

RESOLUCIÓN (Expte. R 652/05, Empresarios de Cine)

Pleno

Excmos. Sres.:

D. Gonzalo Solana González, Presidente
D. Antonio del Cacho Frago, Vicepresidente
D. Antonio Castañeda Boniche, Vocal
D. Julio Pascual y Vicente, Vocal
D. Miguel Comenge Puig, Vocal
D. Javier Huerta Trolèz, Vocal
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal

Madrid, 11 de julio de 2005

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC, el Tribunal), integrado por los señores expresados al margen y siendo Ponente el Sr. Conde Fernández-Oliva, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 652/05 (2477/03 del Servicio de Defensa de la Competencia, SDC, el Servicio), de recurso interpuesto por D. José Soriano García en representación de la Federación de Entidades de Empresarios de Cine de España (FEECE) contra el Acuerdo de Sobreseimiento Parcial dictado por la Dirección General de Defensa de la Competencia de 25 de abril de 2005 en relación a las actuaciones de la Asociación Nacional de Distribuidores e Importadores Cinematográficos de Ámbito Nacional (ADICAN).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 6 de febrero de 2003 tuvo entrada en el SDC escrito de denuncia contra una serie de distribuidoras cinematográficas, así como contra ADICAN y contra los directivos D. Ernesto Victoria y D. Enrique Requena (ambos de COLUMBIA TRISTAR FILMS DE ESPAÑA), y D. Luís Merino (de WARNER SOGEFILMS) por supuestas conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia (LDC). La denuncia en el caso de ADICAN consistía en haber servido de foro para el intercambio de información sobre el mercado cinematográfico entre sus asociados, facilitando así el acuerdo en las condiciones exigidas por las distribuidoras denunciadas a los exhibidores; en el caso de D. Ernesto Victoria y D. Enrique Requena por haber negado el suministro y prohibido la aplicación de descuentos a los exhibidores, y en el de D. Luis Merino por haber negado promociones a los exhibidores.

Recibida la denuncia, el Servicio acordó la práctica de una información reservada con objeto de determinar la existencia de indicios racionales de prácticas restrictivas, tras la cual, el 22 de septiembre de 2003, el Director General de Defensa de la Competencia acordó la admisión a trámite de la denuncia y la incoación de expediente sancionador contra los denunciados.

2. Contra la Providencia de incoación de expediente y actos de instrucción posteriores se presentaron diversas alegaciones. En lo que se refiere a los afectados por el sobreseimiento parcial sólo se recogen las relativas a ADICAN, dado que el recurrente no mantiene la acusación contra los directivos.

Las distribuidoras que pertenecen a esta Asociación, según consta en los folios 5865 y 5866, “niegan la existencia de pruebas que acrediten que Adican ha facilitado conductas anticompetitivas. Por su parte, la propia Adican alega que la denuncia tiene una definición incorrecta e intencionadamente incompleta del mercado de referencia; desconoce la realidad económica de la distribución de películas, un negocio altamente arriesgado, con costes fijos muy altos y fuerte intervención pública. Además, se denuncia la existencia de posición de dominio conjunta sin que se cumpla ninguno de los requisitos exigidos por la jurisprudencia.

En cuanto a la hoja de taquilla a la que hace referencia la denuncia, para Adican es un mecanismo de control que sirve a los intereses de la administración, de los titulares de derechos de propiedad y de las distribuidoras. Incluso la legislación ampara a los distribuidores para exigir el envío de la información contenida en la hoja de taquilla.

Respecto a la base de datos, Adican indica que no es ella, sino Fedicine, quien la gestiona y que se trata de una base de datos que no estaba operativa y que, incluso si lo estuviera, no habría tenido por objeto o efecto el intercambio de información entre distribuidoras para facilitar su coordinación. Adican se limita a elaborar el informe “Top 20” que recoge las veinte películas más taquilleras y al que tiene acceso cualquiera que lo solicite (por ejemplo, periódicos y revistas)...”.

