrero de 2015 (folio 491), señalando que la cifra de ventas total en el ejercicio 2005, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos, ascendió a 54.807.956 euros. Sin embargo, se considera pertinente usar la cantidad de 55.357.562 euros, que es la que aparece en las cuentas depositadas en el Registro Mercantil por Fox referidas al ejercicio económico comprendido entre el 1 de julio de 2004 y el 30 de junio de 2005.

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, WARNER y FOX son responsables 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 mencionado previamente, 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 WARNER y FOX en el mercado afectado durante la infracción supuso el 17,5% y el 24,7% respectivamente del total facturado por todas las empresas infractoras.

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

No se apreció la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes para ninguna de estas dos empresas.

El conjunto de factores expuestos anteriormente llevó al Consejo de la CNMC a fijar un tipo sancionador total del 4,0% para WARNER y del 4,5% para FOX.

Estos tipos sancionadores cumplían con la indicación, recogida en las sentencias de la Audiencia Nacional que se estaban ejecutando –corroboradas 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 las resoluciones impugnadas se comprobó que las multas en euros que les corresponderían a las infractoras según la gravedad de la conducta y de su participación en ella estaban muy lejos de superar el límite de proporcionalidad estimado, por lo que no fue necesario reducir las sanciones por motivos de proporcionalidad.

Sin embargo, en el caso de FOX la multa impuesta – 2.435.773 euros– 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.

En el caso de WARNER no resultó necesario realizar este último ajuste, puesto que la sanción, que ascendía a 1.549.310 euros era inferior a la sanción original de 2.400.000 euros.

3. Determinación de la nueva sanción

Como se ha indicado anteriormente, la Audiencia Nacional, en el FD SÉPTIMO de las sentencias que se ejecutan 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 2,7% de la cantidad base.”

Por tanto, se desprende de los párrafos anteriores de las sentencias de la Audiencia Nacional que su ejecución 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 cinco.

Manteniendo 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 para cada empresa sancionada, procede entonces sustituir el 17,5% que se había establecido para WARNER y el 24,7% de FOX por el 13,6% común a todas las empresas.

En consecuencia, procede aplicar a ambas empresas un tipo sancionador total de 3,8% de su volumen de negocios total el año anterior a la sanción original, en vez del 4,0% y el 4,5% que se fijaron respectivamente para WARNER y FOX en la resolución impugnada.

Estos tipos del 3,8% se traducen en unas multas de 1.471.845 euros para WARNER y 2.103.587 euros para FOX.

La última comprobación de proporcionalidad que se realiza siempre en las resoluciones sancionadoras de la CNMC exige comparar esta sanción en euros con un valor de referencia estimado aplicando un factor de disuasión al beneficio ilícito potencial que WARNER y FOX pudieron haber obtenido de su participación en la conducta anticompetitiva, pero teniendo esta vez en cuenta la cuota de mercado modificada del 13,6%. Los resultados de esta comprobación concluyen que no es necesario realizar ningún ajuste por motivos de proporcionalidad.

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

III. RESUELVE

ÚNICO. - Imponer a Warner Bros Entertainment España, S.L. y a HISPANO FOXFILM, S.A., en ejecución de las Sentencias de la Audiencia Nacional (recursos 206/2017 y 666/2017), y en sustitución de las inicialmente impuestas en las resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictadas el 19 de enero de 2017 (Expediente VS/0588/05 DISTRIBUIDORES CINE), las siguientes multas:

- Warner Bros Entertainment España, S.L.: 1.471.845 euros
- HISPANO FOXFILM, S.A.: 2.103.587 euros

Comuníquese esta resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a la parte interesada haciéndole 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-Administrativa y que contra ella pueden interponer recurso contencioso administrativo ordinario, en el plazo de dos meses desde el día siguiente al de notificación de la resolución.