

**Esta Resolución ha sido objeto de recurso ante la Audiencia Nacional,
en el que se ha abierto pieza de Medidas Cautelares**

RESOLUCIÓN (Expte. 588/05, Distribuidores Cine)

Pleno

Excmos. Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Antonio del Cacho Frago, Vicepresidente
D. Antonio Castañeda Boniche, Vocal
D. Javier Huerta Trolèz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuervo Mir, Vocal
Dña. Pilar Sánchez Núñez, Vocal

En Madrid, a 10 de mayo de 2006

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición arriba expresada y siendo Ponente el Excmo. Sr. Don Javier Huerta, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente 588/05, iniciado por denuncia formulada por la Federación de Empresarios de Cine de España (FEECE) contra las compañías The Walt Disney Company Iberia (Buena Vista International Spain), Columbia Tristar Films de España, Hispano Foxfilm, United International Pictures, Warner Sogefilms, Warner Sogebros, la Asociación de Distribuidores e Importadores Cinematográficos de Ambito Nacional (ADICAN) y contra tres directivos de una de ellas, por conductas supuestamente prohibidas por los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, consistentes en abuso de posición dominante y realización de acuerdos colusorios.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.-La Federación de Empresarios de Cine de España (FEECE) denunció ante el Servicio de Defensa de la Competencia el 6 de febrero de 2003 a las compañías The Walt Disney Company Iberia (Buena Vista International Spain), Columbia Tristar Films de España, Hispano Foxfilm, United International Pictures, Warner Sogefilms, Warner Sogebros, la Asociación de Distribuidores e Importadores Cinematográficos de Ambito Nacional (ADICAN) y a tres directivos de una de ellas, imputando a las empresas distribuidoras y a tres de sus directivos la adopción de un acuerdo sobre el clausulado de los contratos-tipo empleados en sus relaciones comerciales con los exhibidores de películas cinematográficas, con abuso de posición

dominante, tanto absoluta como relativa frente a éstos, y a ADICAN el servir de medio a los distribuidores para el intercambio de información.

2.- El 5 de marzo siguiente el Servicio acordó la práctica de una información reservada, requiriendo la información que estimó procedente para comprobar la existencia de indicios racionales de las prácticas denunciadas, para lo que solicitó informe a la Subdirección General de Fomento de la Industria Cinematográfica y de las Artes Audiovisuales (ICAA) sobre las salas de cine existentes en España en el año 2002 y sobre las películas distribuidas por las compañías denunciadas que fueron exhibidas en España ese mismo año. Al propio tiempo se solicitó información a diferentes salas de cine, la cual, una vez recibida, fue declarada en su mayor parte confidencial.

3.- Una vez realizadas las anteriores diligencias, el Servicio acordó admitir a trámite la denuncia e incoar expediente, mediante Acuerdo de 22 de septiembre de 2003, contra The Walt Disney Company Iberia/Buenavista International Spain (BV), Columbia Tristar Films de España (Columbia), Hispano Foxfilm (Hispano), United International Pictures (UIP), Warner Sogefilms (WS), ADICAN y tres directivos de una de ellas. Mediante acuerdo de 27 de abril de 2004 se amplió la imputación a la Federación de Distribuidores Cinematográficos (Fedicine).

4.- En el curso de la instrucción del expediente el Servicio declaró la confidencialidad de numerosa documentación, incluso de escritos de alegaciones, aportada por los interesados o directamente recogida por el Instructor. Concretamente tuvieron el objeto indicado las Providencias de 22 de septiembre, 13 de octubre y 7 de noviembre de 2003 y las de 15 de marzo y 10 de septiembre de 2004, así como numerosas diligencias, dictadas en unos casos de oficio y en otros a instancia de alguna parte interesada.

Contra dichas Providencias y diligencias se interpusieron recursos ante el Tribunal de Defensa de la Competencia por Warner Sogefilms, en dos ocasiones, UIP y Columbia, que fueron rechazados en todos los casos por ser inadmisibles procedimentalmente, conforme a los artículos 47 y 48 de la Ley de Defensa de la Competencia, mediante Resoluciones de 12 de marzo de 2004, dos de 4 de marzo de 2005 y 9 de marzo de 2005, respectivamente.

5.- El 15 de octubre de 2004 el Servicio dictó Pliego de Concreción de Hechos, que fue debidamente notificado a los interesados, en el que imputaba a las compañías distribuidoras The Walt Disney Company Iberia/Buenavista International Spain (BV), Columbia Tristar Films de España (Columbia), Hispano Foxfilm (Hispano), United International Pictures (UIP) y Warner Sogefilms (WS) la práctica de una conducta prohibida por el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, consistente en la

concertación para uniformizar las condiciones de exhibición de sus películas, produciendo restricciones tanto horizontales como verticales sobre la competencia. Por otra parte, imputó también a la Federación de Distribuidores Cinematográficos (Fedicine) otra conducta prohibida por el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia por haber facilitado el intercambio de información entre competidores mediante su base de datos y, finalmente, no realizó imputación alguna a los restantes denunciados.

6.- Una vez concluida la instrucción, la Directora del Servicio remitió el expediente a este Tribunal, con el Informe-propuesta preceptivo, fechado el día 4 de mayo de 2005, en el que, de conformidad con lo expresado en el Pliego de Concreción de Hechos, califica a éstos como constitutivos de conductas prohibidas por el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Al propio tiempo, se acuerda el sobreseimiento de las actuaciones relativas a la Asociación de Distribuidores e Importadores Cinematográficos de Ambito Nacional (ADICAN) y los tres directivos denunciados, por entender que no era imputable a ninguno de ellos ninguna de las conductas sancionadas por la Ley.

7.- Recibido el expediente en el Tribunal, el Pleno del mismo, por medio de Providencia de 25 de mayo de 2005, acordó su admisión a trámite y su puesta de manifiesto a los interesados para que en el plazo legal pudieran proponer las pruebas que a su derecho conviniera y solicitar la celebración de vista, lo que se comunicó al Servicio y se notificó a los interesados.

8.- El Tribunal, mediante Autos de 2 y 28 de febrero de 2006, resolvió sobre la admisibilidad de las pruebas propuestas y sobre las numerosas cuestiones planteadas reiteradamente por las partes imputadas en relación con la confidencialidad de escritos y documentos declarada durante la fase de instrucción. Asimismo se acordó que las alegaciones finales de las partes se realizaran en una vista oral, conforme autoriza el artículo 41 de la Ley 16/1989.

9.- Una vez practicadas las pruebas que fueron admitidas, el Tribunal concedió a los interesados el plazo de 10 días previsto por el artículo 41 de la Ley de Defensa de la Competencia para su valoración, que fue prorrogado por otros cinco días a instancia de las partes imputadas, presentando todas ellas sus respectivos escritos en tiempo y forma.