3. El 13 de noviembre de 2003 el Servicio solicitó diversa información sobre las relaciones que tienen las distribuidoras con ADICAN y con la Federación de Distribuidores Cinematográficos (FEDICINE) y sobre la página web de esta Federación. Por otra parte, a ADICAN se le solicitó información sobre su relación con FEDICINE y con las distribuidoras

denunciadas. Las respuestas de ADICAN figuran en los folios 1749 a 1853, y las de FEDICINE en los folios 2125 a 2237.

4. A la vista de la información de la base de datos sobre recaudación y estreno que gestionaba FEDICINE, el SDC acordó en abril de 2004 la ampliación de la incoación a esta entidad.
5. El 24 de mayo de 2004 tuvieron entrada en el SDC las alegaciones de FEDICINE al acuerdo de incoación (folios 2806 a 2837).
6. El 15 de octubre de 2004 se formuló el Pliego de Concreción de Hechos contra las distribuidoras denunciadas y FEDICINE, a la vez que se proponía el sobreseimiento parcial de ADICAN y de los directivos denunciados.

Dentro de los hechos acreditados del Pliego de Concreción de Hechos, entre otros aspectos, el SDC analiza la estructura del mercado cinematográfico y la distribución cinematográfica en España.

Respecto a ADICAN (folio 5927 y 5928) señala que se constituyó en el año 1977 bajo la forma jurídica de asociación sindical y que pueden pertenecer a ella las empresas que se dediquen a la importación y/o distribución de películas cinematográficas, siendo miembros de la misma BV (THE WALT DISNEY COMPANY IBERIA/BUENA VISTA INTERNATIONAL SPAIN), CTFE (COLUMBIA TRISTAR FILMS DE ESPAÑA), HISPANO FOXFILM, UIP (UNITED INTERNATIONAL PICTURES y WARNER BROS. ADICAN forma parte de FEDICINE junto con ANDICE (ASOCIACIÓN NACIONAL DE DISTRIBUIDORES E IMPORTADORES CINEMATOGRAFICOS ESPAÑOLES) y ANDICCA (ASOCIACIÓN NACIONAL DE DISTRIBUIDORES E IMPORTADORES CINEMATOGRAFICOS DE CATALUÑA). Su órgano básico de gobierno es la Asamblea General en la que están todos los miembros de la Asociación (cada uno de los cuales tiene un voto tomándose las decisiones por mayoría simple) y suele reunirse con carácter extraordinario (desde el año 2001 hasta mediados de 2003 se reunió en seis ocasiones y sólo en dos de ellas se trataron asuntos referidos a los exhibidores).

La principal actividad de ADICAN consiste en defender los intereses sectoriales, y además elabora informes sobre recaudación y estrenos de películas distribuidas por sus miembros, los cuales se venden a los medios de comunicación que lo soliciten.

FEDICINE (folios 5928 a 5930) está integrada por ADICAN, ANDICE y ANDICCA y es una asociación profesional cuyo órgano de gobierno en la práctica es la Asamblea General compuesta por representantes de las tres asociaciones que la integran. Dispone de una base de datos que recoge información sobre recaudación, número de espectadores y estrenos previstos y que se alimenta a partir de la información suministrada por las distribuidoras, estando el acceso restringido a sus asociados a través de una clave. A partir de la información aportada por ADICAN elabora semanalmente dos informes en formato papel (“Top 20”, que recoge las 20 películas con mayor recaudación y “Projected Schedule”, con información sobre las previsiones de estrenos) que se envían a quien los solicite.

