

RESOLUCIÓN (Expte. R 130/95 Tv Autonómicas)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente

Alonso Soto, Vocal

Bermejo Zofío, Vocal

De Torres Simó, Vocal

Alcaide Guindo, Vocal

Menéndez Rexach, Vocal

En Madrid, a 12 de diciembre de 1995

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal D. Eduardo Menéndez Rexach, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 130/95 (813/92 Y 816/92, acumulado, del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado para resolver el recurso interpuesto por D^a Carmen Rodríguez, en nombre y representación de Antena 3 de Televisión S.A., y el Procurador D. Manuel Sánchez-Puelles y González-Carvajal, en nombre y representación de Gestevisión Telecinco S.A., contra el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia, del día 22 de junio de 1995, por el que se sobreseyó el expediente incoado como consecuencia de sus denuncias contra: Televisión de Madrid S.A.; Euskal Telebista S.A.; Televisión de Galicia S.A.; Canal Sur de Televisión S.A.; Televisió de Catalunya; Televisión Autonómica Valenciana S.A. (TV Aut.) y la Federación de Organismos de Radio y Televisión Autonómicas (FORTA) por prácticas prohibidas por posibles ventajas, entre otras, de financiación, subvenciones e ingresos publicitarios.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 22 de junio de 1995 el Director General de Defensa de la Competencia adoptó un Acuerdo cuya parte dispositiva dice así: *"ACUERDO el Sobreseimiento del expediente nº 813/92, que tuvo su origen en la denuncia formulada por D. Manuel Martín Ferrand, en nombre y representación de ANTENA 3 TELEVISION S.A. y D. Manuel Sánchez-Puelles González Carvajal, en nombre y representación de GESTEVISION TELECINCO S.A.*

Notifíquese este acuerdo a los interesados con expresión del recurso a que tienen derecho y dése cuenta al Tribunal de Defensa de la Competencia".

2. Contra dicho Acuerdo interpusieron recurso D^a Carmen Rodríguez en nombre y representación de Antena 3 Televisión S.A. (A3 TV) y el Procurador Sr. Sánchez-Puelles en nombre y representación de Gestevisión Telecinco S.A. (Tele 5), basado en los motivos que se resumen a continuación:

a) A3 TV:

- 1) Falta de conexión entre las denuncias de Tele 5 y A3 TV: el instructor ha equivocado a las partes y les ha provocado indefensión, por no haber sido contradictoria la instrucción.
- 2) No se ha investigado el abuso: los "desbordamientos" se pueden evitar técnicamente.

SDC no acierta cuando dice que no se han adquirido por parte de las Televisiones Autonómicas derechos exclusivos con alcance nacional, pues lo importante es que la adquisición exclusiva no implica la obligación de emitir sino el derecho a hacerlo y, en todo caso, impide que otras puedan hacerlo.

El ofertar un precio superior es abusivo si cuentan con doble financiación.

Suplico: . revocación del acuerdo de sobreseimiento
. revocación del acuerdo de acumulación.

B) Tele 5.

1. Incongruencia: la instrucción sólo se ha ocupado de la denuncia de A3 TV y de parte de la suya; no se han investigado:
 - Violación del marco legal de las TV Aut. al crear la FORTA (art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia [LDC], en relación con el art. 15 de la Ley de Competencia Desleal y los arts. 15 y 16 de la Ley 1983 del Tercer Canal).
 - Art. 7 LDC: adquisición conjunta de programas en exclusiva.

Además, el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) no basa su Acuerdo en que no se hayan probado conductas contrarias a LDC, sino a que, al concurrir con otras distorsiones, se renuncia a investigarlas.

2. No se ha resuelto sobre medidas cautelares.

Suplico: revocación del Acuerdo y orden al SDC de continuar la tramitación.

3. El Tribunal solicitó del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) el informe previsto en el art. 48 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y designó Ponente a D. Amadeo Petitbò Juan; el SDC emitió su informe, en el sentido de rechazar la incongruencia del Acuerdo recurrido respecto de las peticiones de los denunciantes y entendía que el Acuerdo de sobreseimiento debía ser mantenido.
4. Por sendas Providencias de 25 de septiembre el Tribunal acordó designar nuevo Ponente a D. Eduardo Menéndez Rexach en sustitución de D. Amadeo Petitbò al haber sido nombrado Presidente del Tribunal por Real Decreto 1533/1995, de 15 de septiembre, y poner el expediente de manifiesto a los interesados para que en un plazo de 15 días pudieran formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 48.3 LDC.
5. En cumplimiento del trámite conferido presentaron alegaciones dentro de plazo Tele 5 y A3 TV, así como Televisión Autonómica de Madrid S.A., Euskal Telebista-Televisión Vasca S.A., Televisió de Catalunya S.A., Televisión de Galicia S.A., Televisión Autonómica Valenciana S.A. y Canal Sur de Televisión S.A. (las TV. Aut.) y la Federación de Organismos y Entidades de Radio y Televisión Autonómica (FORTA), representadas todas ellas por el Letrado D. Eduardo García de Enterría y Martínez-Carande. Las alegaciones pueden resumirse del siguiente modo:
 - a) Tele 5 su denuncia tiene diferente contenido de la de A3 TV, pues ésta se refería al sistema de doble financiación de las TV Aut., al abuso de posición de dominio que su regulación les confiere y a la fijación artificial de precios mediante la comercialización conjunta de espacios publicitarios y mediante la adquisición conjunta de derechos exclusivos para emitir programas, mientras que la denuncia de Tele 5 versaba sobre la violación del marco legal por las TV Aut. al crear la

FORTA, y la realización de conductas prohibidas consistentes en la venta conjunta de espacios publicitarios y en la adquisición de programas en exclusiva. La instrucción hecha por el SDC sólo se ha ocupado de la denuncia de A3 TV, por lo que adolece de incongruencia en relación con las imputaciones concretas hechas por Tele 5; además, el Servicio dice, en su Resolución , que la distorsión actual del mercado no puede resolverse mediante un expediente sancionador contra las TV Aut., y el archivo discutido no se basa en la falta de acreditación de conductas anticompetitivas, sino en que, al concurrir con otras distorsiones, se renuncia a investigarlas.

La Resolución del SDC es incongruente porque de las tres conductas denunciadas por Tele 5, el Servicio sólo ha examinado la referida a la venta conjunta de publicidad y no se alude siquiera a la infracción del art. 7 LDC en relación con los arts. 15 de la Ley de Competencia Desleal y 15.1 y 16 de la Ley del Tercer Canal, por todo lo cual solicita la revocación de la Resolución y la investigación por SDC de los hechos denunciados.

- b) A3 TV: articula sus alegaciones en torno a dos motivos:
- 1º. Falta de conexión entre los hechos denunciados por ella y la denuncia de Tele 5. A3 TV denunció abuso de posición de dominio y prácticas restrictivas derivadas del sistema de doble financiación; Tele 5 denunció el acuerdo de creación de la FORTA que permite actuar a sus miembros como canal único en el mercado, el acuerdo de comercialización conjunta de espacios publicitarios y los acuerdos que permiten a FORTA aparecer en el mercado como un único canal de cobertura nacional. Así se han mezclado por el SDC los hechos haciendo una instrucción equivocada que ha provocado indefensión a las partes al no permitir contradicción en la instrucción.
 - 2º. En cuanto al fondo, los "desbordamientos" de las TV Aut. se pueden evitar técnicamente y, además, existe abuso de posición de dominio debido a la doble financiación y a la vulneración del art. 15.1 de la Ley de 1983, que establece que las sociedades concesionarias no podrán adquirir en exclusiva programas que impidan

su proyección en un ámbito territorial distinto al de su propia Comunidad Autónoma. El Servicio no tiene razón cuando dice que no se han adquirido por parte de las TV Aut. derechos exclusivos con alcance nacional: lo importante es que la adquisición exclusiva no implica la obligación de emitir, sino el derecho a hacerlo y, en todo caso, prohíbe que otros puedan hacerlo.

Es abusivo también ofertar precios superiores a los de mercado para la adquisición de estos derechos si se cuenta, como las TV Aut., con doble financiación.