10.- El día 5 de abril se celebró la vista oral del expediente, en la que las partes interesadas formularon sus conclusiones, quedando el expediente visto para dictar Resolución.

11.- El Pleno del Tribunal deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 27 de abril de 2006.

12.- Son interesados:

- The Walt Disney Company Iberia/Buenavista International Spain
- Sony Pictures Releasing de España S.A. (anteriormente denominada Columbia Tristar Films de España S.A.)
- Hispano Foxfilm S.A.E.
- United International Pictures S.L.
- Warner Sogefilms A.I.E.
- Federación de Distribuidores Cinematográficos (Fedicine)
- Federación de Empresarios de Cine de España (FEECE)

HECHOS PROBADOS

1.- El mercado cinematográfico en España se estructura, básicamente, en tres subsectores, que desarrollan actividades diversas: comienza con la producción, que tiene por objeto la creación de las películas, continúa con la distribución, realizada por empresas que reciben o adquieren de los productores los derechos de comercialización de dichas películas para el territorio nacional o parte del mismo y, finalmente, la exhibición, realizada por los empresarios de las salas de proyección, que adquieren de los distribuidores el derecho a exhibir una película por el tiempo y con las condiciones que hayan pactado. Las empresas distribuidoras suelen estar ligadas con los productores cinematográficos por un contrato, generalmente de mandato, que les atribuye el derecho y la obligación de explotar en exclusiva una o más películas en un territorio determinado, normalmente coincidente con el nacional, por lo que, prácticamente sin excepciones, sólo existe una empresa distribuidora oferente para cada película disponible en el mercado nacional.

En España, según datos del Ministerio de Cultura, existen más de veinticinco empresas distribuidoras, de las que las cinco imputadas en este expediente son las más importantes, representando conjuntamente entre los años 1998 y 2003 unas cuotas de mercado de 69,9 %, 69,3 %, 68,6 %, 63 %, 68,1 % y 70,5 %, respectivamente, en términos de espectadores y cifras muy similares en términos de recaudación para sus respectivas películas.

A diferencia de las demás empresas distribuidoras que operan en nuestro país, de las que ninguna alcanzó una cuota de mercado superior al 10 % durante los años expresados, las cinco empresas imputadas son filiales

o están integradas verticalmente con distribuidoras o productoras de estudios norteamericanos:

- Sony Pictures Releasing de España S.A., anteriormente denominada Columbia Tristar Films de España S.A. es una sociedad anónima española dedicada a la distribución de películas en el mercado español y está participada al 98 % por Columbia Tristar Film Distributors International, Inc, al 1% por Columbia Pictures Industries, Inc y, también al 1 % por Films Gems Export Corporation, todas las cuales son, a la vez, filiales de Sony Pictures Entertainment Inc, sociedad matriz del grupo.
- The Walt Disney Company Iberia/Buenavista International Spain, filial de Disney Iberia, a su vez filial de la sociedad norteamericana The Walt Disney Company. Se dedica a la distribución de películas cinematográficas en España.
- Hispano Foxfilm S.A.E., participada íntegramente por Twentieth Century Fox International Corporation, sociedad norteamericana, se dedica igualmente a la distribución de películas cinematográficas en España.
- Warner Sogefilms A.I.E., agrupación de interés económico formada, en las fechas a las que se contrae el expediente, a partes iguales por Warner Home Video Española S.A. y Sogecable S.A., está presente a través de empresas propiedad de sus matrices en actividades de exhibición de películas. En concreto, la cadena de cines Lusomundo está participada al 33% por Sogecable. El día 3 de marzo de 2006, la representación procedimental de Warner Sogefilms A.I.E. ha comunicado al Tribunal el acuerdo de su asamblea universal para disolver la agrupación de interés económico, nombrando liquidadores mancomunados a las entidades integrantes, Warner Home Video Española S.A. y Sogecable S.A.
- United International Pictures S.L., filial de United International Pictures B.V., empresa en participación formada por Paramount Pictures International y Universal Studios International B.V. que, a su vez, son las propietarias en España de la cadena de cines Cinesa.

2.- En el año 2002 se exhibieron en España un total de 1877 películas, con una recaudación global de 625,9 millones de euros, correspondiendo a películas extranjeras el 86 % de la misma (en términos de número de películas, el 18,6 % fueron españolas). El análisis de los datos contenidos en la información remitida por las imputadas, junto con los datos sobre este mercado que publica el Ministerio de Cultura han permitido constatar que para el año 2002, el segmento de la distribución y exhibición presentó las siguientes características:

- La facturación alcanzada por las cinco empresas imputadas supuso 424,6 millones de euros, el 67 ,8 % de toda la recaudación de la exhibición cinematográfica en España.
- De las 1877 películas estrenadas en el año 2002, las 25 películas de mayor recaudación acapararon el 45% de la recaudación total.
- De las 25 películas de mayor recaudación, 20 fueron distribuidas por las cinco imputadas. Estas 20 películas supusieron para las imputadas el 52.7 % del total de su facturación en este mercado. El cuadro siguiente muestra la importancia de estas 20 películas para cada una de las cinco imputadas, ya que con solo el 6-8% de los productos que comercializan en un año obtienen, en media, la mitad de toda su cifra de negocios.

DISTRIBUIDORA	Nº PELICULAS DE LA LISTA DE 25	Nº TOTAL PELICULAS DISTRIBUIDAS 2002	% SOBRE SU FACTURACIÓN TOTAL
WARNER	4	87	46,4
HISPANO	6	67	62,7
COLUMBIA	4	65	59,3
BUENAVISTA	4	28	56,5
UIP	2	84	32,7

- La recaudación semanal en las salas de exhibición decrece exponencialmente, de manera que durante las tres primeras semanas se llega a recaudar entre el 70% y el 80 % de la recaudación total de la película.

3.- La Federación de Distribuidores Cinematográficos (Fedicine) se constituyó el 11 de febrero de 1988 como una asociación profesional, integrada por Adican (Asociación Nacional de Distribuidores e Importadores Cinematográficos), Andice (Asociación Nacional de Distribuidores e Importadores Cinematográficos Españoles) y Andicca (Asociación Nacional de Distribuidores e Importadores Cinematográficos de Cataluña). Adican, a su vez, es una asociación constituida en 1977 bajo la forma jurídica de una asociación sindical, de la que eran miembros, en las fechas de los hechos que son objeto de este expediente, las cinco compañías distribuidoras imputadas.

Como federación de asociaciones de distribuidores cinematográficos, los fines de Fedicine son la defensa y representación de los intereses de los distribuidores españoles ante la Administración y ante asociaciones integradas por sociedades o profesionales de otros operadores de los mercados cinematográficos.

