

Roj: SAN 1546/2008
Id Cendoj: 28079230062008100145
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 525/2006
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Conductas prohibidas.

SENTENCIA

Madrid, a siete de mayo de dos mil ocho.

Visto el recurso contencioso administrativo num. 525/06 que ante la Sala de lo Contencioso

Administrativo de la Audiencia

Nacional ha promovido FEDERACION ESPAÑOLA DE BOLOS representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Sánchez-

Puelles frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del

Estado, sobre Resolución del

Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 26 de septiembre de 2006, relativa a expediente

por conductas prohibidas y la

cuantía del presente recurso 8.000 euros siendo codemandada RADIOTELEVISION CANAL 8 DM

S.L. representada por el

Procurador Sr. Cereceda Fernández-Oruña. Ha sido Ponente la Magistrado D^a Mercedes Pedraz

Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO-. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

SEGUNDO-. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso anulando la resolución impugnada.

TERCERO-. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del

recurso.

La codemandada presentó escrito de contestación a la demanda en el cual, solicitó igualmente la desestimación del recurso.

CUARTO-. Por auto de 17 de octubre de 2007 se acordó la unión de la prueba documental propuesta por la actora.

Las partes, por su orden presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO-. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 6 de mayo de 2008 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo la resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 26 de septiembre de 2006 en el Expediente (Expte. 597/05, Emisión partidos de bolos) con la siguiente parte dispositiva:

"Primero-. Declara acreditada la existencia de un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 6.1 de la LDC del que es responsable la Federación Española de Bolos, consistente en presionar a las Peñas Bolísticas para suscribir los contratos de cesión de los derechos audiovisuales y televisivos de partidos de bolos de la competición oficial Palma Bolo durante las temporadas 2002, 2003 y 2004 y vincular la participación en estas competiciones a la firma de los mencionados contratos.

Segundo-. Imponer a la Federación Española de Bolos la multa sancionadora de 8.000#.

Tercero-. Intimar a la citada Federación para que se abstenga en los sucesivo de realizar las prácticas sancionadas.

Cuarto-. Ordenar a la mencionada Federación la publicación de la parte dispositiva de esta resolución en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de un diario de información general de mayor difusión de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en el plazo de dos meses, con multa de 600 # por cada día de retraso en el cumplimiento de esta obligación de publicar."

SEGUNDO-. Los hechos declarados probados por la resolución impugnada son los siguientes:

"El deporte de los bolos presenta diversas modalidades: Bolo Palma, Bowling, Bolo Leonés, Pasabola Tablón, Pasabola Losa, Tres Tablones, Cuatreada, Bolo Celta y Batiente. La temporada de bolos abarca desde finales de marzo hasta mediados de octubre, a excepción del Pasabola Tablón, que comienza en febrero.

De acuerdo con sus Estatutos, la Federación Española de Bolos (FEB), es una entidad asociativa de carácter jurídico-privado y sin ánimo de lucro declarada, como federación deportiva española, entidad de utilidad pública. Su objeto es tutelar, promover, reglamentar y organizar el deporte de los bolos en todo el territorio nacional. Dentro de la FEB están integradas distintas especialidades deportivas, entre las que se encuentra el Bolo Palma, y es esa Federación la única entidad competente dentro del Estado español para la organización, tutela y control de las competiciones de ámbito estatal e internacionales, así como para expedir las licencias que habilitan para participar en actividades o competiciones deportivas oficiales. El artículo 12 de la normativa de la Liga Nacional de Bolo Palma establece que la Liga Nacional de Bolo Palma corresponde a la Federación Española de Bolos, y su artículo 25 establece que la organización queda facultada para la firma de contratos con TVE o Televisiones Regionales, etc, en concepto de los encuentros de liga, sin perjuicio de que los posibles beneficios reviertan a favor de los equipos participantes.

Con anterioridad a la temporada 2002, la FEB debía pagar al centro territorial de TVE en Cantabria por la retransmisión de partidos de bolos, sin perjuicio de la facultad de las emisoras de radio y las televisiones locales para informar, retransmitir y televisar resúmenes de competiciones de bolos cuando lo estimaran oportuno. A principio del año 2002 la FEB recibió una oferta de Audiovisual Cantabria/Localia TV Cantabria para retransmitir determinadas competiciones de Bolo Palma, que fue aceptada por la FEB de manera que el 25 de marzo de 2002 se firmó un contrato de cesión de derechos audiovisuales de determinadas competiciones de Bolo Palma.