Por todo ello solicita que se revoque el Acuerdo del Servicio sobre acumulación de ambas denuncias, así como el Acuerdo de sobreseimiento para que el SDC complete la instrucción mediante la práctica de los actos que sean necesarios.

c) Informe del SDC: los recursos han sido interpuestos dentro de plazo y no hacen sino reproducir las alegaciones realizadas a la propuesta de sobreseimiento; realiza, no obstante, las siguientes precisiones:

1. A las alegaciones de A3 TV:

- Las autonómicas no emiten para territorios diferentes de los de su comunidad Autónoma.
- No se han adquirido por las TV Aut. derechos exclusivos con alcance nacional.
- La ruptura de los precios, si se ha producido, no se debe a actuaciones de las TV Aut.
- No hay datos sobre la existencia de ofertas superiores por las TV Aut. para adquirir programas.
- Si la competencia está "desbaratada" no es responsabilidad única de las TV Aut.
- La posición de dominio la otorga el mercado en relación con la cuota que cada participante ostenta, y las TV Aut. no tienen una cuota significativa.

2. A las alegaciones de Tele 5:

- No ha habido ausencia o insuficiencia de la instrucción: se ha hecho un análisis pormenorizado del sector televisivo español.

d) TV Aut. y FORTA:

1. Las denuncias son sustancialmente idénticas: la acumulación está justificada.
2. El Acuerdo es congruente con lo pedido por Tele 5. Cita, además, sentencias del Tribunal Supremo que rechaza la incongruencia cuando el fallo es totalmente desestimatorio, como lo es el acuerdo del SDC.
3. La propuesta de adopción de medidas cautelares es facultativa del SDC.
4. FORTA nunca ha adquirido derechos para sus socios.
5. La prohibición del art. 15 de la Ley de 1983 no se aplica cuando la exclusiva es adquirida por las TV Aut. para su posterior difusión en sus territorios y cesión a terceros ("aperturas"). En todo caso, la legalidad de la contratación conjunta por todas las TV Aut. es cuestión sometida al conocimiento de los tribunales ordinarios, no del TDC.

Suplico: desestimación de los recursos y confirmación de los archivos.

6. Se consideran interesados:

- A3 TV.
- Tele 5
- Televisión Autonomía de Madrid S.A.
- Euskal Telebista - Televisión Vasca S.A.
- Televisió de Catalunya S.A.
- Televisión de Galicia S.A.
- Televisión Autonómica Valenciana S.A.
- Canal Sur de Televisión S.A.
- Federación de Organismos o Entidades de Radio y Televisiones Autonómicas (FORTA)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Los hechos a que se refieren los presentes recursos tienen su origen en sendas denuncias presentadas por Tele 5 y A3 TV ante el SDC, cuya acumulación fue acordada por éste al estimar que existe suficiente grado de semejanza entre ellos, y han sido resumidos por los propios recurrentes en sus alegaciones en este recurso a las que se ha hecho mención en el Antecedente de Hecho nº 5; al plantearse una cuestión de carácter estrictamente procesal, cual es la improcedencia de la acumulación con la consiguiente petición de revocar el Acuerdo en este extremo, en el que se alega, además, la infracción de una garantía fundamental, como es la prohibición de indefensión (art. 24.2 de la Constitución Española), es preciso examinar en primer lugar este motivo de recurso dadas las consecuencias procesales a que su estimación podría dar lugar.
2. El art. 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones y del Procedimiento Administrativo Común dispone que contra los acuerdos de acumulación no procede recurso alguno. Además, el Acuerdo de acumulación de la denuncia presentada por Tele 5 el 19 de febrero de 1992 (F^{os} 247-297) a la de A3 TV presentada el 13 de febrero del mismo año (F^{os} 1 a 12), decretado por Providencia de 16 de octubre de 1992, por el Director General de Defensa de la Competencia, con base en el art. 36.5 de la Ley de Defensa de la Competencia y por las razones que en la propia Resolución se exponían, fue notificado por el Subdirector General, entre otros, a la ahora recurrente (F^o 346) el día 26 del mismo mes y año; desde esa fecha, pues, los expedientes del SDC nºs 813 y 816, ambos de 1992, se tramitaron conjuntamente, con conocimiento de las partes que no hicieron entonces, ni hace ahora Gestevisión Telecinco, pese a destacar el diferente contenido de ambas denuncias, alegación alguna al respecto.

Esta constatación llevaría, sin necesidad de consideraciones ulteriores, a la desestimación de la petición de A3 TV, cuya alegación de la indefensión carece de contenido alguno al haber consentido la Providencia acordando la acumulación en que su denuncia se basa, pero es que, además del contenido inicial de las denuncias dirigidas contra las TV Aut. y la FORTA, se desprenden los suficientes elementos de conexidad que apreció correctamente el Director General para acordar su tramitación e investigación conjunta, como una simple lectura de las mismas pone de manifiesto, y por ambos tipos de consideraciones procede desestimar el recurso de A3 TV en este extremo.

3. El argumento principal de los recurrentes se refiere a la insuficiente investigación de los hechos denunciados ante el Servicio, que ha viciado de incongruencia el Acuerdo de sobreseimiento al no pronunciarse el órgano instructor sobre las conductas presuntamente infractoras de los arts. 1, 6 y 7 LDC, a lo que responde el SDC diciendo que ha realizado un estudio pormenorizado del sector televisivo español. Sobre esto es preciso señalar que el sistema establecido por la LDC otorga amplias facultades de investigación al SDC "*... para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades*" (art. 37.1 LDC) con obligación de recoger las pruebas propuestas por los presuntos infractores y de tener en cuenta las alegaciones que en cualquier momento del procedimiento puedan aducir los interesados (art. 37.1 y 2 LDC); ello significa que el instructor no está obligado a realizar todas las diligencias que propongan las partes ni menos aún está vinculado por la calificación jurídica que éstas hagan de los hechos objeto de su denuncia, aunque sí debe expresar las causas de su rechazo o de su no pertinencia a los fines de la investigación; semejante facultad contempla la Ley respecto de la propuesta de medidas cautelares al Tribunal (art. 45.1 LDC) que en este caso no ha considerado procedente utilizar sin que, por otra parte, el proponente haya reiterado su solicitud al respecto.

4. Sobre este principio general que rige el sistema español de defensa de la competencia y que ya puso de manifiesto el Tribunal en su Resolución de 18 de octubre de 1993 dictada precisamente en un incidente de este mismo asunto, hay que señalar que esas facultades del Servicio no tienen un carácter omnímodo y que éste apreció indicios de existencia de conductas ilícitas por el propio contenido de las denuncias, cual lo demuestra el que no fueran objeto de información reservada (art. 36.2 LDC), sino que se incoara directamente expediente sancionador contra los denunciados mediante Providencias del Director General de 10 y 25 de marzo de 1992; por ello, venía obligado, en este caso, a investigar los concretos hechos denunciados para determinar si se reunían o no los elementos de cada tipo de infracción y rechazar, en su caso, los que, tras la investigación practicada, resultasen inocuos o no aparecieran demostrados con un grado suficiente de certeza para formular pliego de concreción de hechos de infracción.

Sin embargo, el SDC no ha realizado en este caso una investigación pormenorizada y dirigida al esclarecimiento de los hechos y determinación de los responsables como ordena la Ley, sino que ha realizado un "análisis pormenorizado del sector televisivo español", como claramente dice en su informe al Tribunal, que por mucho interés que pueda presentar y revele un notable esfuerzo en su realización, no tiene un encaje adecuado en el marco de un expediente sancionador en el que se han de investigar

acuerdos, decisiones, recomendaciones colectivas o prácticas concertadas o conscientemente paralelas (art. 1), abusos de posición de dominio (art. 6) o actos de falseamiento de la libre competencia por actos desleales (art. 7), que habían sido objeto de las denuncias; más adelante examinaremos en qué medida la instrucción se ha ocupado de cada uno de ellos; queda ahora añadir -para terminar esta consideración, que el Tribunal considera necesaria a la vista de la duración de la tramitación del expediente y, sobre todo, de su resultado- que el Acuerdo del Servicio se basa esencialmente en el Informe sobre el "mercado televisivo español" (F^{os} 2.169-2.306), que se refiere, en términos generales, a la financiación de las televisiones públicas, la competencia de las televisiones públicas y privadas, el mercado de la publicidad en TV y el mercado de programas, llegando a unas conclusiones -necesidad de racionalizar el marco normativo, opacidad del mercado de publicidad, confusión entre lo público y lo privado- que el Acuerdo hace suyas en su mayor parte para concluir que "*... la distorsión actual del mercado televisivo no se puede resolver a través de la instrucción de un expediente sancionador contra las autonómicas*" (VI Propuesta del instructor, F^o 2329 y Acuerdo de sobreseimiento, F^o 2487).

El Tribunal no puede compartir esta conclusión pues, con independencia de que el marco legal sea en estos momentos insuficiente o se encuentre superado por la aparición de nuevas tecnologías y ello dé lugar a distorsiones, esto no puede servir de cobertura a los agentes y operadores económicos para actuar en el mercado relevante en cuestión con olvido o con incumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia, que no les sería de aplicación al funcionar la distorsión, derivada presumiblemente del marco legal sectorial, como una especie de causa de justificación de la antijuridicidad de sus conductas.

Además, esa situación no es nueva ni para el Servicio de Defensa de la Competencia ni para este Tribunal, que han conocido y resuelto diversos expedientes relacionados con este medio y las dificultades de la investigación y prueba de conductas ilícitas o la aplicación de las diversas leyes por las que se rige (fundamentalmente Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y Televisión, Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del Tercer Canal de Televisión y Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada); es, sin duda, deseable que se realice una refundición y revisión de todas estas normas en las que se contemplen los nuevos desarrollos, pero, mientras tanto se produzca tal reforma legislativa que aclare y resuelva las "distorsiones", éstas no justifican que cualquier operador actúe a su conveniencia y con impunidad en lo que se refiere a la legislación de defensa de la competencia, o que pueda compensar unilateralmente las desventajas que, a su juicio, puedan derivarse de las carencias normativas.

5. En relación con el contenido concreto de la denuncia de A3 TV, es preciso, en primer lugar, examinar la alegación sobre la doble financiación de las TV Aut. que les conferiría posición de dominio en el mercado, de la que habrían abusado mediante determinadas prácticas. La financiación de las TV Aut. viene regulada en el art. 17 de la Ley de 1983 del Tercer Canal, citada, y comprende subvenciones, comercialización y venta de sus productos y participación en el mercado de la publicidad, sin que se establezcan límites para cada uno de estos apartados; así, el que las TV Aut. se financien esencialmente mediante subvenciones con cargo a los presupuestos de las Comunidades Autónomas respectivas y, en menor medida, mediante la venta de espacios publicitarios, es perfectamente legal; es dudoso que este hecho en sí mismo otorgue posición de dominio: es necesario para determinarlo hacer una correcta delimitación del mercado, que no se ha realizado en la instrucción ni las partes se han pronunciado claramente al respecto; decir que se trata del mercado televisivo nacional es sumamente vago y general cuando, por un lado, el mercado del producto puede ser perfilado con mucha mayor precisión, como ya tuvo ocasión de hacer este Tribunal en la Resolución de 19 de junio de 1993, Expte. 319/92, Retransmisión de Fútbol TV, en que consideró como mercado relevante el de los derechos de retransmisión de fútbol por televisión, tanto de competiciones nacionales como internacionales que revistan el mismo interés, en sus distintas modalidades; también en la Resolución de 12 de septiembre de 1994, Expte. 310/92, Retransmisión por TV de fútbol extranjero, consideró, en aquel caso, como mercado de producto relevante el de las retransmisiones televisivas de partidos de fútbol celebrados entre equipos de países pertenecientes a la UEFA; por otro lado, al tratarse de las Televisiones Autonómicas que emiten para un ámbito territorial limitado, hay que delimitar también el mercado geográfico y ver cuándo se puede hablar de mercado nacional y cuándo de un mercado territorialmente inferior. Por ello, no se puede dar por supuesta la posición de dominio "ex lege" de las TV Aut., aunque ya este Tribunal, en la citada Resolución de 10 de junio de 1993, puso de manifiesto como circunstancias que afectaban a las condiciones de competencia en el mercado analizado la existencia de diferentes normas para los distintos tipos de TV o el sistema de financiación mixta.
6. En cuanto a la adquisición conjunta de derechos exclusivos sobre determinados programas realizados por acuerdo entre las TV Aut. o por medio de FORTA, no se ha investigado suficientemente pues, aparte de datos fragmentarios proporcionados por los propios interesados, sería necesario obtenerlos precisamente de los titulares de los derechos para ver en qué condiciones se ha contratado, por quién y si las condiciones de competencia en cada mercado de producto pueden ser afectadas, teniendo

en cuenta la doctrina del Tribunal sobre la contratación en exclusiva y las particulares circunstancias del caso, una vez aportados todos los datos necesarios.

Tampoco se ha ocupado la instrucción suficientemente de la contratación de espacios publicitarios pues, aparte de las conclusiones a que llega sobre la opacidad del sector y las diferencias grandes entre precios según tarifas y precios reales, no hay otros datos que los proporcionados por los propios interesados y los del informe de la Subdirección General, pero no se ha investigado en las centrales de medios, agencias de publicidad o en los propios anunciantes para examinar las condiciones de los contratos y la práctica.

Por último, se queja A3 TV de que la cobertura territorial de las TV Aut. excede de lo legalmente autorizado y, además, los acuerdos existentes entre ellas las hacen aparecer como un único canal nacional vulnerando así las previsiones de la Ley de 1983. El art. 1 de esta Ley dispone claramente que el ámbito territorial del tercer canal de televisión, que es de titularidad estatal y se otorga en régimen de concesión, es el de cada Comunidad Autónoma; a pesar de la alegación de A3 TV en este sentido, sí se ha investigado, al menos parcialmente, por el Servicio, que ha solicitado la información de Retevisión, quien contesta (F^{os} 861-865) que "*los desbordamientos*" son inevitables y que no hay datos sobre su alcance, pero no se ha determinado, sin embargo, si esto constituye, y en qué casos, una ventaja competitiva significativa que es aprovechada por todas o alguna de las TV Aut., ni tampoco se ha precisado la cuantía o importancia de estos desbordamientos, elemento indispensable para su valoración.

7. En cuanto a las alegaciones de Tele 5 se refieren insistentemente a la creación de la FORTA como un acuerdo en sí contrario al art. 1 de la LDC, posición rechazada por la representación de FORTA y TV Aut. y por el SDC; el Tribunal tampoco acoge esta alegación pues, por una parte, la posibilidad de que los organismos de gestión a que se refiere la Ley de 1983 realicen convenios está prevista en el art. 12 que menciona objetos del posible convenio en una lista que no tiene por qué ser cerrada, aunque sí existe una importante limitación derivada de la propia Ley: la gestión directa, que incluye "*la propiedad, financiación y explotación de instalaciones de producción de programas, comercialización y venta de sus productos y actividades de obtención de recursos mediante publicidad, así como cualquiera otra actividad patrimonial, presupuestaria, financiera o comercial*" (art. 10), es intransferible total o parcialmente a terceros, bajo ninguna forma, por prohibición expresa del art. 6, párrafo 2º, así que, si se demostrase que se han vulnerado estos artículos y ello ha derivado en ventajas en los mercados para alguno o algunos de los agentes,

y se dan los demás requisitos de los arts. 1, 6 y 7 LDC, ésta sería plenamente aplicable, aunque no lo es por la simple constitución de la FORTA, cuyos Estatutos no contienen ninguna cláusula contraria a la LDC.

Conviene, sin embargo, precisar, con respecto a una de las alegaciones de las TV Aut. y FORTA en este sentido, que la Federación constituida sí puede tener la consideración de empresa a efectos de la aplicación de la LDC, si se comporta como tal en el mercado: basta recordar aquí la propia posición de este Tribunal en los expedientes mencionados, o la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que ha considerado como empresa u operador económico a efectos de la aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CEE a los que intervienen en el tráfico económico, aún sin ánimo de lucro, quedando excluidos solamente los organismos cuyas actividades son típicamente prerrogativas de poder público y no presentan un carácter económico que justifique la aplicación de las reglas del Tratado (st. 19 de enero de 1994, as. C-302, SAT Fluggesellschaft m.b.H/Eurocontrol); más recientemente la Comisión de las Comunidades ha recordado que "*... el concepto de empresas comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación*" (Decisión Colegio de Agentes de la Propiedad Industrial, 95/198/CE, de 12 de mayo de 1995). Por tanto, si llega a demostrarse que FORTA se ha comportado como una empresa y su conducta encaja en alguno de los tipos de infracción previstos en la LDC, estaría sujeta a la aplicación de ésta para lo que es competente este Tribunal de Defensa de la Competencia; por ello, otras consideraciones ajenas a la aplicación de la LDC, sobre alegaciones que las partes han formulado ajenas al sistema de defensa de la competencia, serían impropias de esta Resolución.

8. A diferente conclusión se llega en relación con la alegación de venta conjunta de espacios publicitarios y adquisición de programas en exclusiva que quedan así "retirados" del mercado nacional, aunque lo adquiriera una sola TV Aut. con vulneración del art. 15.1 de la Ley de 1983 y del art. 15 de la Ley de Competencia Desleal de 1991, lo que podría dar lugar a la infracción del art. 7 LDC. En efecto, no se ha investigado suficientemente la certeza de tales hechos que, de ser ciertos, podrían constituir acuerdos prohibidos o infracciones del artículo acabado de citar por competencia desleal; de la adquisición de listas de películas, que podría constituir un mercado de producto diferenciado, sólo se ha investigado la de MGM en la que se observa la existencia de un acuerdo con una apertura o, más bien, con la existencia de un pacto anterior a favor de la denunciante Tele 5, pero no se han aportado otros elementos a la instrucción para precisar quién contrata, en qué condiciones y con qué efectos sobre cada mercado, lo que habrá de determinar en una ulterior investigación.

Es cierto que la existencia de "aperturas" en la contratación exclusiva, que es propia de este medio, atenúa los efectos restrictivos de la competencia como dice la representación de las TV Aut. y FORTA y ya señaló este Tribunal en la repetida Resolución de 13 de junio de 1993, pero tampoco se ha demostrado con suficiente fundamento que se prevean tales "aperturas" en todos los contratos o si sus efectos suprimen cualquier restricción de la competencia.

Cabe recordar ahora que el art. 15.1 de la Ley de 1983 prohíbe adquirir en exclusiva programas que impidan su proyección en un ámbito territorial distinto de la propia Comunidad y el párrafo 2 prevé la creación de una comisión coordinadora a constituir por el Gobierno para "*ordenar la concurrencia entre las distintas sociedades de gestión*", para la adquisición de programas en el exterior, lo que constituye dos claras reglas de comportamiento en el mercado para las TV Aut.

9. Por todo lo anterior y sin prejuzgar el resultado de la instrucción procede revocar el Acuerdo de sobreseimiento para que el SDC investigue en el sentido expuesto y practique las diligencias adecuadas y las que deriven de la información que obtenga, admitiendo o rechazando motivadamente las que propongan los presuntos infractores y teniendo en cuenta, en todo caso, las alegaciones de los interesados.

VISTOS: los artículos citados, el Tribunal

HA RESUELTO

1. Estimar parcialmente los recursos interpuestos por A3 TV y Tele 5 contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 22 de junio de 1995, que se revoca en parte.
2. Rechazar la petición de desacumulación de los Expedientes 813/92 y 816/92 que, tramitados conjuntamente, son objeto del presente recurso.
3. Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia que complete la instrucción del presente expediente en el sentido expuesto en los Fundamentos de Derecho 5 a 8 y, verificado, adoptar la decisión prevista en el art. 37 LDC.
4. Confirmar el sobreseimiento en cuanto considera que la constitución de la FORTA no constituye un acuerdo prohibido por el art. 1 LDC.

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