4.- En el año 1999 los integrantes de Fedicine acordaron la creación de una base de datos con información de los correspondientes a la distribución y exhibición de las películas cinematográficas en España que mejorase la información facilitada sobre este mercado por el Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales (ICAA), dependiente del Ministerio de Cultura y por los de la empresa Nielsen, con su fichero Nielsen EDI.

Dicha base de datos se nutría con la información desagregada suministrada directamente por las compañías distribuidoras a partir de las hojas de taquilla que diariamente les era remitida por cada exhibidor y cuyo modelo había sido previamente consensuado por los distribuidores, comprensiva de los datos correspondientes a cada una de sus películas, el número de copias, salas donde eran exhibidas, recaudación diaria, código de ofertas y número de espectadores diarios por sala. Asimismo, las distribuidoras aportaban a la base de datos información de los estrenos previstos por cada una de ellas durante un período de, al menos, un año, con expresión de las fechas previstas para dicho estreno.

Todas estas informaciones eran compartidas por los asociados de Fedicine que, mediante una clave de acceso que sólo ellos poseían, podían conocer los expresados datos de la explotación y exhibición de las películas de sus competidores de forma más precisa y desagregada que a través de las bases de datos preexistentes, así como sus planes de futuros estrenos. En el año 2004 el proveedor informático de esta base de datos rescindió su contrato con Fedicine, debido a los frecuentes fallos y defectos funcionales del sistema, que determinaron el cierre de la base de datos.

Por otra parte, en junio de 2002 todos los distribuidores representados en Fedicine elaboraron y consensuaron un modelo común de hoja de taquilla, destinado a los exhibidores, con los datos que éstos deberían aportar diariamente en relación con la exhibición de películas, para permitir a los distribuidores el control de asistencia y recaudación de sus respectivas películas.

5.- Desde fechas no exactamente determinadas pero anteriores, en todo caso, al año 1998, las compañías distribuidoras imputadas han venido aplicando en sus contratos con los exhibidores unas condiciones comerciales muy similares para poder proyectar sus películas, haciéndolo siempre a

través de una modalidad de alquiler temporal de las mismas y estableciendo condiciones idénticas o análogas en aspectos tan relevantes como sistemas de liquidación, precio, cobro, control de recaudación, publicidad de las películas, selección de salas, tiempo de exhibición y entrega y devolución de copias.

Especialmente en lo relativo al precio del alquiler de películas, aunque algunas compañías ocasionalmente contratan a un tanto alzado por el tiempo de alquiler, todas las distribuidoras imputadas siguen habitualmente el sistema de establecer como precio del alquiler un porcentaje de la cantidad recaudada por el exhibidor. Se da la circunstancia de que en los contratos empleados para el alquiler de películas a los exhibidores todas las compañías imputadas establecen la cuantía de este porcentaje por semanas de exhibición, siendo más elevado el porcentaje sobre la recaudación de la primera o las dos primeras semanas y descendiendo gradualmente en las posteriores, por tramos de cinco puntos porcentuales en todos los casos. Aunque no existe una limitación legal o reglamentaria sobre el máximo porcentaje aplicable, durante el año 2002, todas las imputadas aplicaron el 60% de la recaudación de la primera semana a todas sus películas más comerciales.

Por otro lado, del análisis de los contratos-tipo aportados al expediente por las empresas denunciadas se observan las siguientes identidades:

- En todos los casos el exhibidor se compromete a liquidar semanalmente a la distribuidora el importe de las películas sujetas a explotación a porcentaje (folios 2692, 2693, 3283, 3291, 3293 y 3305).
- En todos los casos el plazo del pago correspondiente a dichos importes se establece dentro de un parámetro que oscila entre los 25 y 30 días posteriores a la conclusión de cada semana de exhibición. El contrato aportado por Columbia prevé 25 días (folio 3305); el de UIP, 28 días (folio 3291), y los de Hispano Foxfilm (folio 3283), Warner Sogefilms (folio 3292) y Buena Vista (folios 2692 y 2693), 30 días.
- En el caso de las películas contratadas a tanto alzado los contratos establecen que el importe pactado habrá de ser abonado por el exhibidor a la distribuidora antes de la retirada de la copia de los almacenes de ésta (folios 3283, 3291, 3293 y 3305), salvo en el caso de Buena Vista en el que no consta previsión alguna a este respecto.

- En todos los casos, salvo en los contratos aportados al expediente por Warner Sogefilms, se determina la sala y el aforo en el que habrá de exhibirse la película (folios 2692, 2693, 3282 a 3289, 3291 y 3305).
- En los contratos aportados por UIP (folio 3291), Warner Sogefilms (folio 3293) y Buena Vista (folios 2692 y 2693) se impide al exhibidor repercutir en el distribuidor los descuentos, premios o precios especiales ofrecidos por la sala al espectador sin consentimiento expreso del distribuidor.
- En todos los casos se fija, directa o indirectamente, el período de exhibición de cada película y el exhibidor se compromete a no alterar dichas fechas salvo autorización expresa del distribuidor (folios 2692, 2693, 3283, 3291, 3293 y 3305).
- En todos los casos se prevé que los exhibidores acudan a los locales de las distribuidoras para retirar el material cinematográfico correspondiente y, a partir de ese momento, hacerse cargo de los costes del transporte y seguro del mismo (folios 2692, 2693, 3283, 3291, 3293 y 3305).

Por otro lado, de la información aportada al expediente queda acreditado que los métodos utilizados por las cinco denunciadas para conocer los datos exactos de recaudación en taquilla de cada película, que sirven como base para la aplicación de los porcentajes que habrán de abonarles los exhibidores, coinciden: se hacen a través de unas hojas de taquilla que siguen un modelo tipo diseñado en el marco de FEDICINE, como se expresa anteriormente, que incluyen los datos de recaudación correspondientes y que los exhibidores entregan a la distribuidora diariamente.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Los hechos que se declaran probados en los números 3 y 4 del apartado de Hechos Probados de esta Resolución aparecen acreditados en las actuaciones mediante prueba directa, sometida a la contradicción de las partes interesadas. Así, la creación de la base de datos de Fedicine se encuentra reconocida por la propia Federación imputada, que en sus diversos escritos de alegaciones que obran en el expediente confirma los hechos probados en cuanto a su creación y a su contenido, aportando una descripción técnica del contenido del fichero y ejemplos prácticos de sus diversas hojas y de su funcionamiento (fol. 1957 y siguientes) y la propia

Fedicine manifiesta que la información era aportada directamente por las propias distribuidoras (fol. 1923 y ss). Dichas pruebas no quedan desvirtuadas por las alegaciones de Fedicine sobre la falta de funcionamiento real de la base de datos y sus problemas y defectos técnicos pues, en todo caso, la aportación de datos por las empresas distribuidoras al archivo de Fedicine y la posibilidad de acceder a los datos suministrados por las demás, mediante una clave de acceso, es admitida por las distribuidoras imputadas en este expediente.

