

## **RESOLUCIÓN (Expt. R 633/04, ONO)**

### **Pleno**

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente  
D. Javier Huerta Trolèz, Vicepresidente  
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal  
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal  
D. Julio Costas Comesaña, Vocal  
D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Jesús González López, Vocal  
D<sup>a</sup> Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Vocal

En Madrid, a 21 de mayo de 2007

El Tribunal de Defensa de la Competencia, integrado por los señores expresados al margen y siendo ponente D. Javier Huerta Trolèz, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 633/04 (2433 del Servicio), de recurso contra el Acuerdo del Director del Servicio de Defensa de la Competencia de 27 de octubre de 2004, por el que se declaró el sobreseimiento del expediente incoado contra las compañías Buena Vista Internacional Inc. (Disney), Warner Bross International Television Inc. (Warner), Universal Studios (Universal), Columbia Tristar Films GmbH (Columbia), Paramount Pictures International (Paramount), Twentieth Century Fox (Fox) y Sogecable S.A., para investigar presuntas infracciones contrarias al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**1.-** El día 2 de diciembre de 2002 las empresas integradas en el Grupo ONO presentaron denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia contra las empresas Warner Bross International Television Inc. (Warner), Universal Studios (Universal), Columbia Tristar Films GmbH (Columbia), Paramount Pictures International (Paramount), Twentieth Century Fox (Fox), Dreamworks y Sogecable S.A., por la adopción de acuerdos contrarios a los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 81.1 del Tratado de la Unión Europea, contenidos en los contratos celebrados por ellas con motivo de los derechos de emisión de películas cinematográficas en la televisión de pago.

**2.-** Recibida la denuncia, el Servicio acordó la práctica de una información reservada con objeto de comprobar la apariencia de verosimilitud en los indicios denunciados, en el curso de la cual solicitó explicaciones a la

denunciante y a las empresas denunciadas y requirió la aportación de los contratos suscritos por éstas, después de lo cual procedió a incoar expediente para la investigación de las conductas denunciadas, mediante Providencia de 27 de octubre de 2003. Durante la tramitación del expediente fueron admitidas como partes interesadas Auna Telecomunicaciones S.A. y la Asociación de Operadores de Cable (AOC).

**3.-** Una vez concluida la instrucción, el Servicio dictó Acuerdo de sobreseimiento del expediente, de fecha 27 de octubre de 2004, en el que señala que *“cabe concluir que las posibles restricciones verticales que incorporan los acuerdos de licencia para la exhibición televisiva de películas en primera ventana de televisión de pago en España, firmados entre Sogecable y seis productoras de cine americanas (Disney, Warner, Universal, Columbia, Paramount y Fox) no constituyen infracción de lo dispuesto en el artículo 37.4 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.”*

**4.-** El 10 de noviembre de 2004 la denunciante ONO interpuso ante este Tribunal recurso contra el Acuerdo de Sobreseimiento, que fue admitido a trámite por Providencia de 24 de noviembre, de la que se dio traslado a las partes para que formularan las alegaciones que tuvieran por oportunas, lo que todas ellas llevaron a cabo.

**5.-** El 15 de febrero de 2005 la única parte recurrente, ONO, presentó en el Tribunal un escrito en el que manifestaba su voluntad de desistir del recurso interpuesto, siéndole admitido el desistimiento mediante Auto de 21 de julio de 2005 en el que, no obstante, se acordó de oficio la continuación del procedimiento de recurso por motivos de interés general.

**6.-** Dicho Auto fue recurrido por vía contenciosa-administrativa ante la Audiencia Nacional por las partes denunciadas, que interesaron al propio tiempo la suspensión de su ejecución. La Audiencia Nacional comunicó al Tribunal, mediante oficio recibido el 30 de mayo de 2006, la firmeza del Auto dictado por aquélla en el que se denegaba la suspensión solicitada.

**7.-** Una vez recibida dicha comunicación el Tribunal, teniendo en cuenta la nueva situación del recurso, dio traslado a las partes interesadas para que manifestaran lo que a su derecho conviniera en relación con su objeto y sus respectivas pretensiones, lo que realizaron oportunamente las partes denunciadas, que solicitaron la confirmación del Acuerdo de sobreseimiento, sin que se haya recibido respuesta de las demás partes interesadas.

**8.-** El Pleno del Tribunal deliberó y falló este recurso en su sesión del día 10 de mayo de 2007.

**9.- Son interesados:**

- Buena Vista Internacional Inc.
- Warner Bros International Television Inc.
- Universal Studios
- Columbia Tristar Films GmbH
- Paramount Pictures International
- Twentieth Century Fox
- Sogecable S.A.
- Auna Telecomunicaciones S.A.
- Asociación de operadores de cable (AOC).

## **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

**PRIMERO.-** Se plantea por alguna de las empresas denunciadas, con carácter previo, la excepción de caducidad del presente procedimiento de recurso, al haber transcurrido con exceso el plazo de tres meses que el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de la Administración del Estado y del Procedimiento Administrativo Común, impone para la resolución de los recursos e incluso el plazo de doce meses que el artículo 56.2 de la Ley de Defensa de la Competencia establece para la conclusión de los expedientes sancionadores que en ella se regulan. Esta pretensión ha de ser rechazada, teniendo en cuenta, en primer lugar, la especial regulación del procedimiento propio de la Ley de Defensa de la Competencia que, al establecer un plazo específico para la resolución de los recursos, hace inaplicable la normativa más general y subsidiaria de la Ley 30/1992 y, por otro lado, por la especial naturaleza de este plazo, cuyo transcurso no tiene por efecto producir la caducidad del recurso ni enerva la obligación del Tribunal de resolver.

En efecto, la Ley de Defensa de la Competencia establece en su artículo 48.3 que el plazo para resolver los recursos contra acuerdos de sobreseimiento será de doce meses, por lo que éste plazo es el que ha de tenerse como referencia en esta clase de recursos, sin posibilidad de acudir a normas de carácter supletorio. Por otra parte, el efecto que produce el transcurso de dicho plazo sin que el recurso se haya resuelto es, como señala la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de diciembre de 2005 (recurso 411/2004), el de permitir a la parte recurrente acudir a la jurisdicción contenciosa-administrativa, mediante la *fictio iuris* de que el recurso ha sido desestimado por silencio administrativo negativo, pero no implica que el Tribunal de Defensa de la Competencia deje de tener obligación de resolver expresamente, conforme al artículo 42 de la Ley 30/1992.

Finalmente, el retraso en la resolución del recurso se debe a las especiales circunstancias que han concurrido en su tramitación y a la pendencia de un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional sobre su viabilidad jurídica y procedimental. En efecto, el origen del presente recurso se remonta al 24 de noviembre de 2004, fecha en la que fue admitido a trámite por este Tribunal el escrito de impugnación formulado por la parte interesada ONO contra el Acuerdo de sobreseimiento dictado por el Servicio el día 27 de octubre de 2004. Sin embargo, el día 15 de febrero de 2005, la única parte recurrente, ONO, presentó escrito de desistimiento del recurso, siéndole admitido por este Tribunal el abandono del mismo mediante Auto de fecha 21 de julio de 2005, en el que se decidió al propio tiempo que, por razones de interés general, no procedía el archivo del procedimiento. Este Auto fue recurrido por las partes imputadas ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, solicitando con carácter cautelar la suspensión del procedimiento del recurso que se sustanciaba ante este Tribunal de Defensa de la Competencia. La Audiencia Nacional comunicó al Tribunal, a solicitud de éste, el día 30 de mayo de 2006, su decisión de no acceder a la suspensión cautelar solicitada, por lo que, a partir de la constancia de dicha decisión, se ha procedido a dar una nueva audiencia a las partes interesadas como paso previo a la resolución del recurso.

**SEGUNDO.-** La segunda cuestión que plantea el recurso, aunque no ha sido suscitada por ninguna de las partes interesadas, es la de fijar el objeto del mismo, dada la inexistencia de partes recurrentes y la especial circunstancia de estar sustentado *ex officio* por el propio Tribunal de Defensa de la Competencia, lo que nos obliga a optar entre tres diferentes opciones:

- a) Considerar que el objeto de recurso está integrado por las pretensiones deducidas por la única parte que interpuso el recurso y posteriormente desistió del mismo. El Tribunal no considera aceptable esta solución, ya que la continuación del recurso a pesar del desistimiento aceptado está fundada en consideraciones de interés general y no puede en ningún caso constituir una defensa de unos intereses particulares abandonados por su titular, como sucedería si el propio órgano que debe resolver asumiera las pretensiones de aquél.
- b) Estimar que el objeto del recurso está constituido por las pretensiones de las dos partes interesadas que, a pesar de no haber hecho uso de su derecho a recurrir el Acuerdo impugnado, se opusieron posteriormente al archivo del procedimiento tras el desistimiento de la parte actora. Esta opción tampoco parece admisible si tenemos en cuenta que dichas interesadas, Auna y AOC, consintieron y aceptaron el acuerdo de sobreseimiento en el momento del procedimiento en el que legalmente podían impugnarlo y cuando más tarde, tras la

reanudación de oficio del recurso, han sido requeridas por este Tribunal para que manifiesten lo que a su derecho conviniera, se han abstenido de realizar alegaciones o declaraciones de cualquier clase.

- c) Examinar directamente el contenido del Acuerdo de sobreseimiento del Servicio de Defensa de la Competencia para comprobar si el mismo es conforme a Derecho, posición que consideramos más correcta, teniendo en cuenta la anómala situación procedimental que supone la necesidad de resolver un recurso sin que existan partes recurrentes.

**TERCERO.-** Así planteada la cuestión, el Acuerdo del Servicio que es materia de examen en este expediente de recurso, tuvo por objeto el sobreseimiento del incoado contra las compañías Buena Vista Internacional Inc. (Disney), Warner Bros International Television Inc. (Warner), Universal Studios (Universal), Columbia Tristar Films GmbH (Columbia), Paramount Pictures International (Paramount), Twentieth Century Fox (Fox) y Sogecable S.A., para investigar presuntas infracciones contrarias al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, consistentes en la celebración de acuerdos anticompetitivos entre Sogecable y cada una de las compañías distribuidoras también imputadas, para el suministro en exclusiva de las producciones cinematográficas de éstas con destino a su exhibición en la primera ventana de la televisión de pago, es decir, para su exhibición en la fase inmediatamente posterior a las primeras formas de explotación de dichas producciones en las salas cinematográficas y para su venta en formato de DVD.

Una vez instruido el expediente, el Servicio consideró que los contratos celebrados entre las principales distribuidoras cinematográficas y Sogecable para la exhibición de las películas de aquéllas en la primera ventana de la televisión de pago no tuvieron por objeto restringir la competencia, ya que precisamente Sogecable compitió para su obtención en igualdad de oportunidades con la que entonces era la única operadora que competía con ella en el mercado de televisión de pago, Vía Digital. El Servicio señaló en este sentido que los contratos celebrados no produjeron el efecto de restringir la competencia, por cuanto ésta se produjo “ex ante”, precisamente en el momento de pujar en igualdad de oportunidades para la obtención de las exclusivas.

El Acuerdo de sobreseimiento consideró que los dos elementos que parecen más conflictivos de los contratos desde el punto de vista de la competencia son la exclusividad de la distribución para la primera ventana y su prolongada duración, si bien estimó que se trataba de condiciones justificadas y habituales en esta clase de contratos. Así, señaló que la exclusividad constituye en estos casos un elemento esencial, que supone

para la televisión de pago la forma principal de diferenciación de su producto, tanto frente a la televisión en abierto como frente a otros posibles participantes en el mercado, singularmente los operadores de cable, que no sólo ofrecen contenidos audiovisuales, sino también y conjuntamente otros servicios de telecomunicaciones. En cuanto a la duración de los contratos, que el Servicio calificaba como larga, indicó que se encontraba justificada para la operadora de televisión por circunstancias tales como la imagen de marca, las garantías de continuidad para el abonado o la necesidad de recuperar los costes muy elevados de la propia contratación de las películas, añadiendo que en las fechas en las que se celebraron dichos contratos, entre 1997 y el mes de febrero de 1998, los plazos acordados fueron los habituales en otros Estados de la Unión Europea.

**CUARTO.-** Examinando el Acuerdo de sobreseimiento a la luz de las diligencias de investigación practicadas por el Servicio, es preciso señalar, en primer lugar, que el expediente y, por lo tanto, también el mismo Acuerdo se refieren exclusivamente a los contratos celebrados en el año 1997 y en los dos primeros meses de 1998 entre la mayor parte de las principales compañías de distribución cinematográfica y Sogecable para la exhibición por ésta de películas cinematográficas en la primera ventana de televisión de pago de su plataforma digital y que, en aquel momento el mercado de la televisión de pago en España estaba representado únicamente por dos operadores, la denunciada Sogecable y Vía Digital.

En aquel momento, según resulta de las actuaciones, ambas compañías pujaron ante cada una de las principales distribuidoras cinematográficas por los derechos expresados, sin que conste que se produjera ninguna restricción competitiva para cualquiera de ellas. La forma de contratación, que incluía la exclusividad, respondía a razones objetivas, tanto desde el punto de vista de las televisiones de pago, que precisaban un producto diferenciado que ofrecer a sus abonados, como desde el de las distribuidoras, que pretendían dar salida a toda su producción, sin tener que asumir el coste de tener que negociar individualmente cada una de sus películas.

Finalmente, no se ha acreditado en el expediente que de los contratos expresados se hayan derivado o pudieran haberse derivado efectos anticompetitivos pues, como queda dicho, en el momento de su celebración no existían más que dos operadores de televisión de pago, que compitieron entre sí para la obtención de los derechos y más tarde, cuando surgieron nuevos competidores, especialmente los operadores de televisión por cable, no consta que éstos hayan acudido a negociar con cada una de las compañías distribuidoras para lograr la concesión de los derechos televisivos de sus películas a medida que ha ido venciendo la vigencia temporal de los

que fueron denunciados, ni acreditan haberlo intentado, lo que hace presumir una falta de interés real en su obtención por medios competitivos.

**QUINTO.-** Por ello, ante la falta de una regulación sectorial que estableciera límites a la libertad de contratación de las partes denunciadas y teniendo en cuenta que aparece acreditado que, por una parte, las negociaciones que precedieron a la celebración de los contratos se celebraron en un entorno competitivo, que, de otro lado, existen razones objetivas que podían justificar la adopción por las contratantes de un régimen de exclusividad y que, finalmente, no se ha acreditado que de tales contratos se hayan derivado o hayan podido derivarse efectos anticompetitivos, aún después de irrupción de nuevos operadores de televisión de pago después de su celebración, ya que éstos han tenido ocasión de pujar por los nuevos contratos a medida que han ido expirando los que son objeto del expediente y que, al mismo tiempo, han tenido acceso por vía de subcontratación a las películas a que se refieren aquéllos, este Tribunal considera que no ha quedado acreditada la vulneración anticompetitiva denunciada en relación con los contratos celebrados en los años 1997 y 1998 y que procede, en consecuencia, confirmar el Acuerdo de sobreseimiento dictado por el Servicio de Defensa de la Competencia.

En su virtud, este Tribunal

### **HA RESUELTO**

Desestimar el recurso contra el Acuerdo de sobreseimiento dictado en el Expediente 2433/02 por el Director del Servicio de Defensa de la Competencia el 27 de octubre de 2004, que confirmamos en todas sus partes.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a la recurrente y a las denunciadas, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.