De las actas de las reuniones celebradas por la Junta *Directiva de la FEB en el curso de las negociaciones destaca la de 8 de marzo de 2000* (folios 300 y 301) en la que se expresa: "El Sr. Presidente se refiere a las reuniones llevadas a cabo por representantes de esta Federación y Localia Televisión, con quien se está negociando la cesión de los derechos de retransmisión de la Liga Nacional de Bolo Palma. Este hecho ha sido puesto en conocimiento de los Clubes participantes en esta competición, a lo que el Presidente añade que en el supuesto caso de que no aceptaran las condiciones propuestas, la Federación Española de Bolos no los subvencionaría con ninguna cantidad".

La FEB remitió una circular a las federaciones y clubes de bolos el 8 de julio de 2002 en la que destaca el siguiente párrafo: "En consecuencia, se informa a todas las Federaciones Territoriales que la participación en la Liga Nacional de Bolo Palma - DIVISION DE HONOR-, habrá de comunicarse por escrito a esta FEB en el momento oportuno, como viene siendo habitual, e implicará la aceptación automática y obligado cumplimiento de la normativa de la mencionada competición y demás reglamentación vigente, en todos sus artículos, incluidos los derechos de la FEB para la retransmisión de los encuentros".

En el contrato de 25 de marzo de 2002, la FEB, la FCB y once peñas bolísticas, -todas participantes en las competiciones cuyos derechos audiovisuales eran objeto de cesión, salvo la Peña Bolística Puertas Roper- acordaron ceder a Audiovisual Cantabria S.A. todos los derechos audiovisuales y televisivos de la modalidad de Bolo Palma, correspondiente a las competiciones de Liga Nacional, la Copa Federación y la Copa Presidente de Cantabria, así como los partidos disputados en la pretemporada (folios 33 a 45). En el contrato se indica que la cesión de derechos se realiza en exclusiva mundial y por un período de tres temporadas, desde 1 de marzo de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2004, y en él se reconoce que "las peñas relacionadas son los titulares de sus propios derechos audiovisuales" y que "igualmente las Federaciones son titulares de sus propios derechos audiovisuales".

Como contraprestación por la cesión de sus derechos audiovisuales, cada peña percibiría por temporada el resultado de dividir a partes iguales entre ellas la cantidad de 33.056 #. Por su parte, la FEB percibiría la suma fija de 2.104 #.

El 28 de marzo de 2003 la FEB, la FCB y doce peñas bolísticas suscribieron con Audiovisual Cantabria un nuevo acuerdo de cesión de derechos audiovisuales y televisivos que aunque completaba el anterior de 2002 y ratificaba la cesión de derechos hasta el 31 de diciembre de 2004, modificaba el citado contrato en el sentido de "que los derechos audiovisuales de la Liga Nacional de Bolos y la Copa Federación de Bolos corresponden en exclusiva a la Federación Española de Bolos" y "que las Peñas son titulares de sus propios derechos audiovisuales cuando intervienen en partidos amistosos o en competiciones no organizadas por las Federaciones Española y Cántabra de Bolos".

En el Acta de 11 de julio de 2003 de la Junta *Directiva de la FEB consta lo siguiente (folio 312)*: "cuando ya estaba próximo el comienzo de esta edición de Liga Nacional, se envió escrito a todos los clubes, incluidos los recién ascendidos a la División de Honor, por el que se ponía en su conocimiento el contrato de la FEB con Localia, y puntualizándoles que su inscripción en la mencionada competición, suponía la aceptación de toda la normativa en vigor, incluido el contrato firmado con Localia".

TERCERO-. Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue:

1º error manifiesto del TDC a la hora de definir el mercado relevante, pues la inscripción de peñas no es una actividad económica ni por lo tanto puede ser definida como mercado de producto relevante.

2º error manifiesto del TDC a la hora de considerar abusiva la conducta de la Federación actora, porque ni la Federación presionó a las peñas, ni hubiera podido producirse tal presión ni hubo efectos restrictivos en el mercado conexo.

3º la sanción impuesta es nula por infracción del *artículo 10 LDC* pues existe error en la apreciación de las cantidades percibidas por la FEB, no ha existido daño a la competencia, ni concurre dolo o negligencia.

CUARTO-. Con independencia del orden en que se plantean por la recurrente, es procedente examinar en primer lugar una cuestión que, a juicio de esta Sala, debe resolverse con carácter previo: si como sostiene la actora, la inscripción de las peñas en las competiciones es una actividad administrativa que queda extramuros de la Ley de Defensa de la Competencia.

El *artículo 43.3* de la Constitución Española establece que "Los poderes públicos fomentarán la

educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio."

La *Ley del Deporte 10/1990 de 15 de octubre*, en su preámbulo ya señala que "La Ley presta, asimismo, una atención específica a las Federaciones deportivas españolas y a las Ligas profesionales como formas asociativas de segundo grado.

Por primera vez se reconoce en la legislación la naturaleza jurídico-privada de las Federaciones, al tiempo que se les atribuyen funciones públicas de carácter administrativo. Es en esta última dimensión en la que se sustentan las diferentes reglas de tutela y control que la Administración del Estado puede ejercer sobre las Federaciones y que la Ley, cautelarmente, ha establecido con un absoluto y exquisito respeto de los principios de autoorganización que resultan compatibles con la vigilancia y protección de los intereses públicos en presencia."

Las Federaciones Deportivas Españolas aparecen reguladas en los *artículos 30 a 40* y concretamente el *artículo 30* señala:

"1. Las Federaciones deportivas españolas son entidades privadas, con personalidad jurídica propia, cuyo ámbito de actuación se extiende al conjunto del territorio del Estado, en el desarrollo de las competencias que le son propias, integradas por Federaciones deportivas de ámbito autonómico, clubes deportivos, deportistas, técnicos, jueces y árbitros, Ligas profesionales, si las hubiese, y otros colectivos interesados que promueven, practican o contribuyen al desarrollo del deporte.

2. Las Federaciones deportivas españolas, además de sus propias atribuciones, ejercen, por delegación, funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso como agentes colaboradores de la Administración pública."

Por su parte el *Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre*, sobre Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas en su *artículo 1 párrafo 1* igualmente establece:

"1. Las Federaciones deportivas españolas son entidades asociativas privadas, sin ánimo de lucro y con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente del de sus asociados.

Además de sus propias atribuciones, ejercen por delegación funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso, como agentes colaboradores de la Administración pública."

En la sección II del mismo se regulan las Funciones de las Federaciones, y el *artículo 3* establece:

"*Artículo 3.*

1. Las Federaciones deportivas españolas, además de sus actividades propias de gobierno, administración, gestión, organización y reglamentación de las especialidades deportivas que corresponden a cada una de sus modalidades deportivas, ejercen bajo la coordinación y tutela del Consejo Superior de Deportes, las siguientes funciones públicas de carácter administrativo:

a. Calificar y organizar en su caso, las actividades y competiciones oficiales de ámbito estatal.

A estos efectos, la organización de tales competiciones se entiende referida a la regulación del marco general de las mismas, según se establezca en la normativa federativa correspondiente.

b. Actuar en coordinación con las Federaciones de ámbito autonómico para la promoción general de sus modalidades deportivas en todo el territorio nacional.

c. Diseñar, elaborar y ejecutar, en colaboración, en su caso, con las Federaciones de ámbito autonómico, los planes de preparación de los deportistas de alto nivel en sus respectivas modalidades deportivas, así como participar en la elaboración de las listas anuales de los mismos.

d. Colaborar con la Administración del Estado y la de las Comunidades Autónomas en la formación de técnicos deportivos y en la prevención, control y represión del uso de sustancias y grupos farmacológicos prohibidos y métodos no reglamentarios en el deporte.

e. Organizar o tutelar las competiciones oficiales de carácter internacional que se celebren en el territorio del Estado.

f. Ejercer la potestad disciplinaria deportiva, en los términos establecidos en la Ley del Deporte, sus específicas disposiciones de desarrollo y sus estatutos y reglamentos.

g. Ejercer el control de las subvenciones que asignen a las asociaciones y entidades deportivas en las condiciones que fije el Consejo Superior de Deportes.

h. Ejecutar en su caso, las resoluciones del Comité Español de Disciplina Deportiva.