En cuanto al modelo de hojas de taquilla presentado por Fedicine a la asociación de exhibidores FEECE, constan en el expediente dos faxes de 4 de junio y 1 de octubre de 2002 que incluyen dicho modelo y sendas cartas dirigidas por Fedicine al presidente de dicha asociación en las que se manifiesta expresamente que dicho modelo de hoja de taquilla ha sido consensuado por las distribuidoras representadas en Fedicine (fol. 124 a 129).

SEGUNDO.- Por lo que se refiere a los hechos comprendidos en el número 5 del apartado de Hechos Probados, relativo a la similitud de las prácticas contractuales de las empresas distribuidoras imputadas en sus relaciones con los exhibidores cinematográficos, las mismas se acreditan por la información aportada por las propias imputadas en los discos solicitados por el Servicio, respecto de los cuales este Tribunal ha levantado parcialmente la confidencialidad en la fase probatoria, que contienen referencias detalladas de sus películas estrenadas en España en 2002, número de copias, semanas de exhibición, recaudación total y porcentaje de recaudación percibido por la distribuidora, de los que se extrae la evidencia de que todas las distribuidoras imputadas, en las películas para las que preveían un mayor éxito, establecían como retribución sus porcentajes máximos de participación en el 60 % de la recaudación de la primera o primeras semanas, descendiendo éstos por tramos de cinco puntos porcentuales en las sucesivas semanas de exhibición, si ésta llegaba a tener lugar, mientras que en las películas restantes establecían sus porcentajes iniciales en un 55 ó 50 % de la recaudación de la primera semana. Este hecho también se puede constatar en los contratos aportados por las compañías imputadas en distintas fases del procedimiento.

Las respuestas aportadas por los imputados a requerimiento del Servicio de Defensa de la Competencia contienen información sobre las veinte películas clasificadas en el ránking de las veinticinco películas de mayor recaudación. Para cada una de estas películas se cuenta con la información de unos veinte cines en los que cada una de las películas fue estrenada (El numero de copias de películas estrenadas es mucho mayor, pero los datos del expediente sólo contienen la muestra que cada distribuidora ha seleccionado para dar respuesta al requerimiento de información del Servicio). Para cada

película y cada cine se dispone de la recaudación alcanzada, del número de semanas que la película ha estado en exhibición y el porcentaje de la recaudación que cada semana la distribuidora ha cobrado al exhibidor. En total estas 20 películas distribuidas por las cinco imputadas se estrenaron en 446 cines y en el 93 % de ellos se cobró el precio máximo durante la primera semana, el 60 % de la recaudación. El Tribunal también ha constatado que, un cine de los de mayor recaudación en España y, por lo tanto, con una potencial capacidad negociadora, en el 90 % de todos sus estrenos se le cobró el 60 % de la recaudación en la semana del estreno. Se evidencia así, que la primera semana de estreno es básica para los distribuidores, ya que en ella se recauda entre el 30 y el 40% de la recaudación que la película tendrá durante toda su vida útil.

Por otra parte, las prácticas relativas a la liquidación semanal, coincidencia en aceptar y asumir la parte proporcional de los descuentos tradicionales de los exhibidores, pero no de otros descuentos, coincidencia en los plazos de cobro, control de recaudación, publicidad de las películas, selección de salas, tiempo de exhibición y entrega y devolución de copias, que se declaran igualmente probadas, aparecen acreditadas por los modelos de contratos aportados por las propias imputadas a requerimiento del Tribunal y que se encuentran incorporados al expediente.

Finalmente, la existencia de las semejanzas expresadas aparece corroborada por las declaraciones prestadas ante este Tribunal por el testigo don M.F.C., que señaló que ha trabajado durante siete años al frente de la empresa exhibidora UGC España, hasta el año 2004, y que al menos hasta esa fecha “los contratos venían ya rellenos por los distribuidores y que, a películas semejantes, las condiciones son muy parecidas, especialmente los porcentajes de recaudación que en los grandes estrenos eran inicialmente del 60%, descendiendo progresivamente a partir de la tercera o cuarta semana”, añadiendo que “en el tiempo que él trabajó para UGC los contratos iban evolucionando de manera uniforme, especialmente los porcentajes de recaudación que han ido endureciéndose de esta manera”. Por su parte, el testigo don M.G.P., también ligado al mercado de la exhibición cinematográfica como propietario de salas de cine, coincidió con el testigo anterior en que “entre dos a cuatro semanas, que constituye la vida útil del material, en la que se obtiene el ochenta por ciento de la recaudación, el porcentaje es del 60% y posteriormente se reduce al 55 y hasta el 40%”.

En relación con el testigo don M.G.P., formularon tacha los representantes de las imputadas Sony e Hispano Foxfilm, alegando el primero que dicho testigo incurría en los supuestos del artículo 377.3º y 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que es denunciante de un expediente abierto por el Servicio de Defensa de la Competencia contra Sony y

expresando el segundo que el testigo es persona ligada al negocio de la exhibición y con interés directo en el mismo. En este sentido, es preciso poner de manifiesto que las tachas, a diferencia de la inhabilidad para ser testigo, no impiden al Tribunal la valoración del testimonio, ya que funcionan simplemente a manera de una advertencia de sospecha de parcialidad (STS de 10 de noviembre de 2000, 19 de diciembre de 2003 y 10 de febrero de 2004, entre muchas otras), de forma que la tacha no demuestra la falta de veracidad del testigo, sino que plantea la sospecha de que puede no haber sido veraz, sin invalidar su declaración, quedando ésta sujeta bajo esa advertencia a la libre apreciación del juzgador. En este supuesto no concurren directamente ninguno de los requisitos alegados por los impugnantes, ya que no se acredita enemistad manifiesta por el hecho de haber interpuesto denuncia contra un imputado por hechos diferentes de los que motivan este expediente ni ese mismo hecho implica un interés directo en este expediente, lo que unido a la coincidencia de sus manifestaciones con las del otro testigo más arriba citado y con el resto de las pruebas practicadas, lleva a este Tribunal a tomar en consideración sus manifestaciones con valor complementario de las demás pruebas.

TERCERO.- En relación con las imputaciones de que es objeto por el Servicio de Defensa de la Competencia, Fedicine alega básicamente que los datos que figuraban en su fichero no eran de naturaleza sensible, en cuanto que su conocimiento por otros competidores no permiten a éstos conocer las condiciones comerciales de los demás, afirma igualmente que se trata de datos públicos, accesibles por otros medios y que, finalmente, la base de datos no fue más que un proyecto que no estuvo realmente operativo.

En este sentido, es destacable que, como señala el Servicio y puede comprobarse mediante el examen de las descripciones de las bases de datos de Nielsen EDI y del Ministerio de Cultura obrantes en el expediente, las mismas contienen los datos de exhibición menos desagregados que la de Fedicine, pues no incluyen los datos diarios de recaudación y número de espectadores por sala, sino en relación con periodos más dilatados. Así lo reconoce la distribuidora Warner Sogecable, asociada a Adican, cuando afirma en su escrito de 4 de diciembre de 2003, dirigido al Servicio, que encuentra justificada la creación del fichero de datos de Fedicine porque aporta la misma información que Edi Nielsen, aunque a un menor coste y con datos obtenidos de los propios distribuidores y no de los exhibidores, como lo hace ésta, y “también por que esta última no incluye información de todos los exhibidores” (fol. 2148 y 2149).

Adicionalmente, hay que señalar que del contenido del fichero de Fedicine se extrae el conocimiento de que también se intercambiaba entre las distribuidoras otra información sensible para la competencia como es la

relativa a las fechas de los estrenos futuros previstos por cada una de éstas. En efecto, las empresas distribuidoras imputadas en este expediente han señalado la importancia de la determinación de la fecha de estreno para la óptima explotación de una película y así, por ejemplo, Fox señaló ante el Servicio que un criterio para elegir la fecha de estreno es que no se estrenen en la misma fecha películas similares (fol. 2477) y UIP afirma que la competencia entre las distribuidoras se centra especialmente en la obtención para sus películas respectivas de las mejores salas y en las fechas de estreno (fol. 2527), añadiendo que la elección de ésta depende de diversos factores, entre los que figura la programación de otros estrenos (fol. 2524).

De esta manera Fedicine, al servir de vehículo, mediante su base de datos, para el intercambio de información sensible para la competencia entre las empresas distribuidoras asociadas a Adican, Andice y Andicca, eliminando uno de los elementos más destacados de dicha competencia, es autora de una infracción prevista por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, que declara prohibidos y sancionables todos los acuerdos y prácticas concertadas que tengan por objeto o produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, precepto que es aplicable a los acuerdos y prácticas adoptados y desarrollados por asociaciones y órganos colegiados, conforme a muy reiterada doctrina jurisdiccional y de este Tribunal. Dicha restricción de la competencia se produce al intercambiar información determinante para la estrategia comercial de cualquier competidor (fechas previstas de estrenos, cifras de recaudación y asistencia por tipos de películas, cines, ciudades, etc) que facilita una actuación contraria a los principios de la libre competencia. En este sentido, es necesario afirmar que una muy elevada transparencia en un mercado, originada por intercambio entre competidores de datos estadísticos e informaciones clave para definir estrategias comerciales individuales, supone un obstáculo importante para el funcionamiento de la libre competencia.

Finalmente, aunque la Federación imputada y los distribuidores presentes en el expediente han señalado que la base de datos no superó la fase de pruebas y que no llegó a funcionar de una forma efectiva, lo cierto es que en las alegaciones de todos ellos se pone de relieve que la base funcionaba, aunque fuera en régimen de pruebas o provisional y que las distribuidoras reconocen que aportaban la información más arriba expresada y que podían acceder a todo el contenido de la base de datos mediante una clave que les proporcionaba Fedicine. Es igualmente destacable, en el mismo sentido, que en la descripción técnica de la base de datos y en la muestra de las diferentes hojas del fichero aportadas por Fedicine, se pone de relieve que la base de datos era operativa y que contenía la información concreta sobre las fechas de estreno previstas con varios meses de antelación por todos los distribuidores que operaban en España (fol. 1957 y ss).

Respecto a la relevancia del conocimiento previo de las fechas de los estrenos de los competidores, es muy importante destacar que, examinado el contenido de la página web del Ministerio de Cultura, recogido en el expediente y de libre acceso para cualquier persona, puede comprobarse que de las 25 películas que obtuvieron mayor recaudación en el año 2002, de las que 22 fueron distribuidas por las imputadas, sólo en dos ocasiones coincidieron sus estrenos el mismo día, correspondiendo una de estas coincidencias al estreno de una película de Warner y otra de una distribuidora no imputada en este expediente (21 de marzo de 2002) y la otra a una película infantil simultáneamente con otra para adultos (14 de febrero de 2002). De esta manera, resulta acreditada la utilización por las distribuidoras de la información compartida en la base de datos, que les facilitaba la alternancia en el estreno de sus películas, eliminando así un elemento esencial de la competencia en la distribución como es la posibilidad de coincidencia de dos grandes estrenos en un mismo día, a pesar incluso de que los grandes estrenos suelen concentrarse en determinadas épocas del año.

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.

QUINTO.- Frente a esta imputación, las cinco distribuidoras interesadas alegaron, básicamente, que las conclusiones del Servicio se basan en meros indicios, en los que no concurren los requisitos exigidos por este Tribunal para conceder valor a esta clase de pruebas; que la semejanza de las prácticas imputadas no tiene su origen en una concertación sino en las especiales características del mercado de la distribución cinematográfica y en los usos comerciales desarrollados por sus operadores durante décadas; y que los precios aplicados en sus contratos no son finalmente idénticos, ya que es muy frecuente renegociar con los exhibidores los contratos después de la exhibición, para adaptar los inicialmente pactados, que se basaban en meras expectativas de negocio, a los resultados reales de la explotación.

Frente a la primera alegación, conviene recordar la muy reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de que los requisitos y condiciones de la prueba de indicios pueden resumirse en dos: que parta de hechos plenamente probados y que la infracción se deduzca de esos hechos a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, detallado en la resolución sancionadora (por todas, STC 233/2005, 61/2005, 137/2005, 43/2003, 135/2003), criterios acogidos con igual reiteración por la Jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que, en relación con las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia ha declarado en sentencia de 6 de marzo de 2000, que “el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero 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, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; ... hay que resaltar -continúa la sentencia indicada- que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda”. Los criterios expresados son igualmente recogidos en la STS de 26 abril de 2005, también relativa a una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Para aplicar estos criterios al presente expediente, en el que la imputación de un acuerdo anticompetitivo a las cinco empresas distribuidoras imputadas no se basa en una prueba directamente demostrativa de su existencia, sino precisamente en la inferencia obtenida de los indicios constatados, hay que comenzar por examinar cuáles son esos indicios y su