7. Formulada propuesta de sobreseimiento parcial por el SDC, FEECE alega en contra, en lo que se refiere a ADICAN, que ésta *“sigue actuando de la misma forma que llevó a que fuera sancionada por el Tribunal en 1990. Los intercambios de información detectados por el Servicio en relación con Fedicine no se comprenden sin la actuación de Adican, que es una “organización pantalla” (basta comprobar que tiene la misma dirección postal que Fedicine). Carece de sentido que Fedicine sea acusada mientras que Adican, su motor, ya condenada con anterioridad es eximida”* (folio 5887).
8. Respecto a las alegaciones de FEECE a la propuesta de sobreseimiento, el SDC estima *“que ya se encuentran recogidas en la denuncia y no dicen nada nuevo. Además Feece no ha aportado ninguna prueba o argumento que justifique sus manifestaciones, ni en este momento ni a lo largo del procedimiento... En cuanto a Adican, no ha quedado acreditado que continúe realizando prácticas restrictivas tras la sanción que le impuso el Tribunal. Es una asociación que forma parte de Fedicine (por lo que no es extraño que tengan la misma dirección postal), pero no se ha probado que sea su motor o una “organización pantalla”* (folio 5888).
9. El 25 de abril de 2005, la Dirección General de Defensa de la Competencia adoptó Acuerdo de sobreseimiento parcial del expediente en relación a ADICAN y a los directivos denunciados.
10. El 19 abril de 2005, se recibe en el Tribunal recurso contra el sobreseimiento parcial acordado. En síntesis, expone lo siguiente:

Primero. Carácter general de este escrito.

Realiza consideraciones generales sobre el expediente.

Segundo. En relación con el sobreseimiento de ADICAN.

“Con pleno respeto al Servicio, sí creemos que peca de ingenuidad... Pretender que una organización por el hecho de pertenecer a otra Asociación, tienen la misma dirección postal, es simplemente desconocer la realidad de los cientos de federaciones y confederaciones de segundo grado, que cuando son realmente tales, tienen su propia sede y organización. Lo cual, exactamente, se sitúa en las antípodas de las relaciones de Fedicine y Adican. Es más, de prosperar la tesis del SDC, lo que se estaría abonando es una estratagema para burlar las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia mediante el elemental procedimiento de crear una organización superpuesta que sea títere de la anteriormente condenada. Y si ya resulta difícil ejecutar las sanciones contra las Asociaciones, si encima se les otorga el beneficio de que –sin organización alguna, con idéntico domicilio postal, etc.- van a poder desairar las Resoluciones del TDC, resultará que sería el propio Servicio el que estaría indicando el camino para ello.”

- a) *ADICAN fue sancionada por Resolución del TDC de 2 de marzo de 1990 y “su forma de actuar continúa siendo igual y por ende la coloca en la posición reincidente”.*
- b) *No es posible que FEDICINE “actúe sin constituir al final un instrumento en manos de ADICAN. Y los intercambios de información perfectamente detectados por el SDC en relación con FEDICINE, no se comprenden sin la actuación de la contumaz ADICAN, quien es la organización de fondo tal como por demás demuestra perfectamente el propio PCH cuando establece la forma de relacionarse ADICAN con FEDICINE a la hora de elaborar la información (Pág. 6 del PCH). ADICAN reúne en su seno precisamente a las grandes distribuidoras. Así lo recuerda en el propio escrito de defensa FEDICINE, (Pág. 1923 del expediente)...”.*
- c) *“Su carácter reincidente... unida a la inescindibilidad entre estas dos Asociaciones, el papel de los distintos miembros directivos, en fin, el “levantamiento del velo” que continua jurisprudencia establece como esencial para detectar la autoría real de una conducta, impone decisivamente el mantenimiento de la acusación contra esta asociación... no se explica la conducta de FEDICINE, sin el soporte de ADICAN, quien por su fuerza en la distribución es líder frente a los otros dos seguidores que*

conforman FEDICINE... FEDICINE, pone a disposición de sus Asociados, la base de datos con la cual configura la información a compartir.... ADICAN, además, elabora la información que ofrece tras su depuración, para terceros; así cumple ADICAN un doble papel, ya que de una parte da y lleva información a FEDICINE... y, de otro lado, luego, depura a su vez... la información para terceros.

Si en FEDICINE se parte de la base de que lo que cuenta en realidad es su Asamblea General,...y ésta está formada por sus tres socios, lo que procederá dada esta peculiar estructura jurídica, es extender la imputación a los tres socios, además de a la propia organización pantalla....

...No se puede evitar levantar el velo de la personalidad jurídica y comprobar que ADICAN es parte fundamental en esta práctica.

FEDICINE sin ADICAN, es simplemente una “contraseña vacía de sentido”... Basta leer sus Estatutos y la manera en que se adoptan los acuerdos para comprobar de inmediato que ADICAN, es la fuerza real que mueve a FEDICINE.

Por ello solicita que se devuelva el expediente al Servicio para que formule acusación contra ADICAN.

Tercero. En relación con el sobreseimiento de don Ernesto Victoria, don Enrique Requena y don Luís Merino.

*“Que sea reluctante el SDC a implicar directamente a las personas físicas responsables es comprensible. Por ello, **y con el mejor ánimo de colaboración no se impugnará este aspecto**”.*

Cuarto. La inadmisión de determinados documentos.

El “SDC reconoce que incluimos un documento el mismo día en que cerraba el expediente internamente. Sin caer en la cuenta de que, precisamente, el último día de un plazo, es precisamente un día dentro de un plazo.

Se trata de un documento que vuelve a acreditar... que las Majors en toda la opinión pública, en los propios actores y directores... tienen conciencia de que existe un cartel de las principales distribuidoras norteamericanas que además ejercen brutalmente en España, más que en el resto de Europa”.

Por todo ello, solicita que se proceda a mantener la incoación abierta contra ADICAN y que el SDC proceda a incorporar el documento rechazado con fecha 4 de abril de 2005 y se realice su valoración dentro del expediente.

En OTROSÍ solicita también que se incorporen dos documentos adjuntos a su recurso (uno es un escrito del SDC salvando en error - omisión de notas a pie de página- en la transcripción de dos folios del Acuerdo de sobreseimiento parcial y el otro comprende algunas páginas del Acuerdo de sobreseimiento parcial).

11. El 1 de junio de 2005, el Tribunal recibe el preceptivo informe emitido de conformidad con el artículo 48.1 LDC por el Servicio. En lo que se refiere a ADICAN señala que *“ni en este momento procedimental ni en ninguno a lo largo de la tramitación del expediente el recurrente ha aportado prueba alguna de la supuesta infracción cometida por Adican. Y las investigaciones llevadas a cabo por el Servicio han permitido acreditar... que fue Fedicine -y no sus asociados o Adican- quien realizó un intercambio de información prohibido por el artículo 1 de la LDC.*

Por otra parte, cabe señalar que el Servicio no ha manifestado en ningún momento, como interpreta el recurrente, que las empresas agrupadas en Adican, además de resultar imputadas en la práctica principal objeto del expediente de referencia, son las que disponen de mayor fuerza y capacidad de negociación.

En cuanto el documento al que hace referencia FEECE... no ha sido inadmitido, sino que se incorporó al expediente y fue remitido al Tribunal, quien lo valorará oportunamente”.

Por todo lo cual, el SDC entiende que no se desvirtúa el Acuerdo de sobreseimiento parcial y que debe desestimarse el recurso.

12. Mediante Providencia de 2 de junio de 2005, el Tribunal designó Ponente y ordenó poner de manifiesto el expediente a los interesados para formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes en el plazo de quince días.
13. El 21 junio de 2005, se recibe escrito de alegaciones del representante de FEECE. En resumen manifiesta lo siguiente:

Primero: con el fin de evitar repeticiones solicita que se incorpore al expediente lo formulado en el escrito de denuncia ante el SDC.

Segundo:

- a) ADICAN forma parte de FEDICINE (en la que están también ANDICE y ANDICCA) y es la organización más potente, su "*Deus ex machina*", ya que está integrada por las Majors norteamericanas. La comparación de los independientes españoles, o una limitada organización regional con las Grandes Distribuidoras Norteamericanas es una "contraseña vacía de contenido" por lo que procede levantar el velo -como ha hecho en ocasiones el Tribunal Supremo-, cuando lo que se pretende es el interponer una personalidad jurídica para seguir haciendo lo mismo por otros medios.
- b) incluso no se han recatado de mostrar su identidad, ya que ADICAN y FEDICINE tienen el mismo domicilio e incluso hasta tienen o han tenido la misma Secretaria General, según consta en un fax que aporta, en cual figuran también los distribuidores de ANDICE y de ADICAN.

Por todo ello, considera que ADICAN es FEDICINE y su verdadero motor, por lo que solicita que se estime su recurso.

14. El 24 de junio de 2005, se recibe escrito de alegaciones del representante de ADICAN. En resumen manifiesta lo siguiente:

- que el SDC tanto en el Acuerdo de sobreseimiento parcial como en el Informe del Recurso no ha encontrado prueba alguna de su supuesta infracción de la LDC.
- que el recurrente se limita a aportar junto con el Recurso una Providencia del SDC sobre corrección del Acuerdo y la parte de "valoración jurídica" contenida en el mismo, desconociéndose su motivación, aunque en todo caso no desvirtúa la conclusión del Servicio objeto del Recurso.
- que FEECE no ha aportado prueba alguna en cuanto a su implicación en el asunto, ya que se limita a afirmar que FEDICINE es una "organización pantalla" y que ADICAN es su motor, lo que carece de todo fundamento, por lo que considera acertada la conclusión a la que llegó el SDC sobre la base de la documentación existente en el expediente.

Por todo lo cual, solicita se desestime el Recurso.

15. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este expediente el día 29 de junio de 2005.
16. Son interesados:
 - Federación de Empresarios de Cine de España.
 - Asociación Nacional de Distribuidores e Importadores Cinematográficos de Ámbito Nacional.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El Tribunal debe resolver si el Acuerdo de sobreseimiento parcial adoptado por el Servicio el 25 de abril de 2005 en relación con ADICAN es ajustado a Derecho o, por el contrario, si cabe mantener la imputación de esta Asociación por prácticas restrictivas de la competencia de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la LDC.

En relación con la solicitud adicional del recurrente de que se incorpore al expediente y se valore debidamente el documento “panorama de la exhibición” presentado por el mismo el 4 de abril de 2005, no cabe adoptar ninguna decisión ya que dicho documento ya figura en el expediente.

2. Los motivos que han llevado al Servicio para resolver en el sentido antes mencionado, así como la argumentación expuesta en el escrito de interposición de recurso y las alegaciones del recurrente se han consignado en los anteriores Antecedentes de Hecho.

En el expediente sometido a consideración del Tribunal, lo relevante a la hora de determinar la responsabilidad por una infracción del artículo 1 de la LDC es identificar al responsable jurídico de la conducta que se considera infringe dicho artículo. Resulta indubitado del examen del expediente que el intercambio de información entre competidores que el SDC considera que supone un acuerdo prohibido por el mencionado artículo 1 se hace en el marco de la asociación FEDICINE de la que ADICAN es sólo un miembro más.

El Tribunal considera que independientemente de quien sea el promotor intelectual de la idea de llevar a cabo este intercambio de

información -que no existe prueba de que sea ADICAN- lo importante a efectos de determinar un incumplimiento de la LDC es identificar al responsable jurídico de tal conducta. En este caso este Tribunal comparte el criterio del SDC que identifica a dicho responsable en la persona de FEDICINE, sin que las conjeturas del recurrente constituyan indicios que permitan extender la imputación a ADICAN.

3. Tanto en la denuncia como en las alegaciones del recurrente a la propuesta de sobreseimiento parcial, no se aporta prueba alguna de que ADICAN sea el motor de FEDICINE, pues el Tribunal no puede aceptar como tal sólo el que tengan la misma dirección postal o que tengan o hayan tenido la misma Secretaria General. Tampoco se ha demostrado que ADICAN siga realizando las prácticas que dieron lugar a la Resolución del TDC en el expediente 255/89 el 19 de julio de 1990.
4. La confirmación del Acuerdo de Sobreseimiento parcial impugnado, previa desestimación del recurso interpuesto de conformidad con los artículos 47 y 48 de la LDC, es consecuencia de los anteriores razonamientos.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

Único.- Desestimar el recurso interpuesto por D. José Eugenio Soriano, en nombre y representación de la “Federación de Entidades de Empresarios de Cine de España” contra el Acuerdo de sobreseimiento parcial adoptado el 25 de abril de 2005 por la Dirección General de Defensa de la Competencia en relación con su denuncia de la Asociación de Distribuidores e Importadores Cinematográficos de Ámbito Nacional y otros.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso administrativo en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución.