



Roj: **SAN 3333/2021 - ECLI:ES:AN:2021:3333**

Id Cendoj: **28079230062021100344**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **29/06/2021**

Nº de Recurso: **413/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000413 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 3382/2017

Demandante: ASOCIACIÓN DE CLUBES DE BALONCESTO (ACB)

Procurador: D^a CONSUELO RODRÍGUEZ CHACÓN

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintinueve de junio de dos mil veintiuno.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 413/17 promovido por la Procuradora D^a Consuelo Rodríguez Chacón en nombre y representación de la **ASOCIACIÓN DE CLUBES DE BALONCESTO (ACB)**, contra la resolución de 11 de abril de 2017, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/DC/0558/15, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 400.000 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado, así como el Club de Baloncesto Tizona, S.A.D., representado por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez, y el Club Deportivo de Baloncesto Sevilla, S.A.D., representado por la Procuradora D^a María Inés Guevara Romero.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que "1.- *DECLARE NULA, ANULE O REVOQUE y DEJE EN TODO CASO SIN EFECTO la Resolución de 11 de abril de 2017, del Consejo de la CNC, por la que se imputa a mi representada una infracción del artículo 1 de la LDC y se la impone una multa sancionadora de 400.000 €.* 2.- *SUBSIDIARIAMENTE a lo anterior, se solicita la ponderación de la sanción en base a lo establecido en el Fundamento de Derecho de esta demanda*".

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO.- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 3 de marzo de 2021, prolongándose la deliberación a otras sesiones.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. **Francisco de la Peña Elías**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso impugna la ASOCIACIÓN DE CLUBES DE BALONCESTO (en adelante ACB) la resolución dictada con fecha 26 de mayo de 2016 por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/DC/0504/14 AIO, cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"PRIMERO.- Declarar acreditada en el presente expediente la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia y por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en adoptar acuerdos que imponen unas condiciones económico-administrativas desproporcionadas, inequitativas y discriminatorias en los términos expuestos en el fundamento de derecho cuarto de la presente resolución respecto a los clubes de baloncesto que adquieren el derecho a ascender de la Liga LEB ORO a la Liga ACB por méritos deportivos, y que no han sido previamente miembros de la ACB.

SEGUNDO.- Declarar responsable de esta infracción a la ASOCIACIÓN DE CLUBES DE BALONCESTO (ACB).

TERCERO.- Imponer a ACB una multa de 400.000 euros.

CUARTO.- Intimar a la ACB para que en el futuro se abstenga de realizar conductas semejantes a la tipificada y sancionada en la presente Resolución.

QUINTO.- Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución.

SEXTO.- Declarar confidencial la información a la que hace referencia el Fundamento de Derecho 5.5 de esta Resolución".

Como antecedentes de este acuerdo pueden destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes:

1. El CLUB BALONCESTO TIZONA, S.A.D., presentó el 5 de diciembre de 2014 ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia escrito de denuncia contra la ASOCIACIÓN DE CLUBES DE BALONCESTO (ACB) por supuestas conductas prohibidas por los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en imponer unas condiciones económico-administrativas complejas y costosas para los nuevos clubes de baloncesto que ascienden de la Liga LEB ORO a la Liga ACB. Lo que determinó que la Dirección de Competencia iniciase unas diligencias previas con objeto de determinar la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador.

2. Aportada documentación adicional por la denunciante, y tras un análisis preliminar de la información facilitada, la Dirección de Competencia dispuso el cierre cautelar de las diligencias previas abiertas al no apreciar indicios de infracción de los artículos 1 o 2 de la LDC.

3. Presentadas alegaciones por el Club denunciante, y aportados nuevos elementos, con fecha 28 de mayo de 2015 la Dirección de Competencia acordó el inicio de un procedimiento de información reservada en el cual llevó a cabo diferentes requerimientos de información. Y, con fecha 21 de octubre de 2015, y de conformidad con lo establecido en el artículo 49.1 de la LDC, el Director de Competencia acordó la incoación de expediente sancionador contra la ACB por conductas prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y en el artículo 1 de la LDC, declarando la condición de interesado del CB TIZONA.

4.- Incorporada nueva documentación como consecuencia de los diferentes requerimientos formulados al respecto por la Dirección de Competencia, y practicadas las demás actuaciones que refleja el expediente, mediante acuerdo de 15 de abril de 2016 se emitió Pliego de Concreción de Hechos que fue notificado a las partes el 18 de abril al objeto de presentar las alegaciones que tuvieran por conveniente. Y, con la misma



fecha, se requirió a la ACB información sobre su volumen de negocios a los efectos del cálculo de una eventual sanción.

5. Cumplimentado el requerimiento, y formuladas alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos, con fecha 17 de mayo de 2015, a la vista de las mismas, la Dirección de Competencia solicitó información Consejo Superior de Deportes (CSD) acerca de su papel en la determinación y control de las condiciones económico-deportivas de participación en la ACB contenidas en los convenios de coordinación firmados entre la Federación Española de Baloncesto y la ACB, así como una relación de todos los Estatutos, Reglamentos de la ACB y convenios de colaboración FEB/ACB que el CSD hubiera supervisado, requerimiento que fue cumplimentado por el Consejo.

6. El 19 de septiembre de 2016 se acordó al cierre de la fase de instrucción del procedimiento, y el 20 de septiembre siguiente el Director de Competencia adoptó la Propuesta de Resolución, frente a la cual formularon las correspondientes alegaciones tanto la ACB como el CB TIZONA.