2. Las Federaciones deportivas españolas, desempeñan respecto de sus asociados, las funciones de tutela, control y supervisión que les reconoce el ordenamiento jurídico deportivo.

3. Los actos realizados por las Federaciones deportivas españolas en el ejercicio de las funciones públicas de carácter administrativo, son susceptibles de recurso ante el Consejo Superior de Deportes, cuyas resoluciones agotan la vía administrativa.

Las Federaciones tienen por tanto una actividad privada, y otra actividad pública en la que tienen encomendado por ley el ejercicio de potestades públicas, aunque no son titulares de las mismas, porque las ejercen por delegación.

En relación con los problemas que plantea el sometimiento de la Administración Pública a las normas de Defensa de la Competencia, esta misma Sala ha dictado varias sentencias en la que ha concretado algunas de las cuestiones que plantea el enjuiciamiento de este recurso: en la sentencia de 26-III-03 se resume el planteamiento como sigue "lo esencial en la cuestión que se examina, no es determinar la naturaleza jurídica de la actora, sino determinar qué competencias actúan, esto es, debe establecerse si la conducta sancionada se siguió en ejercicio del imperio propio de la Administración, o bien las facultades actuadas quedaban fuera del Derecho Público, y ello, porque en el primer caso nos encontraríamos ante una habilitación legal que justificaría la conducta, aún siendo ésta subsumible en el tipo infractor. Podemos afirmar en un primer momento, que la Administración Pública, actuando como tal, no se encuentra sometida al principio de libre competencia - y ello dada la habilitación legal de las potestades actuadas y la posición de Derecho Público que ocupa -, pero otra cosa es cuando actúa sometida a Derecho Privado, como sujeto de Derecho privado, y al margen de la habilitación legal de potestades... la afirmación de que el comportamiento de la recurrente lo fue en el ejercicio de funciones propias de su ámbito administrativo, nos llevaría a la ineludible conclusión, dado el principio de habilitación legal, de que opera el *artículo 2 de la Ley 16/1989*, y por ello que la conducta no podría ser sancionada ni prohibida por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Pero si la actuación discutida se encuentra fuera del contenido de las funciones públicas, tal conducta carecería de la cobertura del precepto citado. "

En el supuesto enjuiciado, a la vista de la normativa reseñada más arriba, resulta indudable que la conducta considerada abusiva es la siguiente:

"la FEB en las reuniones de su junta directiva, con el contenido reflejado en las correspondientes actas, así como a través de circulares remitidas a las peñas bolísticas, ha presionado a éstas para que cedieran sus derechos de retransmisión de los partidos a Audiovisual Cántabra, estableciendo que éste era un requisito necesario para su inscripción en las competiciones".

La primera parte está clara: la Federación actúa como Administración Pública cuando realiza la actividad de inscripción en las competiciones, pues según el reproducido *artículo 3 de la Ley del Deporte* así lo establece.

Por el contrario, el establecimiento de una condición como la cesión de los derechos de retransmisión deportiva a una determinada empresa para la inscripción de los clubes en la Liga Nacional, incluyendo entre la "normativa" de aplicación a las competiciones oficiales la aceptación del contrato firmado por la Federación para la retransmisión de los partidos no constituye una actividad administrativa.

El establecimiento de dicha condición no encuentra amparo en normativa alguna, y vincular el acceso a las competiciones a la cesión de los derechos de retransmisión a una determinada empresa (acceso que si está atribuido por ley a la Federación) constituye una conducta abusiva que está tipificada como conducta contraria a la libre competencia por la *Ley 16/89* si quién la ejerce tiene una posición de dominio.

