

RESOLUCIÓN

(Expte. VS/0273/10 INFORMADORES GRAFICOS DE PRENSA); UNIÓN DE PROFESSIONALS DE LA IMATGE I LA FOTOGRAFÍA DE CATALUNYA SINDICAT DE LA IMATGE (UPIFC)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 29 de abril de 2015.

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/0273/10 INFORMADORES GRAFICOS DE PRENSA, cuyo objeto es la vigilancia de la Resolución del Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) de 30 de Mayo de 2012 (Expediente S/0273/10 INFORMADORES GRAFICOS DE PRENSA).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 30 de Mayo de 2011, en el expediente S/0192/09 de referencia, el Consejo de la extinta CNC acordó:

“PRIMERO.- Declarar acreditada la existencia de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, consistente en llegar a un acuerdo para recomendar la aplicación de un tarifario de precios mínimos y otras condiciones de comercialización de los servicios técnicos y profesionales prestados por los informadores gráficos a medios de comunicación, a la industria audiovisual y a consumidores particulares.

SEGUNDO.- Declarar responsable de dicha infracción a la Asociación Nacional de Informadores Gráficos de Prensa y Televisión (ANIGP-TV) y a la Unió de

Professionals de la Imatge i la Fotografia de Catalunya Sindicat de la Imatge (UPIFC SINDICAT DE LA IMATGE).

TERCERO.- *Imponer a la Asociación Nacional de Informadores Gráficos de Prensa y Televisión (ANIGP-TV) una sanción de 61.403 euros, y a la Unió de Professionals de la Imatge i la Fotografia de Catalunya Sindicat de la Imatge (UPIFC SINDICAT DE LA IMATGE) una sanción de 39.321 euros.*

CUARTO.- *Imponer a la Asociación Nacional de Informadores Gráficos de Prensa y Televisión (ANIGP-TV) y la Unió de Professionals de la Imatge i la Fotografia de Catalunya Sindicat de la Imatge (UPIFC SINDICAT DE LA IMATGE) la obligación de remitir a todos sus asociados una comunicación en la que se recoja el contenido de esta Resolución, y a que incluyan el texto de la misma en sus páginas web de forma visible durante un año.*

QUINTO.- *Intimar a la Asociación Nacional de Informadores Gráficos de Prensa y Televisión (ANIGP-TV) y a la Unió de Professionals de la Imatge i la Fotografia de Catalunya Sindicat de la Imatge (UPIFC SINDICAT DE LA IMATGE) al cese de las conductas sancionadas.*

SEXTO.- *Instar a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.”*

2. Con fecha 31 de Mayo de 2012, le fue notificada a UPIFC la citada resolución contra la que interpuso recurso Contencioso Administrativo.
3. Por Sentencia de 25 de Abril de 2014, firme por Oficio de 27 de mayo de 2014, la Audiencia Nacional estimó parcialmente el recurso interpuesto contra la Resolución de 30 de mayo de 2012 y anula la resolución recurrida “a fin de que la CNMC establezca una nueva sanción en forma acorde con lo dispuesto en el FJ 4 de esta Sentencia”.

En dicho Fundamento en concreto la Audiencia Nacional razona lo siguiente:

“CUARTO: Resta por analizar la cuestión relativa al cálculo de la sanción, atendidas las circunstancias del caso concreto. La primera observación que debe realizarse, de acuerdo con el planteamiento de la propia CNC, es la de que los operadores asociados al sindicato son personas físicas, por lo general trabajadores autónomos dependientes, y además que no ha resultado acreditada una real capacidad de las entidades imputadas para imponer la conducta anticompetitiva a las empresas de comunicación y de la industria audiovisual, extremos que necesariamente deberán reflejarse en la fijación de la cuantía de la sanción.

Es en este punto, precisión del concepto “volumen de negocio de sus miembros” a que se refiere el artículo 63.1 LDC cuando se trata de fijar el límite máximo de una sanción a una asociación, en el que mostramos nuestro acuerdo con la recurrente, al tiempo que disentimos del criterio seguido por la CNC.

La realidad de las actuaciones muestra, por una parte, la imposibilidad manifestada de la recurrente de aportar la cifra de negocio de cada uno de sus afiliados, dado que se trata de una información que no está a su disposición, pues sus afiliados son trabajadores autónomos. Por otra, que ante esta respuesta de la recurrente, no resulta razonable, atendidas las circunstancias del caso, la aplicación del artículo 63.3 de la LDC que llevaría a imponerle una multa mínima de 10 millones de euros, posibilidad que la propia

CNC descarta.

Así las cosas, constatamos que la CNC ha calculado la sanción partiendo de datos que, en realidad, no guardan relación con la actividad de la recurrente. La CNC, ha utilizado, sin análisis crítico, el Código de clasificación de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas, CNAE, del año 2009, contando como volumen de negocio los 787.388,00 € del subsector “actividad de fotografía”, imputando a los 1140 asociados de las dos sociedades imputadas, un negocio global de 50.362.920 €, que permite atribuir una media de 44.178 € a cada profesional de la fotografía.

Las cifras referidas y empleadas por la CNC, ante la imposibilidad de obtener datos proporcionados por la recurrente, se refieren globalmente a todas las empresas que contratan los servicios de los profesionales de la fotografía y están referidas a la totalidad de sus actividades, por lo que no reflejan, como acertadamente subrayó la recurrente, el dato más limitado del valor del concreto negocio que se le atribuye.

En la misma estadística, subraya la recurrente, los gastos de retribución de personal de las referidas empresas, teniendo en cuenta todas las actividades que desarrollan dentro del subsector, que no identifican con las más limitadas desarrolladas por los afiliados de la recurrente y que han sido descritas en el punto 22 de la declaración de Hechos probados de la resolución recurrida, en términos que asumimos, asciende a 182.661 €. Esta cantidad, supone una notable diferencia sobre el volumen de negocio que la CNC ha tomado en consideración y aún así, no refleja ni siquiera en términos globalmente admisibles, las cuotas de mercado o volumen de negocio que pudiera atribuirse al Sindicato recurrente o a sus afiliados.

Así las cosas, la Sala constata la imposibilidad de pronunciarnos sobre la adecuación de la multa, al no contar con los elementos fácticos necesarios para ello.

En estas circunstancias, debemos estimar en parte el recurso y anular la resolución impugnada, a fin de que la CNMC realice el cálculo correspondiente de la sanción sobre las bases legalmente establecidas en los términos expuestos en esta Sentencia, es decir, tomando en cuenta los datos económicos de la entidad recurrente o de sus afiliados, teniendo en cuenta la real actividad por ellos realizada.”

4. A la vista de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de abril de 2014, mediante escrito de 11 de junio de 2014, se solicitó a UPIFC que confirmara el número de asociados trabajadores por cuenta ajena y su estimación sobre el volumen de negocios para los años 2009 y 2010 de los mismos, teniendo en cuenta la actividad real realizada, así como el volumen de ingresos del sindicato para el ejercicio 2009 y 2010 desde octubre de 2009 a octubre de 2010.
5. Con fecha 27 de enero de 2015, la Dirección de Competencia, elaboró el Informe Parcial de Vigilancia relativo al expediente VS/0273/10 INFORMADORES GRÁFICOS DE PRENSA, para el cálculo de la sanción a UPIFC, en ejecución de sentencia de 25 de abril de 2014 (vigilancia de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de 30 de mayo de 2012, expediente S/0273/10, INFORMADORES GRÁFICOS DE PRENSA).
6. Es interesado:
 - UNIÓ DE PROFESSIONALS DE LA IMATGE I LA FOTOGRAFIA DE CATALUNYA SINDICAT DE LA IMATGE (UPIFC).

7. El Consejo en Sala de Competencia deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 29 de abril de 2015.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley, *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”* y *“las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia se entenderán realizadas a las Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 y el artículo 14.1. a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO.- 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.

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de abril de 2014, que estima parcialmente el recurso contra la Resolución de 30 de Mayo de 2012, es firme y definitiva.

La Audiencia Nacional, tras llegar a la conclusión de que la práctica sancionada por la CNC (difusión en la página web de la UPIFC, de acuerdo con una organización similar de operativa nacional, de un tarifario en el que se establecía una recomendación de precios mínimos que debían respetar los profesionales afiliados a ambos sindicatos) es una conducta subsumible en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) que debe ser sancionada, estima en parte el recurso y anula la resolución impugnada, a fin de que la CNMC realice el cálculo correspondiente de la sanción tomando en cuenta los datos económicos de la UPIFC o de sus afiliados, teniendo en cuenta la real actividad por ellos realizada.

La ejecución de la referida sentencia firme de la Audiencia Nacional se lleva a cabo en sus justos términos, de conformidad con lo ordenado por el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Estima este Consejo que no cabe en esta fase introducir variaciones que pudieran resultar de jurisprudencia posterior (en particular, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 y otras dictadas con posterioridad), ya

fueran estas favorables o desfavorables para la empresa sancionada.

TERCERO.- A la hora de calcular el importe de la sanción habrá que tenerse en cuenta los mismos criterios que se tuvieron en cuenta en la Resolución 30 de Mayo de 2012, pero como ordena la Audiencia Nacional, referidos a los datos económicos de la UPIFC o de sus afiliados, teniendo en cuenta la real actividad por ellos realizada.

Tal y como se desprende de la Resolución, el extinto Consejo de la CNC tuvo en cuenta, para imponer la sanción:

- Que *“en tanto que ha sido adoptada por dos entes que asocian a competidores, constituye formalmente una infracción muy grave de acuerdo con el artículo 62.4.a) de la LDC, que puede ser sancionada con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c) de la LDC), que siendo en este caso entes asociativos se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros (art. 63.1 párrafo 2º de la LDC).”*
- Que *“El artículo 64.1 de la LDC establece una lista abierta de los criterios que se deben tener en cuenta en la fijación de la sanción, siendo el primero de ellos la dimensión y características del mercado afectado por la infracción. A este respecto la Dirección de Investigación considera como mercado relevante y afectado el mercado nacional de prestación de servicios técnicos y profesionales de la imagen a medios de comunicación, a la industria audiovisual y a consumidores finales. Un mercado que, a los efectos de este expediente, se caracteriza principalmente por estar altamente atomizado e incluir diversas actividades”*.
- Que tras la instrucción realizada por la antigua Dirección de Investigación para determinar el alcance de la infracción finalmente sancionada *“se puede concluir que el efecto directo de las conductas analizadas es reducido. Por un lado, no se ha podido constatar que ANIGP-TV o UPIFC SINDICAT DE LA IMATGE presenten una posición reconocida frente a los operadores consultados, careciendo de importancia significativa ante los mismos. En este sentido, el número de afiliados a estas asociaciones es relativamente reducido: ANIGP-TV 634 (folio 103) y UPIFC SINDICAT DE LA IMATGE 400 (folio 109) o 406 (folios 578 a 600). Por otro lado, tampoco se ha podido contrastar la aplicación efectiva y rigurosa de los acuerdos y tarifarios mínimos considerados, como su envío a los editores consultados, que no han apreciado homogenización alguna en los honorarios solicitados por los servicios prestados por los informadores gráficos. En cuanto a la aplicación de las conductas contempladas a nivel detallista, esto es, en la actividad desarrollada por los profesionales de la imagen hacia particulares, la atomización del sector y la ausencia de datos, impiden acreditar y hacer una cuantificación de los efectos de la conducta analizada sobre el mercado.*

- Que en relación a la duración de la infracción *“la Dirección de Investigación considera que se inició con el acuerdo implícito de 2009 (entre el 15 de octubre y el 1 de noviembre de 2009) y finaliza con la retirada de los tarifarios de las páginas web correspondientes (ANIGP-TV el 28 de febrero de 2011, y UPIFC SINDICAT DE LA IMATGE el 10 de octubre de 2010). No obstante, se señala que dadas las peculiaridades de internet y la facilidad de la información para propagarse y expandirse por ella sin control de los autores originales, las recomendaciones de ANIGP-TV y UPIFC SINDICAT DE LA IMATGE, a pesar de haber sido retiradas por ellas de sus webs, continúan disponibles en otros sitios webs y foros”.*
- Que las *“circunstancias descritas (naturaleza, contenido y exhaustividad de la conducta, medios de difusión y recomendación utilizados, ámbito de los clientes a los que va dirigida, y duración) conducen al Consejo a considerar que la conducta reviste una especial gravedad, merecedora de ser sancionada con una multa relativamente elevada”* aunque a la vez reconoce que *“no puede dejar de tener en cuenta la naturaleza de los operadores asociados en las entidades imputadas (personas físicas que son profesionales autónomos dependientes en su mayoría) y la acreditada falta de capacidad de las entidades imputadas de imponer la conducta anticompetitiva a las empresas de comunicación y de la industria audiovisual”.*
- Que ni la Dirección de Investigación ni el Consejo consideraron que concurriera ninguna circunstancia agravante ni atenuante. En concreto, el Consejo consideró que no concurría *“para ninguna de las imputadas la atenuante relativa a “la realización efectiva de actuaciones que ponga fin a la infracción” del artículo 64.3.a) de la LDC. ... En cuanto a la concurrencia de la atenuante de colaboración activa y efectiva (art. 64.3.c) de la LDC) alegada por UPIFC SINDICAT DE LA IMATGE, el Consejo observa que la colaboración de esta imputada no ha ido más allá del deber general de colaboración e información que impone a toda persona el artículo 39 de la LDC.”*

De acuerdo con lo anterior, a la vista de la información obtenida en el marco del presente expediente de vigilancia y de las manifestaciones de la Audiencia Nacional en su Sentencia de 25 de abril de 2014, así como del informe elevado por la Dirección de Competencia, la Sala considera que a la hora de ejecutar la Sentencia de la Audiencia Nacional e imponer la nueva sanción a la UPIFC, esa Sala de Competencia deberá considerar:

- Que se trata de una infracción muy grave que puede ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios en el año anterior al de la imposición de la sanción, en este caso del 2010.
- Que tratándose de un ente asociativo, a la hora de calcular la multa:
 - a) de acuerdo con el artículo 63.1 de la LDC se podrá tener en cuenta el volumen de negocio de sus afiliados, teniendo presente, como dice la Audiencia, que se trata de personas físicas, la mayoría trabajadores

autónomos dependientes, sólo 19 de los 406 sindicados han ejercido como autónomos independientes, un 4,67%, y que teniendo en cuenta la actividad realmente realizada respecto de las actividades a que hace referencia el tarifario y que han sido recogidas en el apartado 22 de los hechos acreditados, en el periodo en el que duró la infracción durante 2010 asciende a 205.206,97 €.

b) O, como admite la Audiencia Nacional, se podrá calcular sobre los datos económicos de la recurrente, UPIFC, y que según sus estimaciones ascienden en 2010 a 48.864 €.

- Que la representatividad de la UPIFC es escasa dado el reducido número de afiliados (406) respecto del total del mercado.
- Que no ha resultado acreditada una real capacidad de la UPIFC para imponer la conducta anticompetitiva a las empresas de comunicación y de la industria audiovisual y que tampoco se ha podido contrastar la aplicación efectiva de la conducta sobre los particulares y por tanto determinar los efectos de ésta sobre el mercado.
- Que la duración de la infracción se limitó al período de tiempo comprendido entre el 15 de octubre de 2009 y el 10 de octubre de 2010.
- Que no se ha considerado la existencia de agravantes ni atenuantes.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo en Sala de Competencia

HA RESUELTO

UNICO.- Imponer a UPIFC, en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de Abril de 2014, y en sustitución de la inicialmente impuesta en la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de Mayo de 2012 (Expte. S/0273/10 INFORMADORES GRÁFICOS DE PRENSA), la multa de 4.800 euros.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a las partes interesadas, 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.