naturaleza probatoria. Así, la similitud de las condiciones contractuales aplicadas por cada una de las distribuidoras se deriva de los contratos y de los modelos de contrato aportados al expediente por las mismas imputadas, así como por la parte denunciante, de los que resultan las identidades señaladas en el número 5 del apartado de Hechos Probados de esta Resolución, lo mismo que, no en menor medida, se acreditan dichas prácticas uniformes por el resultado de la prueba testifical más arriba descrita. Por otra parte, la existencia de un precio máximo comúnmente aplicado por las cinco imputadas a los exhibidores, formado por un porcentaje del 60 % sobre la recaudación de la primera o primeras semanas de exhibición, resulta de la información facilitada por las propias imputadas en los discos entregados al Servicio de Defensa de la Competencia. Dichos discos, aunque no contienen información de la totalidad de las películas estrenadas por cada una de las imputadas, sí incluyen los datos necesarios para comprobar que en todas ellas, como queda dicho, el límite máximo pactado con los exhibidores sobre el porcentaje de recaudación, es exactamente del 60%, extremo igualmente corroborado por la prueba testifical practicada en este Tribunal y por las muestras de contratos no confidenciales presentados por las imputadas y la denunciante. La información contenida en dichos discos, cuya confidencialidad fue levantada parcialmente por Auto de 28 de febrero de 2006, permite analizar el porcentaje de la recaudación en las películas que aparecen con mayores ingresos por taquilla, que coinciden casi absolutamente con los grandes estrenos.

SEXTO.- De estos indicios, debidamente acreditados por prueba directa, legítimamente obtenida y sometida a contradicción en el expediente, se obtiene necesariamente la consecuencia de que las coincidencias observadas son debidas a la existencia de una concertación entre las cinco distribuidoras imputadas, sin que pueda racionalmente atribuirse la similitud declarada, como pretenden éstas, a los usos y prácticas comerciales del sector, ni a la necesidad de formular contratos-tipo para hacer frente a los miles de operaciones de alquiler que anualmente corresponde realizar a cada una de aquéllas.

En efecto, ningún elemento de la estructura del negocio que haya podido ser comprobado por este Tribunal o invocado por las partes, permite establecer un límite máximo y uniforme de retribución por el alquiler de las películas, ya que éstas tienen costes de producción y de publicidad muy variables, incluso entre películas de similar categoría o de las que pueda preverse un similar atractivo para el público, lo que convierte a cada una de éstas en mercancías únicas y, tratándose de grandes estrenos, frecuentemente insustituibles. Tampoco las empresas distribuidoras tienen unos costes de explotación idénticos ni el resultado de la explotación de cada una de sus películas puede predecirse con seguridad. Por lo tanto, la

determinación de un precio máximo, cualquiera que sea su cuantía pero exactamente igual para todas las distribuidoras imputadas, precisamente las cinco primeras de España por número de películas y por cifras de recaudación, no puede deberse a la casualidad ni a una mera coincidencia, sino a una connivencia, sin olvidar que, conforme declaró el testigo Sr. de la Fuente, dicho porcentaje que se aplicaba siempre a los grandes estrenos, había venido aumentando en los años anteriores de manera uniforme. Sólo por acuerdo entre las imputadas puede llegarse a la coincidencia en que el precio máximo a aplicar por todas ellas durante varios años consecutivos (al menos desde 1998 hasta 2004, años a los que se contrae el expediente) sea un porcentaje del 60% de la recaudación obtenida por los exhibidores y en aplicar precisamente ese porcentaje máximo a casi la totalidad de las películas que finalmente resultaron ser las más taquilleras.

De la misma manera, la coincidencia muy amplia en el resto de las condiciones contenidas en los contratos y en los modelos de contratos aportados por las imputadas y la denunciante, utilizando sistemas muy similares, cuando no idénticos, de liquidación, semanal y a porcentaje de la recaudación al menos en los grandes estrenos, precio, plazo de cobro entre los 25 y los treinta días siguientes a la proyección semanal (práctica ya declarada prohibida por el Tribunal, según se señala en el Fundamento Cuarto), idéntico control de recaudación por medio de las hojas de taquilla, idéntico régimen para el pago y condiciones de la publicidad y promoción de las películas, selección de salas, tiempo de exhibición y entrega y devolución de copias, pone de relieve la existencia de un acuerdo entre las imputadas para homogeneizar sus políticas comerciales con los exhibidores. Si bien es cierto que no todas las cláusulas contractuales sobre las que se basan las identidades identificadas en el número cinco de los Hechos Probados tienen el mismo significado desde el punto de vista de la existencia de un acuerdo colusorio de los prohibidos por el artículo 1 LDC, la generalización de dichas identidades es un síntoma determinante de la existencia de dicho acuerdo.

Este Tribunal reconoce la lógica económica que subyace al interés de un distribuidor por la elección de una determinada sala para el estreno de su película o la de fijar un período mínimo de exhibición y, por tanto, que todas las distribuidoras imputadas incluyeran en sus contratos cláusulas de este tipo. Este idéntico interés en determinar una sala adecuada para los estrenos de las películas de cada distribuidora no supondría un problema para el funcionamiento competitivo del mercado siempre y cuando las distribuidoras compitieran entre sí, por ejemplo, eligiendo los mismos días para el estreno de sus películas previsiblemente más populares. Esta coincidencia de fechas en los estrenos provocaría que las distribuidoras compitieran entre sí al negociar con las exhibidoras para lograr las salas de mayor aforo. Sin embargo, esta competencia difícilmente se puede producir si, como se ha

puesto de manifiesto anteriormente, no existe coincidencia en las fechas de los estrenos de las películas más populares porque todas las imputadas conocen anticipadamente las fechas previstas por sus competidores permitiendo acomodar sus estrategias para evitar una competencia directa entre las películas más populares.

Por otro lado, la identidad relativa al carácter semanal de los períodos de liquidación de los ingresos que debe abonar el exhibidor a la distribuidora, la fijación de un plazo de pago en un baremo de 25 a 30 días, la obligación del exhibidor de abonar el pago pactado con la distribuidora antes de la retirada de la cinta de la película en aquellos casos contratados a tanto alzado, la obligación de los exhibidores de acudir a los locales de las distribuidoras para retirar las copias de las películas o el uso de idénticos métodos (las hojas de taquilla) para controlar las cifras de recaudación y asistencia, no tienen una explicación razonable en un entorno de pugna competitiva real entre las distribuidoras y, por tanto, dicha identidad, entendida conjuntamente con el resto de indicios señalados en los párrafos y fundamentos anteriores y en el marco de la transparencia de información sensible para la determinación de estrategias comerciales derivada de las bases de datos de Fedicine, sólo puede obedecer a una práctica prohibida por el artículo 1 LDC.

La identidad de una única cláusula contractual de las expresadas anteriormente es probable que no fuera suficiente para declarar la existencia de un acuerdo colusorio pero la amplia identidad que muestran los contratos que constan en el expediente en todas las cláusulas analizadas, unida a la homogeneidad en las cifras de ingresos negociadas con los exhibidores para la primera semana de los grandes estrenos y el intercambio de información sensible desplegado en el marco de Fedicine, no pueden explicarse razonablemente salvo por la existencia de un acuerdo colusorio entre todas las distribuidoras imputadas. Para ello no es necesario que exista una identidad absoluta de todos los elementos que marcan la relación comercial de dichas distribuidoras con los exhibidores sino basta con la constatación de la existencia de una homogeneidad muy extendida, en factores relevantes, que falsea el juego de la libre competencia.

En línea con lo anterior, conviene añadir a lo ya expresado una referencia a la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 26 de abril de 2005, que señala que la prueba de la actuación concertada de empresas contraria al artículo 1 de la Ley 16/1989 no exige necesariamente que dicha conducta sea coincidente o idéntica, sino que sea consecuencia de una colaboración o coordinación. En este caso, sí es idéntico el precio máximo que fijan las imputadas a los exhibidores y son idénticas muchas otras de las condiciones expresadas, pero en todo caso, la similitud de los contratos y de sus cláusulas y condiciones en general es

también demostrativa de la falta de voluntad de competir entre sí por parte de aquéllas.

Finalmente, nada demuestran las alegaciones de que las condiciones de los contratos y sus precios son meramente indicativas y tienen un carácter previo porque, por una parte, no existe en las actuaciones prueba fehaciente de que la renegociación de los contratos después de la exhibición constituya una práctica generalizada y, por otra parte, el hecho de que en ocasiones puedan renegociarse los contratos no enerva la uniformidad de las condiciones que son ofrecidas a los exhibidores, que deben someterse siempre a éstas –en todo caso éstas son innegociables en los grandes estrenos, señalan los testigos- sin perjuicio de que el distribuidor pueda luego eventualmente modificarlas sin estar contractualmente obligado a ello, por mera conveniencia o por liberalidad, lo cual también es operado de la misma o similar manera por todas las imputadas, según manifiestan.

SEPTIMO.- Aunque no existe constancia formal de la existencia de un acuerdo expreso o tácito entre las imputadas sobre los extremos indicados, la coincidencia en sus prácticas comerciales demostrada en el expediente no puede valorarse, conforme a las reglas de la lógica y la experiencia humana, más que como la consecuencia de una concertación entre las distribuidoras imputadas para eliminar los aspectos más sensibles de la competencia horizontal entre los cinco operadores más destacados del sector, que en 2002 representaron el 67 % del mercado español de la distribución cinematográfica, manteniéndose dicho porcentaje en cifras similares en las diferentes anualidades a que se contrae el expediente y, al mismo tiempo, llevando a cabo un reparto del segmento de mercado correspondiente a los grandes estrenos (en 2002 las 25 películas más taquilleras, de las que 20 correspondían a las imputadas, representaron el 50 % de la recaudación anual de todas las películas exhibidas en España ese mismo año, según fuentes oficiales del Ministerio de Cultura) al evitar competir en la libre elección de las fechas de estreno, en los precios fijados a los exhibidores para esos mismos estrenos y, en consecuencia, en la previsible lucha para obtener las mejores salas de exhibición, que se produciría de competir en los anteriores elementos. La ausencia de prueba sobre los aspectos formales del acuerdo expresado no implica en modo alguno su inexistencia, ya sea en forma expresa, ya tácita, teniendo en cuenta que para este caso, como señaló el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Sentencia de 14 de julio de 1972, tales prácticas concertadas constituyen “una forma de coordinación entre empresas que, sin llegar a ser un convenio propiamente dicho, sustituye a sabiendas los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas”.

OCTAVO.- Las prácticas atribuidas a las cinco distribuidoras imputadas constituyen una conducta de extrema gravedad en el ámbito de la defensa de

la competencia, ya que se trata de una concertación horizontal entre empresas directamente competidoras entre sí que, como queda dicho, representan conjuntamente una cuota superior a las dos terceras partes del mercado español de la distribución cinematográfica. Mediante las prácticas concertadas las imputadas extraen beneficios extraordinarios que no podrían obtener en un entorno competitivo real. Por ejemplo, en ausencia de acuerdo concertado y ante la posibilidad de coincidencias en las fechas de estreno de las películas más populares, las distribuidoras podrían competir entre sí para lograr las salas de mayor aforo para el estreno de sus respectivas películas ofreciendo a los exhibidores mejores condiciones comerciales de las que constan en los contratos y el resto de la información aportada al expediente, en particular, mayores porcentajes de los ingresos de recaudación de dichas películas, sobre todo, durante la primera semana de exhibición, flexibilidad en las semanas de exhibición de la película, o plazos de pago o condiciones de entrega de material más beneficiosas. Los efectos de este acuerdo concertado no se limitan a dificultar el acceso al mercado a las demás distribuidoras y a los exhibidores sino que podrían extenderse igualmente al consumidor final. En la medida que los exhibidores se ven afectados negativamente por las condiciones comerciales negociadas con las distribuidoras de acuerdo entre sí, se ven limitados en sus posibilidades de ofrecer mejores servicios o precios al cliente que acude a la sala de cine a ver una película.

La asimetría en el poder de negociación entre las distribuidoras imputadas en este expediente y los exhibidores se produciría probablemente aún en el caso de que aquéllas no negociaran de forma acordada, tácita o expresamente, dada la cuota individual de la que disfrutaban en el mercado y, sobre todo, la diferencia de la dimensión del negocio de unos y otros. Mientras las distribuidoras, integradas verticalmente con las productoras estadounidenses de las películas más populares, explotan comercialmente éstas a nivel mundial, los exhibidores centran su negocio en una dimensión local que, en el caso de las grandes cadenas, podría extenderse como máximo a una dimensión nacional. Esta asimetría provoca que mientras una productora, a través su distribuidora filial española, puede prescindir de un determinado exhibidor o exhibidores a la hora de comercializar sus películas en España, este mismo exhibidor o exhibidores difícilmente podrán mantenerse en el mercado sin contar con las películas de las distribuidoras imputadas.

Esta asimetría, inherente a la naturaleza de los oferentes y demandantes de este mercado, se ve, sin embargo, gravemente acentuada en un caso como el actual en el que los oferentes (las distribuidoras) actúan de forma concertada, derivando de ello un perjuicio grave al funcionamiento

de la libre competencia cuyos efectos no se limitan a los exhibidores sino que se extienden igualmente al consumidor final.

NOVENO.- En cuanto a la sanción correspondiente a Fedicine por la infracción que se le imputa, de creación de una base de datos a través de la cual los distribuidores compartían información sensible para la competencia, y por consensuarse en su seno por todos los distribuidores que operan en el mercado español, sin previa autorización, un modelo único de hoja de taquilla para controlar la recaudación de todos los exhibidores, teniendo en cuenta que Fedicine es una federación de asociaciones de distribuidores y que no realiza por sí misma actividades mercantiles relevantes desde el punto de vista económico, no partiremos de una cifra de negocios determinada para fijar la sanción correspondiente. Por ello, teniendo en cuenta la importancia de algunos de los datos compartidos en el seno de la citada base de datos, alguno tan esencial para eludir la libre competencia como la de las fechas previsibles para estrenos futuros con más de un año de anticipación o las cifras desagregadas de recaudación por películas, semana de exhibición y salas, los efectos producidos, que son ciertos en cuanto queda demostrado que las distribuidoras aportaban esos datos sensibles (fol. 1992 a 1994, entre otros) y que podían compartirlos mediante el acceso restringido a la base de datos a través de una clave suministrada por Fedicine, la duración de la conducta, desde la creación de la base de datos en 1999 hasta, al menos el año 2004, del que figuran las fechas previstas de estrenos en el expediente (muestra aportada por Fedicine) y la dimensión del mercado afectado, que es el de la distribución de películas cinematográficas en todo el territorio nacional, parece oportuno fijar en la cantidad de 900.000 euros la sanción a imponer, además de la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución, por los efectos ejemplares que pueda producir en los mercados.

DECIMO.- Respecto a la sanción correspondiente al acuerdo anticompetitivo imputado a las cinco empresas distribuidoras, partiendo también de los elementos de determinación suministrados por el artículo 10 de la Ley 16/1989, es preciso tener en cuenta las peculiaridades específicas del mercado de la distribución cinematográfica, en el que el volumen de ventas anuales de una empresa del sector no es una constante derivada de un régimen regular de explotación, sino que tiene unos márgenes de oscilación variables cada año en razón de las películas, especialmente de los grandes estrenos, de que cada distribuidora haya podido disponer en esa anualidad. Por eso, examinando las cuotas de mercado de anualidades sucesivas podemos observar cómo en todas ellas desde al menos 2001 y con la sola excepción ese mismo año de una distribuidora no imputada que ocupó el cuarto lugar, las cinco distribuidoras imputadas en este expediente han ocupado las cinco primeras posiciones en las clasificaciones oficiales por mayor recaudación (fol. 2702 y ss), aunque alterándose en todas las

ocasiones el orden de su clasificación. Por ello no se considera oportuno imponer a cada una de las imputadas una sanción pecuniaria en base al volumen de ventas individual correspondiente a la anualidad inmediatamente anterior a la resolución, como sugiere el artículo 10 citado, ya que ese criterio perjudicaría al operador que ha obtenido una mejor recaudación durante esa anualidad en beneficio de los que la han obtenido en otras anteriores, generándose una indeseable falta de equidad en la determinación de las sanciones. Por ello parece preferible, por más objetivo y más equitativo, el procedimiento de sumar la recaudación conjunta de las cinco imputadas durante la última anualidad y repartir por partes iguales la cantidad resultante entre ellas, imponiendo así una sanción equivalente a operadores potencialmente equivalentes que han actuado coordinadamente de igual forma. En este caso, según fuentes del Ministerio de Cultura, la recaudación obtenida por la exhibición en salas de cine de las películas de las cinco imputadas ha sumado la cifra de 434.670.000 euros en el año 2005, siendo muy superior la cifra de negocios que resultaría de agregar a esos ingresos el volumen de ventas correspondiente a otras actividades desarrolladas por estas compañías, como la venta de derechos para exhibición de sus películas en las distintas ventanas de televisión o la venta de copias en DVD y vídeo de esas mismas películas.

Partiendo de este dato, es preciso destacar que 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 a 2/3, del mercado de la distribución cinematográfica, produciendo el pernicioso efecto de eliminar completamente toda posibilidad de competencia entre ellas en el segmento más destacado de su explotación, el de los grandes estrenos, con efectos verticales al limitar las posibilidades de competencia entre exhibidores e impidiendo trasladar a los consumidores los efectos finales de una competencia efectiva en el sector. Estos efectos son más graves si se tiene en cuenta que la conducta sancionada acentúa aún más la situación de asimetría original entre distribuidores y exhibidores que, ya por sí misma limita la capacidad de negociación de estos últimos. Todo ello es aplicable a la totalidad del mercado nacional y con efectos, al menos, desde el año 1978, dato consignado por el Servicio en su Pliego de Concreción de Hechos y consentido y no discutido por las imputadas, hasta la fecha del mismo Pliego, cuanto menos, en octubre de 2004. Por todo ello, parece oportuno aplicar, dentro del margen concedido por el tan citado artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia, que permite graduar la sanción hasta un máximo del 10 por ciento del volumen de ventas de las empresas sancionadas, y con especial atención a la dimensión del mercado realmente afectado (art. 10.2 b) una sanción de dos millones cuatrocientos mil euros para cada una de las empresas sancionadas.

Por todo ello, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha resuelto

PRIMERO.- Declarar que la Federación de Distribuidores Cinematográficos (Fedicine) es responsable de una infracción sancionada por el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, por crear y mantener una base de datos mediante la cual las empresas distribuidoras intercambiaban datos estratégicos sensibles para su competencia.

SEGUNDO.- Declarar que las empresas The Walt Disney Company Iberia/Buenavista International Spain, Sony Pictures Releasing de España S.A. (anteriormente denominada Columbia Tristar Films de España S.A.), Hispano Foxfilm S.A.E., United International Pictures S.L. y Warner Sogefilms A.I.E. (en liquidación), han cometido una infracción contraria al artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, por haberse concertado para uniformizar sus políticas comerciales, repartiéndose una parte sustancial del mercado español de la distribución cinematográfica.

TERCERO.- Imponer a Fedicine una multa de 900.000 euros.

CUARTO.- Imponer a cada una de las empresas The Walt Disney Company Iberia/Buenavista International Spain, Sony Pictures Releasing de España S.A. (anteriormente denominada Columbia Tristar Films de España S.A.), Hispano Foxfilm S.A.E., United International Pictures S.L. y Warner Sogefilms A.I.E. (en liquidación) una multa de 2.400.000 euros.

QUINTO.- Intimar a todas las entidades sancionadas para que se abstengan en lo sucesivo de realizar las prácticas declaradas.

SEXTO.- Ordenar a todas las entidades sancionadas la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de economía de dos de los diarios de información general de entre los cinco de mayor difusión en el ámbito nacional.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.