7. Con fecha 14 de octubre de 2016, el Director de Competencia elevó el informe propuesta para su resolución a la Sala de Competencia de la CNMC, quien deliberó y falló el asunto en la sesión de 11 de abril de 2017.

SEGUNDO.- La resolución impugnada, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a la ACB como una asociación deportiva reconocida por la Ley 10/1990, de 15 de octubre del deporte (en adelante, Ley del Deporte) y por el Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, de Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas, creada en 1982 y que aglutina exclusiva y obligatoriamente a los clubes de baloncesto que cada año participan en la competición oficial de carácter profesional y ámbito estatal de la primera categoría de baloncesto español, la Liga ACB, integrada por 17 clubes al tiempo de dictarse la resolución recurrida.

Destaca también la CNMC que la Asociación es responsable de la organización de la citada Liga ACB en virtud del convenio firmado con la Federación Española de Baloncesto.

Se trata de una entidad sin ánimo de lucro, por lo que, como recogen sus Estatutos, los ingresos que obtenga actuando en nombre propio o en nombre e interés de los Clubes y Sociedades afiliadas deben destinarse al cumplimiento de los fines asociativos con arreglo a los criterios establecidos por la Asamblea General.

Dichos fines son, con arreglo a los Estatutos, la organización de campeonatos, la defensa de los intereses de los clubes en relación con el deporte y el impulso y fomento de todo tipo de actividades que contribuyan a su progreso, así como cualquier otro objetivo que le atribuya la legislación vigente.

Para el cumplimiento de dichos fines, la ACB ostenta una serie de competencias que incluye organizar sus propias competiciones; ejercer la potestad disciplinaria en los casos previstos en la normativa de aplicación; o desempeñar respecto de sus asociados las funciones de tutela, control y supervisión, estableciendo al respecto las normas y criterios para la elaboración de presupuestos y supervisando el cumplimiento de los mismos, entre otros.

Señala la resolución recurrida que, tal y como indica la propia ACB, ésta se rige por un *"modelo de agencia en el que anualmente los clubes reciben los beneficios generados por la ACB o en su caso, deben hacerse cargo de las pérdidas incurridas por ella. Desde los años 90, prácticamente en todos los años de existencia de la ACB se han generado beneficios más o menos sustanciosos que han sido distribuidos entre los clubes miembros"*.

Y añade respecto de los resultados económicos, que en los últimos cinco ejercicios contables anteriores los beneficios repartidos a los clubes han representado una media de 5,32 millones de euros por ejercicio, siendo así que en el denominado *"Informe de ACB temporada 2016/17"*, aprobado con fecha 22 de marzo de 2017, en relación con la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, y publicado en la página web de la asociación, se refleja como presupuesto de la Asociación aprobado para la temporada 2016/17 una previsión de ingresos ordinarios de 30.094.637 euros, y de gastos ordinarios de 16.029.685 euros.

Particular relevancia tiene la delimitación del mercado afectado que, desde la perspectiva del mercado de producto, se identifica con el mercado de organización de la competición de baloncesto profesional masculino en España de primera categoría, la denominada Liga ACB.

Explica la CNMC en este punto que la Federación Española de Baloncesto encargó en 1982 a la ACB, a través de un Convenio de Colaboración, la organización de esta liga profesional que, hasta ese momento, estaba a cargo de la Federación. Convenio que ha sido renovado periódicamente desde entonces.

Existen así en España cuatro ligas de baloncesto profesional masculino: la Liga ACB, la Liga LEB ORO, la Liga LEB 2 (o Liga Adecco Plata) y la Liga EBA, que representarían, respectivamente, la primera, segunda, tercera y cuarta categorías de baloncesto profesional masculino en España.

Describe la resolución el modo de funcionamiento de la competición, que resulta determinante para abordar el problema de competencia detectado, y señala al respecto lo siguiente:

"En su calidad de competiciones profesionales, estas diferentes ligas suponen la forma de agrupar los partidos entre equipos conforme a su nivel y, de este modo, normalmente se producen ascensos y descensos de Liga (nivel de competición) conforme a resultados deportivos cuando finaliza cada temporada.

En el caso de la categoría superior, la Liga ACB, la misma está formada habitualmente por dieciocho equipos, que compiten en una primera fase o "fase regular", en la que cada equipo se enfrenta dos veces a todos los demás (una vez como local y otra como visitante).

Al finalizar la primera vuelta, los ocho primeros clasificados disputan la Copa de Su Majestad el Rey (en adelante "Copa del Rey"), que se juega a partido único (en siete encuentros: cuartos de final, semifinales y final) en una misma sede y fin de semana. El vencedor obtiene el trofeo "Copa del Rey".

Al final de la "fase regular", los ocho primeros clasificados se enfrentan en la fase final de eliminatorias por el título ("play offs"), es decir, se emparejan esos ocho equipos conforme a su clasificación en la fase regular y disputan sucesivas eliminatorias de cuartos de final, semifinales y final⁴. El ganador final de estas eliminatorias es proclamado "Campeón de la Liga ACB".

Por otra parte, los equipos clasificados en las dos últimas plazas al finalizar la "fase regular" descienden a la categoría inmediatamente inferior, la Liga LEB ORO. La organización de la Liga ACB, tanto desde el punto de vista de la demanda como de la oferta, es un mercado de producto relevante en sí mismo, distinto de la organización de otras competiciones deportivas profesionales, incluidas las de baloncesto de inferior categoría.

Desde el punto de vista de la demanda, un equipo profesional de baloncesto, que cuente con una base de aficionados a este deporte, tiene como máxima aspiración competir en la Liga ACB. En particular, otras competiciones deportivas profesionales no se ajustarían a las preferencias de la mayoría de los aficionados del club ni serían adecuadas para los activos, entrenadores y jugadores de dicho club. Asimismo, las características de cada una de las ligas profesionales de baloncesto inferiores difieren sustancialmente de las de la Liga ACB, en términos de atractivo de los partidos para atraer espectadores (presenciales y por televisión) y patrocinadores, lo que también incide en el presupuesto del equipo y en su capacidad de captar y retener jugadores de mayor nivel. Además, los equipos que acceden a la Liga ACB tienen la oportunidad de participar en competiciones adicionales restringidas a equipos integrantes de dicha competición (competiciones europeas, Copa del Rey, Supercopa).

Desde el punto de vista de la oferta, la ACB es la única facultada para organizar la Liga ACB, como consecuencia de la normativa aplicable. En el caso de las otras tres ligas profesionales de baloncesto masculino en España (LEB ORO, LEB 2 y EBA), la Federación Española de Baloncesto (FEB) es la encargada de organizarlas".

De todo lo que concluye que, a los efectos del expediente sancionador, "... la organización de la competición de baloncesto profesional masculino en España de primera categoría (Liga ACB) conforma un mercado de producto relevante diferenciado, en el que la ACB actúa como único oferente y los distintos clubes de baloncesto interesados en participar en la Liga ACB son los demandantes".

Pondera la Comisión las ventajas que conlleva la participación en la Liga ACB entre las que destaca las de contenido económico, pues el atractivo de los partidos que juega el club de baloncesto aumenta de manera notable para atraer espectadores, presenciales y por televisión, anunciantes y patrocinadores, de tal modo que refuerza la capacidad de oferta de los equipos en los ámbitos relacionados de venta de entradas de partidos de baloncesto, venta de derechos audiovisuales de partidos de baloncesto, venta de espacios publicitarios, o merchandising, entre otros, lo que conlleva importantes rendimientos económicos para los clubes participantes.

Y termina el análisis del mercado ciñéndolo al espacio geográfico nacional.

TERCERO- La resolución hace, además, una prolija descripción de hechos probados que extrae de la documentación e información recabadas en el expediente y que, en buena parte, dedica a exponer la estructura y organización de la Liga ACB, con incidencia en el derecho deportivo de ascenso a la misma que logran los equipos que resultan campeón y sub-campeón en la liga inmediatamente inferior, la Liga LEB ORO; y, en contrapartida, el obligado descenso de los dos equipos que en la anterior temporada de la Liga ACB ocupen las dos últimas posiciones en la clasificación final.

Pero, al propio tiempo, el ascenso exige no solo las condiciones deportivas expuestas, sino que requiere cumplir las condiciones económico administrativas, hasta veintitrés, fijadas por la ACB en sus Estatutos, Reglamento de Competiciones y en las Normas de Competición, principalmente, pero también en los Acuerdos de la Asamblea General y el Convenio de Coordinación entre la FEB y la ACB



De tal modo que si alguno de los dos equipos con derecho deportivo de ascenso desde la Liga LEB ORO no logra cumplir con todos los requisitos que exige la ACB (las llamadas "vacantes" en las Normas de Competición de la ACB), esa plaza es ofertada al club mejor clasificado en plaza de descenso, y posteriormente al último clasificado

Lo que significa que cuando no se pueden cumplir los requisitos en tiempo y forma por algún equipo de los clasificados para el ascenso, la consecuencia directa es que no desciende de categoría alguno de los clubes que han perdido deportivamente el derecho a participar en la Liga ACB.

La resolución pone de manifiesto, con la relevancia que le atribuye después, que los clubes que, debiendo descender deportivamente, tuvieron opción a ocupar una vacante como consecuencia del no ascenso de un club de la categoría inferior, deben cumplir tan solo cinco requisitos, en contraposición con los veintitrés que, como decíamos, tiene que cumplir un club de nuevo ascenso.

Al propio tiempo, expone las importantes ventajas económicas que conlleva participar en la Liga ACB (apartado 4.2 de los Hechos Acreditados) y que la misma entidad actora evaluó en el expediente aportando el informe de una consultora (denominado "El valor de una plaza en la ACB- Marco valorativo").

La resolución se refiere a continuación a las condiciones de tipo económico-administrativo para el acceso a la Liga ACB desde la Liga LEB ORO -apartado 4.3 de los Hechos Acreditados-, condiciones que resume en unos cuadros y que son comunicadas por carta por la ACB a los dos equipos que han logrado el ascenso, con indicación del plazo para cumplirlas -antes del 15 de junio- de forma tal que, y así lo refleja de manera explícita la resolución, el club de baloncesto con posibilidad de ascenso tiene en torno a un mes para hacer efectivos estos requisitos económico-financieros desde que la ACB le envía la misiva, lo que no sucede en ningún caso hasta que no se han confirmado los dos equipos vencedores de la Liga LEB ORO.

Como resumen de tales requisitos, destaca que el montante económico total que el equipo de baloncesto procedente de la Liga LEB ORO tiene que desembolsar de cara a formalizar el ascenso a la Liga ACB, para un equipo que no haya ascendido nunca de categoría, supera los 4 millones de euros, a lo que se tiene que sumar una prenda o aval bancario de 600.000 euros por un plazo de 30 meses.

De estos requisitos económico-administrativos, los que mayor impacto tienen por su importe económico son la cuota de entrada y el fondo de regulación de ascensos y descensos.

La cuota de entrada se fija por la Asamblea General y resulta imprescindible para adquirir la condición de socio de la ACB. Sería la partida económicamente más importante, y la resolución la cuantifica, para el año 2015, en más de tres millones de euros en el caso de tratarse de un equipo que ascendiera por primera vez a la ACB -en concreto, 3.126.272,07 euros más IVA-

Entendemos que este concepto tiene particular relevancia en la configuración de la infracción que hace la CNMC, y sobre el cual se contienen en la resolución las consideraciones siguientes:

"Si bien la ACB se constituyó en 1982 e inició su actividad en la temporada 1983/1984, la cuota de entrada se instauró por primera vez ocho años después, a finales de 1991 (folio 866), con un importe inicial de 200 millones de pesetas (1.202.024 euros¹³) y, posteriormente en la temporada 1993/1994, la Asamblea General de la ACB decidió duplicar ese importe y fijarlo en "cuatrocientos millones de pesetas" (folio 3173) es decir, 2.404.048 euros para los ascensos, cantidad que se actualiza cada año conforme al IPC (folios 878 y 3155). Tras la instauración de esta cuota a finales de 1991, los equipos de baloncesto que habían abonado la cuota de entrada y descendían de categoría, podían recuperar, si así lo deseaban, el 50% de su importe al descender. En caso de nuevo ascenso, en temporada posterior ese club debía volver a abonar ese 50% o, bien si no se había solicitado recuperar el importe, el club no debía abonar cuota alguna para volver a ascender a la ACB (folio 866).

Con un cambio de normativa que tuvo lugar en 2003 (aplicándose para la temporada 2004/2005), el importe de la cuota de entrada se mantuvo, pero se eliminó la posibilidad de recuperar el 50% en caso de descenso (folio 868).

En la actualidad, y tras el cambio de normativa en 2003, la cuota de entrada es un importe que se tiene que abonar íntegramente la primera vez que un equipo de baloncesto asciende de la Liga LEB ORO a la Liga ACB y no es posible recuperar nada de lo abonado si se desciende de categoría. En sucesivas entradas a la liga se abonará la diferencia entre la cuota actualizada según IPC y aquella cuota de entrada vigente en la temporada de descenso deportivo (Disposición Adicional Segunda de las Normas de Competición, folio 2088).

La ACB considera la cuota de entrada como un "ingreso extraordinario que automáticamente pasa, en su caso, al reparto de beneficios que se hace a los clubes al finalizar cada temporada" (folio 857).

El hecho de que las cuotas de entrada abonadas por los clubes que ascienden de categoría se emplean directamente como beneficio para los clubes miembros de la ACB y se reparte entre ellos a partes iguales, se

observa claramente en la tabla aportada por la ACB en la que se recoge el reparto anual de beneficios en cada una de las últimas 5 temporadas (2010/2011 a 2014/2015) entre sus miembros (folio 3162)...".

El segundo concepto al que alude la resolución impugnada es la contribución al Fondo de Regulación de Ascensos y Descensos (FRAD). Y sobre el mismo refiere lo siguiente:

"El "Fondo de Regulación de Ascensos y Descensos" (FRAD) aparece mencionado en la Disposición Adicional Primera de las Normas de Competición de la ACB. Así se señala en esta disposición que: "Los Clubes y/o SAD que por ascenso de categoría obtengan el derecho deportivo de participar en competiciones profesionales de baloncesto deberán abonar (...) 1.563.134,58 euros en concepto de aportación al Fondo de Regulación de Ascensos y Descensos más el IVA correspondiente. (...) Las cantidades se actualizarán cada temporada en función del IPC" (folios 15, 32, 262 a 263, 862 y 2087 a2088). Con las actualizaciones y el IVA, el FRAD correspondiente a la temporada 2015/2016 fue de 1.891.392,14 euros (1.563.134,58 euros sin IVA) (folio 2875).

Este FRAD, conforme indica la ACB, se instauró en 2003, empezó a aplicarse en los ascensos de la temporada 2004/2005 y su importe coincidió con el 50% de la cuota de entrada entonces estipulada (se fijó en 1.202.024 euros: cantidad que los equipos de baloncesto de la ACB que descendían de categoría podían recuperar al descender, si así lo decidían, hasta ese momento, pero que con el cambio de normativa ese año, dejó de ser posible). Por ello, el FRAD se constituyó como un fondo que cada uno de los dos equipos descendentes cada temporada lo reciben y es de igual cuantía que lo abonado por cada club que asciende esa misma temporada (folios 869 y 878). Por esta causa, desde la ACB se considera que el FRAD es un "depósito o fianza que el club recupera en caso de descenso deportivo" (folio 870).

Este fondo se menciona en el Convenio de Coordinación entre la FEB y la ACB de 18 de marzo de 2008, pero únicamente para señalar que la ACB se compromete a no incrementar su importe hasta la temporada 2011/2012 inclusive (folio 1625).

En cuanto a su justificación, desde la ACB se señala que el FRAD persigue instaurar un "mecanismo de ayuda al descenso financiado por los clubes que ascienden, aplicándose por igual a todos los clubes que ascienden y descienden" (folio 873)".

Por último, concluye el apartado relativo a los Hechos Acreditados con un análisis de lo sucedido en cuanto a ascensos y descensos de categoría en las últimas cinco temporadas (entre la competición para la temporada 2011/2012 y la temporada 2015/2016) que, a juicio de la Comisión, resultaría ilustrativo sobre la situación en cuanto al acceso de clubes desde la categoría inferior en la ACB.

Así, y de acuerdo con las reglas deportivas de ascensos y descensos, se debería producir el ascenso desde la Liga LEB ORO a la Liga ACB de diez equipos (dos por temporada) y, correlativamente, un descenso de diez equipos participantes de la Liga ACB a la categoría inmediatamente inferior.

Sin embargo, resultaría significativo que en dicho período de cinco años sólo tres de los diez equipos que deberían ascender a la Liga ACB lograron hacerlo cumpliendo con todas las condiciones económico-administrativas requeridas en su momento de ascenso; y de esos tres clubes, solo uno -B.C. Andorra, S.A.- tuvo que abonar una cuota de entrada de algo más de 3 millones de euros, puesto que los otros dos clubes (Obradoiro C.A.B., S.A.D. y C.B. Murcia, S.A.D.) se encuentran listados en la excepción C2 y lo que abonaron en concepto de cuota de entrada fue de 93.081 euros cada uno en concepto de actualización del IPC de la cuota desde su ascenso. Nuevamente, ninguno de los dos abonó en su momento la cuota íntegra de algo más de 2 millones de euros.

De igual modo, dice la resolución, entre las temporadas 2011/2012 a 2015/2016, en siete de los diez casos, los equipos que deberían descender mantuvieron su plaza toda vez que los equipos vencedores de la Liga LEB ORO no fueron capaces de cumplir todos los requisitos de acceso a la ACB.

CUARTO.- Los hechos expuestos, que resumen los que refleja la resolución recurrida como acreditados en el curso del expediente, evidenciarían la conducta infractora que aprecia la propuesta de resolución y acoge finalmente la Sala de Competencia, y según la cual se habría consumado una "... infracción única y continuada de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 16/1989 y el artículo 1 de la LDC, como consecuencia de los acuerdos adoptados en el seno de la ASOCIACIÓN DE CLUBES DE BALONCESTO (ACB) para imponer unas condiciones económico-administrativas, especialmente las relacionadas con la cuota de entrada y el fondo de regulación de ascensos y descensos (FRAD), desproporcionadas, inequitativas y discriminatorias respecto a los clubes de baloncesto que adquieren el derecho a ascender de la Liga LEB ORO a la Liga ACB por méritos deportivos, y que no han sido previamente miembros de la ACB".

Infracción que califica como muy grave, de las previstas en el artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, a sancionar conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 16/89.



De acuerdo con la propuesta de la Dirección de Competencia, los dos principales elementos que obstaculizarían el acceso a la Liga ACB de forma injustificada, desproporcionada, inequitativa y discriminatoria, favoreciendo la permanencia de los clubes que ya compiten en la misma y que deberían abandonarla por resultados deportivos, son la cuota de entrada y el FRAD.

En cuanto a la cuota de entrada, la DC entiende que su propia existencia es injustificada porque no hay argumento alguno que permita validar su existencia dentro del sistema de ascensos para la Liga ACB, de tal forma que en realidad constituye, a su juicio, un mecanismo de expropiación de parte de los ingresos futuros del club que se reparte entre los miembros de la ACB y que no se utiliza para mejorar o invertir en el mejor funcionamiento de la competición, sino en beneficiar a aquellos equipos que ya pertenecían a la Liga ACB.

Además, considera que es desproporcionada al resultar muy superior a los ingresos anuales medios que tiene un club antes de participar en la ACB, y supera claramente los beneficios medios anuales que tienen los clubes de la ACB que participan en esta competición, especialmente los que han accedido por primera vez. nuevos entrantes. También incide en esa desproporción la subida producida entre las temporadas 1992/1993 y 1993/1994 (de 601.012 euros a 2.404.048 euros), que no estaba justificada por ningún tipo de ventaja adicional para los nuevos entrantes.

En cuanto al Fondo de Regulación de Ascensos y Descensos, aportación impuesta al club que asciende para hacer frente a la pérdida económica que supone el descenso de otro club, supone la CNMC que resultaría más justificado y proporcionado que la cuantía del mismo fuera cubierta por todos los clubes que han participado en la Liga ACB y que se han beneficiado del seguro que cubre su riesgo de descenso, y que disfrutaran de unos ingresos más elevados por la participación en dicha competición y no por los nuevos entrantes.

Para la Dirección de Competencia, el esquema de pagos asociado al FRAD es además discriminatorio teniendo en cuenta que, al tiempo de dictarse la resolución recurrida, había nueve clubes en la ACB que se beneficiaban del seguro generado por el fondo, a pesar de no haber contribuido nunca al mismo.

A lo que añade que la cuota de entrada y el FRAD distorsionan la capacidad competitiva de los clubes recién ascendidos a la Liga ACB desde el momento en que se ven obligados a hacer esfuerzos financieros muy importantes para hacer frente a estas condiciones económicas, lo que les coloca en una situación de desventaja para competir en la liga en términos de fichajes de jugadores, reduciendo injustificadamente, dice la CNMC, su competitividad deportiva.

QUINTO.- Frente a todas estas consideraciones en las que se sustenta el acuerdo sancionador, la Asociación recurrente centra la cuestión litigiosa en la capacidad del organizador de una competición profesional privada de establecer libremente los requisitos económicos que deben cumplir los clubes que pretenden acceder a ella por primera vez. Y supone que la sanción impuesta en realidad *"... destruye la esencia de la libertad de autoorganización de una competición profesional, expresión particular de la libertad de empresa que incluye la libertad de contratar o asociarse empresarialmente con terceros"* e impide a la actora *"... operar un modelo deportivo-económico eficiente que aúna las ventajas del modelo de franquicia (liga cerrada o con criterios de entrada exclusivamente económicos) y del modelo de ascenso deportivo (liga abierta o con criterios de entrada exclusivamente deportivos)"*.

Cuestiona la definición que del mercado de producto se hace en la resolución impugnada pues, a su juicio, dicho mercado no puede circunscribirse a la Liga ACB, sino que debería comprender la organización de competiciones profesionales de la misma especialidad deportiva de acuerdo con los precedentes judiciales y administrativos europeos y nacionales sobre esta materia. De otro modo, las competiciones organizadas por la FEB constituyen un mercado o mercados separados y los clubes que participan en dichas competiciones no pueden servir de referencia en el análisis competitivo de las normas de la ACB.

Y razona que esa definición de mercado de producto determina en realidad la existencia de una posición dominante de la ACB y sus normas de admisión de nuevos clubes, lo que abocaría a la aplicación del artículo 2 LDC pero, en ningún caso, del artículo 1.

De este modo, plantea una cuestión que aparece desde el primer momento en que se aborda el análisis de la estructura de la sanción que enjuiciamos -ciertamente particular-, cual es la de si resulta subsumible la conducta que se atribuye a la ACB en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Recordemos que, conforme a dicho precepto, *"1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. d) La aplicación, en las relaciones comerciales*



o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos".

Según la propia resolución, lo que se sanciona en este caso son los acuerdos adoptados en el seno de la ACB encaminados a imponer unas condiciones económico-administrativas, especialmente las relacionadas con la cuota de entrada y el fondo de regulación de ascensos y descensos (FRAD), desproporcionadas, inequitativas y discriminatorias respecto a los clubes de baloncesto que adquieren el derecho a ascender de la Liga LEB ORO a la Liga ACB por méritos deportivos, y que no han sido previamente miembros de la ACB.

Es decir, estamos ante decisiones adoptadas por la misma entidad sancionada, sin que el término *acuerdos* al que se refiere la CNMC pueda tener aquí la acepción común que implica la concurrencia de varias voluntades. Se trata, en definitiva, de la imposición de una decisión o conjunto de decisiones que, o se aceptan, o impiden acceder al mercado que la misma Comisión ha definido en la resolución al mantener que "... la organización de la competición de baloncesto profesional masculino en España de primera categoría (Liga ACB) conforma un mercado de producto relevante diferenciado, en el que la ACB actúa como único oferente y los distintos clubes de baloncesto interesados en participar en la Liga ACB son los demandantes". Ello se relaciona directamente con la misma estructura de la infracción que construye la CNMC y a la que nos referiremos después, en la cual atribuye la adopción de acuerdos a los clubes que integran la asociación y que tendrían la consideración de operadores económicos, si bien descarta que los mismos puedan constituir un cártel por cuanto "... no tienen carácter secreto" (apartado 4.2, Antijuridicidad de las conductas, página 29 de la resolución)

La crítica a la definición de mercado se planteó ya por la entidad recurrente en trámite de alegaciones al pliego de concreción de hechos y a la propuesta de resolución al considerar que el mercado de producto resultaba mucho más amplio, pues habría de identificarse con el mercado de organización de competiciones deportivas en relación con cada tipo de deporte.

Esta crítica se mantiene en la demanda, donde la ACB sostiene que la definición empleada en la resolución recurrida no tiene precedentes y se aparta de la definición de mercado utilizada por la Comisión Europea y otras autoridades nacionales en el ámbito de las competiciones deportivas, que la identifican con la organización de competiciones profesionales en la misma disciplina deportiva.

Advierte que ese ha sido además el criterio seguido por el mismo Club denunciante, para quien el mercado afectado sería el de la organización de competiciones deportivas de baloncesto en España.

Y apoya su posición en la interpretación mantenida por el Tribunal de Justicia en un supuesto que considera análogo, el resuelto en la sentencia de 1 de julio de 2008, asunto C-49/07 MOTOE, y que sería el mismo que el seguido por la Comisión en los asuntos SHOW JUMPING IRELAND, FEDERAZIONE ITALIANA SPORT EQUESTRI (FISE), AUTOMOBILE CLUB D'ITALIA (ACI), y SVENSKA BILSPORTFÖRBUNDET (SVF), donde se abordaban las conductas de federaciones deportivas que organizan competiciones propias o tienen acuerdos exclusivos con un determinado organizador, y que obstaculizaban o impedían el funcionamiento de competiciones rivales. En todos ellos el mercado de producto afectado sería el de la organización de competiciones en la misma disciplina o especialidad deportiva.

De entre estos precedentes tiene particular relevancia, por constituir un pronunciamiento del Tribunal de Justicia que incide sobre el concepto de mercado en relación con la organización de competiciones deportivas, la citada sentencia del asunto MOTOE.

La resolución recurrida contesta a esta crítica, planteada también por la ACB, como decimos, en sus alegaciones realizadas en el expediente administrativo, y se remite a la respuesta ya ofrecida por la Dirección de Competencia, para quien la sentencia citada no guarda relación con los hechos analizados pues el TJUE examina en la misma "... la posible existencia de una posición de dominio por parte de una entidad (ELPA) a consecuencia de la atribución de emitir informe vinculante ante cualquier solicitud de organización de competiciones automovilísticas".

Sin embargo, lo que resulta sin duda de interés a los efectos aquí discutidos no es esto, sino que, ante el conflicto planteado por la MOTOE -Federación Griega de Motociclismo- frente a la actuación de la ELPA, entidad representante en Grecia de la Federación Internacional de Motociclismo, y al margen de las consideraciones sobre la concurrencia en la misma de una doble cualidad como entidad dotada de prerrogativas públicas y, al propio tiempo, como agente económico y empresa en el sentido del derecho comunitario de la competencia (apartados 25 a 29), la sentencia parte de la existencia de un mercado, que identifica con el de la organización de competiciones de motocicletas, en el que la posición de la ELPA y el ejercicio por esta de las prerrogativas que describe la sentencia son susceptibles de incluirse en el ámbito de aplicación de los artículos 82 y 86 CE.



El TJUE se pronuncia en estos términos:

"51 En efecto, un sistema de competencia no falseada, como el previsto por el Tratado, tan sólo será posible si se garantiza la igualdad de oportunidades entre los diferentes agentes económicos. Encomendar a una persona jurídica como el ELPA, que organiza y explota comercialmente ella misma competiciones de motocicletas, la tarea de emitir para la administración competente un dictamen conforme sobre las solicitudes de autorización presentadas a fin de organizar tales competiciones, equivale de facto a conferirle la potestad de designar las personas autorizadas a organizar dichas competiciones, y a fijar las condiciones en las que estas últimas se organizan, y a conceder de este modo a dicha entidad una ventaja evidente sobre sus competidores (véanse, por analogía, las sentencias de 19 de marzo de 1991, Francia/Comisión, C-202/88, Rec. p. I-1223, apartado 51, y de 13 de diciembre de 1991, GB-Inno-BM, C-18/88, Rec. p. I-5941, apartado 25). Por tanto, dicho derecho puede llevar a la empresa que lo ostenta a impedir el acceso de los demás operadores al mercado afectado. Esta situación de desigualdad de condiciones de competencia se ve, además, subrayada por el hecho, confirmado en la vista ante el Tribunal de Justicia, de que cuando el ELPA organiza o participa en la organización de competiciones de motocicletas, no está obligado a recabar ningún dictamen conforme para que la administración competente le conceda la autorización requerida.

52 Por otro lado, dicha normativa, que concede a una persona jurídica como el ELPA la facultad de emitir un dictamen conforme sobre las solicitudes de autorización presentadas para organizar competiciones de motocicletas, sin que dicha potestad se vea sujeta a una reglamentación de límites, obligaciones o control, puede conducir a la persona jurídica a la que se encomienda emitir dicho dictamen conforme a falsear la competencia favoreciendo las competiciones que organiza o aquellas en cuya organización participa.

53 Teniendo en cuenta las consideraciones que preceden, procede responder a las cuestiones planteadas que una persona jurídica cuyas actividades consisten no sólo en participar en las resoluciones administrativas que autorizan la organización de competiciones de motocicletas, sino también en organizar ella misma tales competiciones y en celebrar en este contexto contratos de patrocinio, publicidad y seguro, está incluida en el ámbito de aplicación de los artículos 82 CE y 86 CE. Estos artículos se oponen a una normativa nacional que confiere a una persona jurídica, que organiza competiciones de motocicletas y celebra en este contexto contratos de patrocinio, publicidad y seguro, la facultad de emitir un dictamen conforme sobre las solicitudes de autorización presentadas para organizar dichas competiciones, sin que dicha potestad esté sometida a límites, obligaciones y control".

Es decir, aprecia la existencia de un único mercado, el de la organización de competiciones de motociclismo, en el que atribuye a la ELPA, que organiza sus propias competiciones, una posición dominante no limitada solo a estas.

Lo cierto es que la resolución recurrida no ofrece una explicación suficiente para no seguir el criterio que acoge el TJUE en este caso, y se limita a rechazar su aplicación argumentando que "se analiza la posible existencia de una posición de dominio por parte de una entidad (ELPA) a consecuencia de la atribución de la potestad de emitir informe vinculante ante cualquier solicitud de organización de competiciones automovilísticas", pero sin incidir en los aspectos sustanciales - mercado que comprende la organización de todas las competiciones de la disciplina deportiva correspondiente, conducta que se incluye en el ámbito de aplicación del artículo 82 CE, es decir, en el abuso de posición de dominante y no en el artículo 81 CE, hoy 101 del Tratado y 1 de la LDC-.

La posición de la CNMC se sustenta en la definición teórica del mercado de producto desde los criterios de sustituibilidad de la demanda y de la oferta lo que, en abstracto, encontraría justificación en los principios y pautas que proporciona la Comunicación de la Comisión de 9 de diciembre de 1997.

Sin embargo, es lo cierto que en España existen otras competiciones al margen de la ACB, organizadas por la Federación Española de Baloncesto, con independencia del mayor atractivo que pueda ofrecer aquella a los clubes competidores.

Pero, sobre todo, nada impide que, en el ejercicio de la libre iniciativa empresarial, puedan crearse otras competiciones profesionales que se integren y compitan con la ACB en ese mercado.

Al aludir a la sustituibilidad de la oferta, la resolución manifiesta que "Desde el punto de vista de la oferta, la ACB es la única facultada para organizar la Liga ACB, como consecuencia de la normativa aplicable. En el caso de las otras tres ligas profesionales de baloncesto masculino en España (LEB ORO, LEB 2 y EBA), la Federación Española de Baloncesto5 (FEB) es la encargada de organizarlas".

Suponemos, no obstante, que la perspectiva de la oferta en cuanto a la definición del mercado de producto habría de referirse, no a la posibilidad de organizar la Liga ACB, sino cualquier otra liga profesional que pudiera competir con esta en un mercado abierto en el que se garantice, como requiere la demandante, la libertad de



empresa de la que es manifestación en este ámbito concreto la de poder organizar una competición deportiva de baloncesto profesional distinta.

Esto resulta especialmente relevante para considerar que el mercado no ha sido definido de manera adecuada en la resolución.

A esta consideración contribuye el que, al analizar la estructura de la infracción, parte la CNMC de la existencia de acuerdos -a su juicio anticompetitivos por las razones que refleja la misma resolución recurrida-, adoptados en el seno de la ACB "... *equivalentes a acuerdos horizontales entre competidores, si bien no tienen carácter secreto, lo que descarta su calificación como cártel*" -página 29 de la resolución-. Y añade que "*En todo caso se trata de acuerdos adoptados en una asociación de competidores que desarrollan una actividad económica, lo que posibilita la aplicación de la normativa de competencia*".

En realidad, esta aseveración -se trata de un acuerdo horizontal entre competidores- implica atribuir la comisión de la infracción a los distintos clubes participantes en la ACB, lo que se compadece mal con el modo en que se configura finalmente la infracción, cuya comisión no se imputa -de hecho, no son sancionados- a dichos competidores, sino a la Asociación.

Además, la Comisión elude la calificación de esos acuerdos entre los clubes como cártel, no por su contenido y alcance, sino únicamente por el hecho de que los acuerdos no tuvieran carácter secreto, apoyándose para ello en la definición de cártel contenida en el Disposición Adicional Cuarta de la Ley 15/2007 en su redacción anterior a la modificación operada por el Real Decreto Ley 9/2017, de 26 de mayo.

No obstante, declara a continuación -página 30 del apartado 4.2- que "*la Sala considera que las condiciones económico-administrativas que regulan los ascensos y descensos de la Liga ACB constituyen una conducta prohibida a la luz del artículo 1 de la Ley 16/1989 y el artículo 1 de la LDC, de la que es responsable la ACB, quien adoptó esas decisiones mediante acuerdos en la Asamblea General de esta asociación*".

Evidencia con ello que la fijación de las referidas condiciones económico-administrativas que regulan los ascensos y descensos de la Liga ACB obedece a una decisión de la propia Asociación, que es una entidad dotada de personalidad jurídica propia y distinta de la de los asociados, clubes de baloncesto que participan en la Liga ACB, a quienes califica como operadores económicos independientes y cuyo concierto de voluntades sería constitutivo de un cártel si tuviera carácter secreto, según la propia CNMC.

Como decimos, confirma la existencia del acuerdo entre competidores, a los que no sanciona, para incardinar la conducta dentro del ámbito de las normas de competencia - "*En todo caso se trata de acuerdos adoptados en una asociación de competidores que desarrollan una actividad económica, lo que posibilita la aplicación de la normativa de competencia*"-. Pero atribuye la infracción a una decisión única adoptada por la ACB.

En definitiva, consideramos que la conducta que se imputa a la entidad recurrente no tiene encaje en la infracción del artículo 1 de la LDC tal y como se ha definido el mercado en la resolución recurrida, un mercado que se agota en la propia Liga ACB y que la resolución identifica con "*la organización de la competición de baloncesto profesional masculino en España de primera categoría (Liga ACB) (...), en el que la ACB actúa como único oferente y los distintos clubes de baloncesto interesados en participar en la Liga ACB son los demandantes*".

Esta definición del mercado en realidad determina que la conducta que se atribuye a la ACB constituya, en su caso, un supuesto de abuso de posición de dominio, tipificado en el artículo 2 de la Ley 15/2007. Pero no permite advertir la infracción del artículo 1, que es en realidad la que ha justificado la imposición de la sanción, que debe por ello ser anulada.

SEXTO.- Procede, en atención a lo expuesto, la estimación del recurso y la consiguiente imposición de las costas causadas en esta instancia a la Administración demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a Consuelo Rodríguez Chacón en nombre y representación de la **ASOCIACIÓN DE CLUBES DE BALONCESTO (ACB)**, contra la resolución de 11 de abril de 2017, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/DC/0558/15, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 400.000 euros. Resolución que anulamos por ser contraria a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la Administración demandada.



La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