A la Sala no le plantea dudas tal posición de dominio precisamente por las previsiones de la ley del Deporte al efecto, y por otra parte, sin la confusión que denuncia la recurrente, el Tribunal de Defensa de la competencia lo señala con toda claridad:

"Es evidente, en segundo término que en el mencionado mercado la FEB ostenta la posición dominante por ser el único oferente y tener el monopolio de decisión en cuanto a la inscripción de las peñas en las competiciones oficiales en las que únicamente esta entidad tiene atribuida la capacidad de organizar" y antes igualmente había señalado que el mercado relevante "es el de la inscripción de las peñas en competiciones oficiales de ámbito estatal".

De la lectura del expediente resulta a juicio de esta Sala que por la actora se ejerció presión a fin de lograr que todas las peñas cedieran los derechos litigiosos: en un ámbito deportivo como el descrito en las actuaciones, la retirada de subvenciones constituye presión, no resultando probado que como sostiene la recurrente con la palabra "subvención" se estuviera haciendo referencia exclusivamente a "contraprestación" por la retransmisión de los partidos de bolos.

Se alega igualmente que la decisión de vincular la inscripción de las Peñas a la cesión de derechos a una cadena de TV concreta está justificada por razones económicas, lo que excluye el carácter abusivo de la misma. De todas las razones alegadas (ventajas de la negociación colectiva de los derechos, emisión de las competiciones, imposibilidad de comercializar individualmente cada equipo las retransmisiones, pluralidad de derechos patrimoniales afectados...) no se concreta por qué la actora llevó a cabo las negociaciones sin contar con los clubes, o por qué precisamente con esa cadena de TV y no con otra u otras, por qué con una sola cadena, por qué esas determinadas condiciones económicas, en resumen, la justificación teórica aparece huérfana de las conclusiones que permitirían llegar a la pretendida razonabilidad económica y jurídica de la decisión.

QUINTO-. En relación con los elementos de la infracción, la Sala por los motivos expuestos en el fundamento jurídico anterior considera acreditado el elemento objetivo de la misma.

En cuanto al subjetivo, como regla general las infracciones pueden cometerse por dolo o culpa, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.

En este caso es claro que la actora podía haberse informado o mostrado una mayor diligencia, a fin de conocer que la conducta vulneraba la legislación sobre defensa de la competencia. Aunque la intención directa no fuese el falseamiento de la libre competencia, tal circunstancia se produjo con la actividad descrita en los hechos probados del acto administrativo impugnado, siendo tal conducta imputable a la recurrente al menos a título de culpa.

En cuanto al error en el cálculo de la sanción, por parte del TDC se señalan los elementos tenidos en cuenta para calcular el importe de la multa, conforme a lo dispuesto en el *artículo 10 de la ley 16/1989* vigente en las fechas relevantes:

"En este caso destacan los datos relativos a la duración de la infracción, que ha sido de tres años; el alcance de la restricción de la competencia, que se concreta en las competiciones oficiales de partidos de bolos antes mencionados; en cuanto a la cesión de los derechos audiovisuales mediante la contraprestación por temporada de 33.056 # a favor de las peñas bolísticas interesadas y de 2.104 # como norma fija percibida por la FEB, así como los efectos de la restricción, ya descritos en la relación de hechos considerados como probados. La valoración conjunta por el Tribunal de los mencionados datos, a los efectos de fijar la cuantía de la multa sancionadora, es apreciada en el sentido de establecer esta cuantía en ocho mil euros."

En el expediente administrativo obra copia del contrato suscrito para el año 2002 entre la Federación y Audiovisual Cantabria S.A., señalándose que la hoy actora percibiría la suma fija anual de 2.104 euros. Se firmaron otros contratos para el 2003 y en los folios 1022 y siguientes figura igualmente el contrato para el año 2005, con una retribución de 65.400 euros más IVA.

Ha quedado documentalmente justificada la base tenida en cuenta por el Tribunal de Defensa de la Competencia para determinar el importe de la sanción que a juicio de esta Sala es proporcionada a la vista de los elementos tenidos en cuenta para fijar su cuantía en relación con lo dispuesto en el *Art. 10 de la L.D.C.* Debe en consecuencia desestimarse el recurso.

SEXTO-. No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa* .

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE BOLOS contra el Acuerdo dictado el día 26 de septiembre de 2006 por el Tribunal de Defensa de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos por su conformidad a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el *art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial*.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Il^{ta}. Sra. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional.