



Roj: **STS 2882/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2882**

Id Cendoj: **28079130032023100109**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **26/06/2023**

Nº de Recurso: **1349/2022**

Nº de Resolución: **866/2023**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3333/2021,**  
**ATS 7565/2022,**  
**STS 2882/2023**

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Contencioso-Administrativo

#### Sección Tercera

#### **Sentencia núm. 866/2023**

Fecha de sentencia: 26/06/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **1349/2022**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 13/06/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: **1349/2022**

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Contencioso-Administrativo

#### Sección Tercera

#### **Sentencia núm. 866/2023**

Excmos. Sres.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. Eduardo Calvo Rojas



D.ª María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 26 de junio de 2023.

Esta Sala ha visto por los magistrados indicados al margen, en su Sección Tercera, el recurso de casación número **1349/2022**, interpuesto por el Abogado del Estado, en la defensa y representación que ostenta, contra la sentencia de 29 de junio de 2021, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo nº 413/2017.

Han intervenido como parte recurrida la procuradora de los tribunales doña Consuelo Rodríguez Chacón, en nombre y representación de la Asociación de Clubes de Baloncesto, con la asistencia letrada de don Alejandro Javier Berasategi Torices y el procurador de los tribunales don Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y representación del Club Baloncesto Tizona, S.A.D, bajo la dirección letrada de don José María Benlloch Velar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** El Abogado del Estado interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de fecha de 29 de junio de 2021 (rec. 413/2017), por la que estimó el recurso interpuesto por 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, mediante la cual se impuso a dicha Asociación una sanción de multa por importe de 400.000 euros por entender que los Acuerdos de la Asamblea que regulaban las condiciones económicas de ascenso y descenso entre la Liga LEB ORO y la Liga ACB eran desproporcionados y discriminatorios considerándose una conducta prohibida al amparo del art. 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia.

**SEGUNDO.** Mediante Auto de 18 de mayo de 2022 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si puede declararse la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por la adopción de acuerdos por la Asociación de Clubes de Baloncesto 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.

**TERCERO.** El Abogado del Estado considera que la sentencia recurrida infringe los artículos 1 y 61.1 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia (LDC) en relación con el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en contraste con el artículo 2 LDC y 102 TFUE (anterior 82 CE).

Varios son los aspectos que aborda en su recurso:

1º Mercado relevante.

La sentencia impugnada modifica el mercado relevante tomado en consideración por la resolución sancionadora. Así, mientras que para la resolución sancionadora el mercado de producto es el de la organización de la Liga ACB, como mercado relevante y diferenciado del resto de las competiciones de baloncesto existentes en España y organizadas por la Federación. Para la sentencia impugnada el mercado debe comprender la organización de competiciones profesionales de la misma especialidad deportiva, lo que le lleva a sostener que la conducta que se atribuye a la ACB constituye, en su caso, un supuesto de abuso de posición de dominio del artículo 2 de la LDC, pero no una infracción del artículo 1, que es en realidad la que ha justificado la imposición de la sanción, que se anula.

Pues bien, en la medida en que la sentencia de instancia para llegar a esta conclusión parte de la delimitación del mercado relevante: el de la organización de competiciones deportivas de baloncesto, el representante del Estado lo cuestiona afirmando que el artículo 8 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre del Deporte, al regular las competencias del Consejo Superior de Deportes, establece que tiene competencia para calificar las competiciones oficiales de carácter profesional y ámbito estatal. Y como tales están calificadas las ligas de fútbol en primera y segunda división A y la de baloncesto en primera división (ACB) (disposición adicional Sexta del Real Decreto 125/1999, de 16 de julio).



Considera que el esquema de la ley del Deporte vigente en España no existe en absoluto libre iniciativa empresarial para crear otras competiciones profesionales que compitan con la Liga ACB, pues la creación de una competición profesional es una competencia exclusiva del Consejo Superior de Deportes.

De modo que la Liga ACB es la máxima competición masculina oficial de carácter estatal y la única liga profesional. Las otras tres ligas de baloncesto masculino en España (LEB ORO, LEB y EBA) es la Federación Española de Baloncesto la encargada de organizarlas y están deportivamente jerarquizadas entre sí por lo que no resultan competidoras en un mismo mercado.

El representante del Estado no pone en cuestión la existencia de requisitos económico-financieros para la entrada en la liga ACB (cuota de entrada y FRAD) sino únicamente la implementación de estos criterios a partir de 1992 desde la perspectiva del derecho de la competencia, su falta de proporcionalidad, su carácter equitativo y su carácter discriminatorio.

De acuerdo con lo expuesto la definición del mercado relevante utilizada por la resolución CNMC anulada por la sentencia, no es idónea y adecuada para sancionar al organizador.

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.

No se discute que puedan imponerse desde el derecho deportivo y el principio de la seguridad económica de la competición, sino su falta de proporcionalidad, su carácter debidamente equitativo y su carácter discriminatorio o no, y esta función corresponde a la autoridad de competencia y al ejercicio de su potestad sancionadora.

Así el representante del Estado considera que 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.

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).

2º La autoría puede estar atribuida a ACB como asociación de empresas en los términos definidos por la jurisprudencia europea (sentencia del TPI de 23 de enero de 2005, asunto T-193/02, Laurent Piau c. Comisión, referida a la posible infracción de los artículos 81 y 82 CE [actuales artículos 101 y 102] por parte de FIFA).

3º La conducta de ACB calificada como liga profesional en la legislación del deporte con competiciones subordinadas en el plano deportivo organizadas por FEB como federación deportiva se integra en las conductas prohibidas por el artículo 1 LDC y 1 ley 16/1989.

La resolución sancionadora está basada en la interpretación de los artículos 61.1 LDC en relación con los artículos 1 LDC y 101 TFUE, que, atendidas las circunstancias del caso, permite aplicar la LDC a las asociaciones de empresas como operadores económicos -ACB como Liga Profesional- que integra a otros operadores económicos-clubes y sociedades anónimas deportivas-empresas que participan en acuerdos colusorios mediante la primera.

El mercado relevante elegido es el adecuado para el análisis de prácticas restrictivas de la competencia, y puede considerarse que la ACB actúa por cuenta de los equipos, de los que emana en su condición de asociación de primer grado de las empresas constituidas por los clubes.

Es decir, estamos ante decisiones adoptadas por la misma entidad sancionada, que actúa como "agente" y "organizador" por cuenta de los operadores. 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 CNMC 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".

Se puede sancionar a una asociación de empresas en concepto de autor que actúa como organizadora de una competición deportiva en esquema de "agencia" de sus asociados obligatoriamente los cuales a su vez son empresas que compiten, o pueden competir, con otras homogéneas eventualmente competidoras por virtud de derecho deportivo (ascenso o derecho ganado "en la cancha"), cuando lo sancionado es la proporcionalidad de la cláusula económica que las excluye, no por su existencia, sino por su intensidad anticompetitiva.

Lo que la resolución originariamente impugnada valora, es que la ACB, a través de la adopción de acuerdos para aplicar aquellos requisitos, ha vulnerado el art. 1 LDC al distorsionar significativamente la capacidad competitiva de los clubes que habían ganado el derecho de ascenso deportivo a la liga. De este modo, la ACB no discrimina a los miembros de otra asociación sino a sus potenciales nuevos miembros, lo que permite integrar una práctica restrictiva de la competencia en los términos definidos por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

Por ello, solicita una sentencia que se case y anule la sentencia.

**CUARTO.** La Asociación de Clubes de Baloncesto (en adelante ACB) se opone al recurso de casación.

Considera que la sentencia impugnada acertó al considerar que la conducta imputada a la ACB era una decisión de una "Asociación de empresas".

De la jurisprudencia de los tribunales de la Unión Europea - STJUE asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/78, Heintz van Landewyck SarL y otros c. Comisión Europea; asunto 45/85, Verband der Sachversicherer e.V. c. Comisión; asunto T-193/02, Laurent Piau contra Comisión Europea; asunto C-309/99, Wouters y otros- y de la sentencia del Tribunal Supremo ( STS 1516/2018, de 19 de octubre) se extrae la conclusión de que para que una conducta de una asociación de empresas se incardine en el ámbito del artículo 1 del TFUE o del art. 1 de la LDC es imprescindible que esté destinada a dirigir el comportamiento de sus asociados en el mercado.

Lo relevante es que la sentencia se hace hincapié en el requisito fundamental de que la conducta asociativa pretenda coordinar el comportamiento competitivo individual de los asociados para que pueda ser tipificada como decisión de empresas o recomendación colectiva.

Considera que la conducta sancionada - la fijación de unos requisitos técnicos, económicos y de mérito deportivo para acceder por primera vez a la Liga ACB - es una potestad exclusiva del organizador de dicha competición (la entidad ACB) y solo regula su relación con los clubs ajenos a ella interesados en participar por primera vez en la Liga ACB. Esa conducta no refleja una voluntad de coordinar el comportamiento competitivo y la libertad de acción de sus asociados a diferencia de todas las sentencias citadas anteriormente. Dicho de otro modo, las normas atacadas por la RCNMC no regulan el comportamiento individual de los clubs integrados en la ACB por lo que no caben ser calificadas como una decisión asociativa incardinable en el artículo 1 LDC, más aún cuando el mercado relevante definido en la RCNMC es la organización de la Liga ACB en la que solo ofrece sus servicios la propia ACB.

En suma, la conducta enjuiciada no reflejaba una voluntad de la ACB de coordinar el comportamiento de sus asociados (facilitar una colusión entre ellos) sino el ejercicio de una potestad exclusiva de la asociación como ente jurídico independiente en el mercado de la organización de la Liga ACB (tal como fue delimitado por la RCNMC). Y sin este requisito fundamental exigido por la jurisprudencia, la conducta de la ACB no podía ser incardinada en el artículo 1 LDC.

Por lo que respecta a la definición del mercado relevante considera que no fue decisiva para el litigio que nos ocupa. A tal efecto, parte de que según la STS 1867/2018, de 21 de diciembre, no puede ser cuestionada en casación y, en todo caso, aplicó la jurisprudencia europea relevante (asunto C-49/07 MOTOE). Y además la sentencia recurrida no anuló la resolución administrativa por una incorrecta definición del mercado relevante, simplemente concluyó que en el mercado relevante solo operaba la ACB por lo que la referencia a una colusión entre los miembros de la ACB era incompatible con esa definición del mercado relevante: solo los organizadores de las competiciones operan en el mercado de la organización de las mismas (ya sea acotado a la propia competición organizada por el organizador como pretendía la RCNMC o incluyendo todas las competiciones de la misma disciplina deportiva, como ha sostenido la jurisprudencia europea y los precedentes administrativos.

También aduce que la Ley 10/1990 y el RD 1835/1991 refuerzan la errónea tipificación de la conducta.

El recurrente admite que el modelo cuestionado en la RCNMC había sido acordado por la FEB y la ACB en el marco de su Convenio de Coordinación, tal como prevé la normativa del deporte, pero niega cualquier relevancia jurídica al acuerdo de colaboración entre los organizadores de ambas competiciones. Así, el artículo 41 de la Ley 10/1990 dispone que "son competencias de las Ligas profesionales, además de las que



pueda delegarles la Federación deportiva española correspondiente, las siguientes: a) Organizar sus propias competiciones, en coordinación con la respectiva Federación deportiva española y de acuerdo con los criterios que, en garantía exclusiva de los compromisos nacionales o internacionales, pueda establecer el Consejo Superior de Deportes". El artículo 28 del Real Decreto 1835/1991 regula los Convenios de Coordinación entre la Federación y Liga profesionales correspondientes que pueden regular, entre otras cuestiones, los ascensos y descensos deportivos.

Esta parte acreditó en el procedimiento administrativo que tanto los requisitos de mérito deportivo como los requisitos económicos e importes cuestionados por la CNMC habían sido acordados por la FEB y la ACB en sus sucesivos Convenios de Coordinación (aportados al expediente), negociados bajo la supervisión del CSD y ratificados por su Presidente con su firma. No es posible disociar los requisitos de mérito deportivo de los requisitos económicos, ambas cuestiones son acordadas por las dos entidades en el Convenio de Coordinación.

Si la ACB podía negar el acceso a su competición (de acuerdo con la FEB), lógicamente también podía condicionar el acceso a ello al abono de una cuota de entrada (pago que solo se realizaba la primera vez que se accedía a la ACB y no en posteriores ocasiones) y un FRAD (aportación a fondo de solidaridad, recuperable en caso de descenso). En términos mercantiles, la RCNMC aceptaba que los accionistas de una sociedad pueden negarse a dar entrada a nuevos socios en el capital social, pero si deciden dar acceso, les prohíbe aplicar una prima de emisión a la compra de las acciones que reconozca el valor creado por la actividad previa de la sociedad (en el caso de la ACB, debidamente acreditado en el expediente administrativo mediante un informe económico externo y los datos históricos de reparto de ingresos a los clubs asociados).

Por todo ello solicita que se desestime el recurso de casación y se confirme la sentencia de instancia y subsidiariamente para el caso de que el recurso fuera estimado se solicita que se devuelvan las actuaciones a la sala de instancia para que se pronuncie con plena jurisdicción sobre el resto de los motivos de nulidad alegados en el recurso contencioso-administrativo del que traen causa estas actuaciones.

**QUINTO.** D. Alberto Hidalgo Martínez, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación del "CLUB BALONCESTO TIZONA, S.A.D", se personó en casación como parte recurrida, pero, tras defender las tesis del recurrente, termina solicitando la anulación de la sentencia.

Es jurisprudencia reiterada que la norma aplicable para analizar las decisiones de una asociación de clubes deportivos profesionales agrupados a una asociación -como la ACB- son los artículos 1 LDC y 101 TFUE. Los clubes deportivos que integran la ACB son empresas en el sentido de las normas de competencia. Es decir, son entidades con una actividad económica consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado. Cuando dichas empresas se agrupan en el seno de asociaciones (sea la LFP o la ACB), se trata de asociaciones de empresas en el sentido de los artículos 1 LDC y 101 TFUE. No obsta a lo anterior la conclusión que la ACB esté "dotada de personalidad jurídica propia y distinta de los asociados, clubes de baloncesto que participan en la Liga ACB [...]", pues estar dotado de personalidad jurídica propia es consustancial a cualquier asociación.

La jurisprudencia en el caso de las federaciones ha optado por aplicar el art. 102 TFUE ya que las federaciones deben considerarse empresas que agrupan a deportistas amateurs, pero no a empresas. Sin embargo, cuando las federaciones se unen entre sí y forman una asociación (por ejemplo, UEFA, agrupando a las federaciones de fútbol nacionales Asociación Internacional de Patinaje, agrupando a las federaciones de patinaje nacionales), sí es de aplicación el artículo 101 TFUE, como demuestra la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y las Decisiones de la Comisión Europea. Cuando las federaciones -que son consideradas empresas- se unen en una asociación, forman una asociación de empresas a los efectos del Derecho de la competencia. Así lo ha entendido la Comisión Europea, por ejemplo, al aplicar el artículo 101 TFUE a asociaciones como la UEFA en varias ocasiones en Decisiones relativas a derechos comerciales y de retransmisión.

La sentencia impugnada también se equivoca cuando partiendo de una diferente delimitación del mercado relevante llega a la conclusión de que es de aplicación el artículo 2 de la LDC, pues la definición del mercado relevante es permitir la identificación de los competidores de la empresa. Además, es necesario tener en cuenta que el criterio principal para delimitar el mercado es la sustituibilidad del producto o servicio en cuestión.

Antes de que la CNMC adoptara la Resolución sancionando a la ACB por las condiciones económicas que aplicaba a los clubes que ascendían, no hubo ascensos ni descensos durante seis años, lo que determinaba la existencia *de facto* de una liga cerrada que contravenía el modelo europeo del deporte anteriormente indicado. Durante al menos cuatro años, los clubes que obtenían el derecho de ascenso a la ACB por méritos deportivos debían renunciar a este derecho ante la imposibilidad de hacer frente al pago del canon de entrada a la ACB. Esto beneficiaba a los clubes de la ACB, pues al no haber ascensos, tampoco había clubes que descendieran de categoría. Esto daba seguridad y estabilidad a los clubes de la ACB al garantizarles un puesto en dicha competición, incluso si sus resultados deportivos le abocaban al descenso.



Pero es que, además, el canon y el resto de las condiciones de acceso eran fijadas por la Asamblea de ACB, conformada por los propios clubes, que a su vez se repartieron equitativamente las cantidades abonadas en concepto de canon de entrada, en aquellos años en los que los ilusos clubes que ganaban el derecho deportivo de ascenso, lograban reunir los fondos suficientes para abonarlo.

Los propios miembros de ACB excepcionaron el pago de la cuota de entrada y el fondo de regulación de ascensos y descensos a los miembros fundadores de la dicha Liga Profesional. Sin embargo, los clubes que ganaban en las canchas sus derechos deportivos de ascenso y abonaban el canon durante la primera década de este siglo, veían reducida sustancialmente su capacidad financiera para destinar a la contratación de jugadores de calidad, al tener que sufragar con cargo a ACB más de seis millones de euros. De esta forma el resto de los clubes/SAD integrantes de ACB, se favorecían de dicha desigualdad repartiéndose la cuota de entrada, mientras que aquéllos se veían abocados primero al descenso de categoría, y posteriormente a su liquidación y desaparición.

Por ello entiende conforme a Derecho la propuesta del Abogado del Estado, que se debe fijar la siguiente jurisprudencia:

- La norma aplicable a las conductas restrictivas de la competencia derivadas de decisiones de las asociaciones de empresas son los artículos 1 LDC y 101 TFUE, siendo los clubes deportivos profesionales empresas en el sentido de las normas de competencia y las asociaciones que los agrupan, asociaciones de empresas.

- El mercado relevante en las prácticas restrictivas de la competencia debe definirse principalmente desde el punto de vista de la demanda. En el caso de competiciones deportivas profesionales de primer nivel, sólo puede definirse un mercado relevante más amplio si se acredita que existen competiciones deportivas que son consideradas sustituibles por los consumidores incluso en caso de ligeros incrementos de precio.

Y termina solicitando que se dicte sentencia por la que, anulando la sentencia recurrida se estime plenamente nuestro recurso en los términos interesados, y, en consecuencia, acuerde la conformidad a Derecho de la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 11 de abril de 2017 en el expediente S/DC/0558/15 ACB.

**SEXTO.** Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, acordándose la celebración de vista pública, que tuvo lugar el día 13 de junio de 2023, y cuyo contenido quedó documentado en la correspondiente acta y en el soporte digital (CD) que obra unido a las actuaciones, procediendo en Sala a continuación a la deliberación y votación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Se impugna en casación la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de fecha de 29 de junio de 2021 (rec. 413/2017), por la que estimó el recurso interpuesto por la Asociación de Clubes de Baloncesto (ACB) anulando 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, que impuso a dicha asociación una sanción de multa por importe de 400.000 euros.

La resolución administrativa consideró que la ACB había vulnerado el art. 1 Ley de Defensa de la Competencia (LDC) al distorsionar significativamente la capacidad competitiva de los clubes que habían ganado el derecho de ascenso deportivo a la liga ACB, impidiendo, debido a unas condiciones económicas desproporcionadas, el ascenso de los clubes desde la división inferior y, por lo tanto, su participación en dicha liga. Ello integra, a su juicio, una práctica restrictiva de la competencia en los términos definidos por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

La sentencia de la Audiencia Nacional anuló dicha resolución al considerar que los acuerdos referidos a la fijación de las condiciones económico-administrativas de ascenso y descenso de la liga ACB, deben considerarse una decisión de la Asociación de Club de Baloncesto, entidad dotada de personalidad jurídica propia y distinta de la de sus asociados (los clubes de baloncesto que participan en la Liga ACB), a los que califica de operadores económicos independientes. Considera que la conducta que se imputa a la ACB -partiendo del mercado definido en la resolución recurrida que se agota en la liga ACB-, no tiene encaje en la infracción del art. 1 de la LDC dado que la conducta que se atribuye a la ACB constituye, en su caso, un supuesto de abuso de posición de dominio, tipificado en el art. 2 de la Ley 15/2007, pero no una infracción del art. 1 por la que se impuso la sanción recurrida que se anula.

**SEGUNDO.** Sobre la discordancia entre la posición de la parte correcurrida y la pretensión que sostiene.



Con carácter previo a cualquier otra consideración sobre la cuestión de fondo controvertida es preciso analizar la correspondencia entre la posición procesal que ocupa el "CLUB BALONCESTO TIZONA, S.A.D" en relación con la pretensión que defiende.

Dicha entidad se personó en el recurso de casación como parte recurrida, pero en su contestación al recurso sostiene la estimación del recurso de casación, argumentando a lo largo de su escrito la procedencia del mismo.

Como es bien sabido, en el orden contencioso-administrativo, también en casación, no está permitida la personación como coadyuvante del recurrente. Así lo ha declarado una reiterada jurisprudencia - STS de 17 de marzo de 2015 (rec. 614/2014) f.j 4; STS, de 24 de septiembre de 2014 (rec. 1375/2013) f.j 3; ATS, de 10 de julio de 2014 (rec. 3940/2013) STS, Contencioso de 12 de marzo de 2013 (rec. 736/2011) STS, de 25 de octubre de 2012 (rec. 5686/2010) STS nº 592/2022, de 18 de mayo (rec. 3874/2021) - en las que se ha afirmado que "no es posible aceptar la situación procesal de adherido o coadyuvante del recurrente en casación. Esta Sala ha declarado repetidamente (véanse, entre otros, los autos de 24 de enero de 2000 y 16 de marzo de 1998 y sentencias de 4 de febrero de 2002, 12 de noviembre de 2002 y 23 de enero de 2000, entre otras) que en el régimen del recurso de casación no está prevista la posición procesal de coadyuvante, ni cabe la adhesión a un recurso de casación interpuesto por otro", por lo que sus alegaciones no pueden ser tomadas en consideración por cuanto resultan incompatibles con su posición procesal.

**TERCERO.** Régimen de ascensos y descensos entre la Liga ACB y la Liga LEB ORO.

La Asociación de Clubes de Baloncesto (ACB), es una organización deportiva que agrupa y defiende los intereses de los clubes profesionales de baloncesto español.

La ACB goza de personalidad jurídica propia y está integrada exclusiva y obligatoriamente por todos los clubes y sociedades anónimas deportivas que participan en competiciones oficiales de baloncesto de carácter profesional y ámbito estatal. Se rige por lo dispuesto en la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, por las disposiciones dictadas en su desarrollo y por lo dispuesto en sus estatutos y los acuerdos y decisiones adoptados por sus órganos de gobierno (art. 1 de los Estatutos de la ACB).

Su Asamblea General -compuesta, como miembros de pleno derecho, por cada uno de los Clubes o Sociedades Anónimas Deportivas que ostenten la condición de socio de la Asociación de Clubes de Baloncesto-, es el máximo órgano de gobierno de la asociación y expresión de la voluntad de sus socios (art. 14 y 16 de los Estatutos de la ACB). Y sus acuerdos no solo se adoptan por los clubes que la forman, sino que además les vinculan.

Dicha asociación esta encargada de organizar la liga profesional de baloncesto (denominada "Liga ACB"), única liga oficial y de ámbito estatal, según establece en la Disposición Adicional Sexta del Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio. Siendo el Consejo Superior de Deportes el organismo que tiene la competencia para calificar las competiciones oficiales de carácter profesional y ámbito estatal ( art. 8 apartado e) de la Ley 10/1990, de 15 de octubre del Deporte y art.14 apartados j) y k) de la Ley 39/2022, de 30 de diciembre del Deporte).

La ACB se encarga de organizar la Liga ACB desde la temporada 1983/1984, en coordinación con la Federación Española de Baloncesto, en virtud del convenio firmado con dicha Federación, y de acuerdo con los criterios que pueda establecer el Consejo Superior de Deportes. El primer Convenio con la Federación se formalizo en 1982 y el último es de 18 de marzo de 2008 si bien se ha ido prorrogando.

El artículo 28 del Real Decreto 1835/1991 regula los Convenios de Coordinación entre la Federación y las Ligas profesionales, los cuales pueden regular, entre otras cuestiones, los ascensos y descensos entre las competiciones profesionales y no profesionales.

Los ascensos y descensos entre la Liga ACB de baloncesto y la Liga inmediatamente inferior (Liga LEB ORO) se producen entre los dos equipos que resultan campeón y subcampeón en la liga LEB ORO que ascienden 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, además, para poder hacer efectivo ese ascenso el club correspondiente debe cumplir las condiciones económico-administrativas fijadas por la ACB en sus Estatutos, Reglamento de Competiciones y en las Normas de Competición y también en los Acuerdos de la Asamblea General y el Convenio de Coordinación entre la FEB y la ACB.

Si alguno de los dos equipos (o los dos), que por su clasificación en la competición deportiva tienen la posibilidad de ascender desde la liga LEB ORO a la Liga ACB, no logra cumplir en el plazo marcado con los requisitos económicos establecidos, el club mejor clasificado en la plaza de descenso tiene la opción de permanecer en la Liga ACB (art. 8.2 de los Estatutos de la ACB).



Ello implica que cuando no se pueden cumplir los requisitos económicos por algún equipo de los clasificados para el ascenso, la consecuencia directa es que no desciende de categoría alguno de los clubes que habían perdido deportivamente el derecho a participar en la Liga ACB.

Son dos los criterios económicos que se cuestionan en el recurso:

1º Cuota de entrada o también llamada "canon de entrada".

Es el montante económico que el equipo de baloncesto procedente de la Liga LEB ORO tiene que desembolsar para formalizar el ascenso a la Liga ACB y resulta imprescindible para adquirir la condición de socio de la ACB. El importe y su actualización se adoptan por Acuerdos de la Asamblea General de la ACB y se incluyen en los convenios de colaboración con la Federación Española de Baloncesto, siendo validados por el Consejo Superior de Deportes.

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".

2º El segundo concepto cuestionado es la contribución al Fondo de Regulación de Ascensos y Descensos (FRAD).

Este Fondo se instaura como un mecanismo de ayuda al descenso financiado por los clubes que ascienden. De modo que los clubes que por ascenso de categoría obtengan el derecho a participar en la Liga ACB deberían abonar una cantidad en concepto de aportación al Fondo y cada uno de los dos equipos descendentes reciben la misma cantidad abonada por cada club que asciende esa misma temporada.

Al igual que el anterior se adopta por acuerdos de la Asamblea General de la ACB.

**CUARTO.** Sobre la aplicación del art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

La resolución administrativa y el representante del Estado en casación sostienen que los acuerdos adoptados en el seno de la ACB, referidos a las condiciones económico-administrativas relacionadas con la cuota de entrada y el fondo de regulación de ascensos y descensos (FRAD), son contrarios a la competencia.

El recurso no cuestiona el modelo de ascensos y descensos implantado ni la existencia de condiciones económicas para poder formar parte de la ACB y así participar en la Liga ACB organizada por dicha asociación.

La resolución sancionadora primero y el recurso de casación cuestionan las condiciones impuestas por entender que son "desproporcionadas, inequitativas y discriminatorias para 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".

La ACB, por el contrario, sostiene que el modelo centralizado y solidario de la ACB requiere un compromiso financiero de los clubes que acceden a ella por primera vez para compensar el sacrificio económico que han realizado los clubes fundadores de la competición admitiendo nuevos socios que se benefician de la asunción colectiva de gastos que los clubes deberían asumir proporcionalmente independientemente de su capacidad económica y de un reparto solidario. El esfuerzo económico exigido a los nuevos clubes garantiza un compromiso empresarial de los accionistas con el club y con la ACB a largo plazo. Una vez abonada la cuota de entrada, los accionistas tienen un incentivo para ayudar al club a permanecer en la ACB el mayor número de temporadas o volver a ella en caso de descenso, a fin de recuperar y rentabilizar sus inversiones.

La cuestión que presenta interés casacional se centra en determinar si puede considerarse como conducta prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, la adopción de acuerdos por la Asociación de Clubes de Baloncesto (en adelante ACB) en los que se fijan los requisitos económicos que han de cumplir los clubes de baloncesto que adquieren el derecho a ascender desde la liga LEB ORO a la Liga ACB por méritos deportivos y que no han sido previamente miembros de la ACB.

La sentencia impugnada cuestiona dos extremos para llegar a la conclusión de que la conducta que se imputa a la entidad recurrente no tiene encaje en el artículo 1 de la LDC sino, en todo caso, podría integrar un abuso de la posición de dominio:

Por un lado, cuestiona el mercado relevante tomado en consideración en la resolución sancionadora. El tribunal de instancia entiende que dicho mercado de producto no puede circunscribirse a la Liga ACB, sino que debe considerarse como mercado relevante el constituido por otras competiciones organizadas por la Federación Española de Baloncesto y cualquier otra liga profesional que pudiera competir con esta en un mercado abierto.

Por otra parte, entiende que se sanciona una conducta colusoria entre competidores entendida como un acuerdo horizontal se está atribuyendo la infracción a los distintos clubes participantes en el ACB, lo que se





compadece mal con el modo que se configura la infracción cuya comisión no se imputa a dichos clubes sino a la Asociación. A tal efecto añade que dicha Asociación es una entidad dotada de personalidad jurídica propia y distinta de la de los asociados, clubes de baloncesto que participan en la liga ACB. Y la Asociación en su contestación a la casación profundiza en este aspecto, argumentando que la conducta imputada no puede considerarse una decisión de una "asociación de empresas" pues para ello sería necesario que la conducta de dicha asociación estuviese destinada a dirigir el comportamiento de sus asociados en el mercado en el que operan, impidiendo o falseando la competencia.

Analizaremos las cuestiones planteadas por separado.

#### A) Delimitación del mercado de producto relevante.

Por lo que respecta a la delimitación del mercado relevante, el tribunal de instancia razona que, si bien la Liga ACB es la máxima competición de baloncesto profesional en España y la única liga profesional nacional, el mercado que ha tomarse en consideración en este caso debe ser más amplio y ha de incluir otras competiciones de baloncesto nacionales como las organizadas por la Federación de Baloncesto y la posibilidad de crear otras ligas privadas. Para ello toma en consideración la doctrina fijada en la STJUE de 1 de julio de 2008 (asunto C-49/07 caso MOTOE (Federación Griega de Motociclismo), donde se apreció la existencia de un único mercado (el de la organización de competiciones de motociclismo).

Esta conclusión, valorando el material probatorio existente, integra el control judicial que ha de ejercer el tribunal de instancia frente a las resoluciones administrativas sancionadoras adoptadas por CNMC, tal y como nos encargamos de destacar en las SSTS 20 de diciembre de 2018 (rec. 6552/2017), y en similares términos la STS 1867/2018, de 21 de diciembre (rec. 5720/2017).

Cuestión distinta es el alcance del control por el Tribunal Supremo al tiempo de conocer un recurso de casación, pues como también destacábamos en la sentencia de 20 de diciembre de 2018 "El control que corresponde ejercer a este Tribunal Supremo, al conocer del recurso de casación, consiste en determinar si el tribunal de instancia, al ejercer ese control, cumplió con los criterios fijados en la jurisprudencia de los tribunales de justicia de la Unión o si, por el contrario, incurrió en excesos, o si las razones jurídicas utilizadas no son conformes a derecho" pero no una nueva valoración alternativa a la realizada por la sentencia impugnada que implique la valoración del material probatorio, pues "El nuevo recurso de casación, con arreglo al artículo 87 bis 1 LJCA, se reserva para las cuestiones de derecho, con exclusión de las cuestiones de hecho y las referidas a la valoración de la prueba".

Somos conscientes de la dificultad que entraña muchas veces delimitar esa estrecha y delgada línea que separa la conclusión jurídica de la valoración de cuestiones fácticas, pero si es posible descartar aquellas alegaciones que, al hilo de una invocada infracción de la jurisprudencia comunitaria, pretenden, en realidad, una valoración alternativa de la actividad probatoria realizada por el tribunal, que forma parte del sustrato fáctico y valorativo del recurso.

En nuestro caso, los criterios tomados en consideración por el tribunal de instancia para delimitar un mercado relevante más amplio, que abarcaría también la existencia de otras ligas profesionales en España, aunque organizadas por la Federación Española de Baloncesto, e incluso la posibilidad de poder organizar otras ligas privadas, no puede considerarse una conclusión ilógica o contraria a la jurisprudencia de este Tribunal o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La definición del mercado relevante, a los efectos que nos ocupa, tiene como función establecer las limitaciones que tienen las empresas integrantes afectadas por la competencia y, por lo tanto, identificar los competidores. Pues bien, no cabe duda de que las ligas inferiores (especialmente la Liga LEB ORO) están conectadas con la liga ACB y los clubes que los integran son eventuales competidores por la comunicabilidad existente debido al sistema de ascensos y descensos de los clubes que las integran. Es la Federación Española de Baloncesto quien organiza las competiciones sin perjuicio de que delegue, como es el caso, la organización de determinadas competiciones a asociaciones como la ACB.

#### B) Acuerdos de la Asamblea de la ACB como acuerdo de una "asociación de empresas".

La segunda de las cuestiones planteadas es si los acuerdos de una asociación de clubes, fijando las condiciones económicas frente a eventuales competidores para poder acceder a la liga profesional oficial, pueden considerarse un acuerdo de una "asociación de empresas" incardinable en las conductas prohibidas por el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

El artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia - y en similares términos el art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea- prohíben los acuerdos entre competidores que distorsionen la competencia, concretamente se considera una conducta prohibida "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".

Pues bien, los clubes profesionales de baloncesto que integran la ACB desarrollan no solo una actividad deportiva sino también son empresas, desde la perspectiva de las normas de competencia, en cuanto entidades con actividad económica que ofrecen servicios en un mercado. Estos clubes se pueden agrupar en una asociación para la defensa de sus intereses y dicha asociación y los acuerdos que adoptan tienen, desde la perspectiva del derecho a la competencia, la consideración de acuerdos adoptados por una "asociación de empresas" en el sentido de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

A tal efecto, es oportuno traer a colación la sentencia del Tribunal de Primera instancia de 26 de enero de 2005 (Asunto T-193/02, Laurente Piau c. Comisión), referida a una infracción de los actuales art. 101 y 102 (anteriormente los artículos 81 y 82 del TUE) por parte de la FIFA en la que se afirmó "la FIFA tiene por miembros a asociaciones nacionales que agrupan a clubes para los que la práctica del fútbol constituye una actividad económica. Estos clubes de fútbol son, por consiguiente, empresas en el sentido del artículo 81 CE y las asociaciones nacionales que los reúnen son asociaciones de empresas en el sentido de esta misma disposición.

[...] Puesto que las asociaciones nacionales constituyen asociaciones de empresas y también, debido a las actividades económicas que desarrollan, empresas, la FIFA, asociación que agrupa a las asociaciones nacionales, constituye igualmente una asociación de empresas en el sentido del artículo 81 CE. En efecto, esta disposición se aplica a las asociaciones en la medida en que sus propias actividades o las de las empresas que pertenecen a ellas estén destinadas a producir los resultados a que se refiere la disposición (sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 1975, Frubo/Comisión, 71/74, Rec. p. 563, apartado 30). El marco jurídico en el que se toman las decisiones de las empresas y la calificación jurídica que a dicho marco dan los distintos ordenamientos jurídicos nacionales no tienen influencia alguna en la aplicabilidad de las normas comunitarias sobre la competencia (sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 1985, BNIC, 123/83, Rec. p. 391, apartado 17)".

Por otra parte, tanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como la de este Tribunal Supremo sostienen que no solo están prohibidos los acuerdos entre empresas sino también los adoptados bajo la cobertura de una asociación en la que se integran y que coordina su comportamiento. Así, este Tribunal ya en su sentencia de 17 de marzo de 2003 (rec. 10.329/1997), consideró que la actividad prohibida puede serlo cualquier acuerdo o conducta tendente para falsear la libre competencia, que puede ser realizada por cualquier agente económico -término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquéllos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado-; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos. Por ello, cabe concluir que tanto los empresarios individuales como las asociaciones de estos, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, están sujetos a las normas sobre competencia.

La STS nº 1516/2018, de 19 de octubre (rec. 4389/2017) confirma esta conclusión, al afirmar:

"Debe recordarse que el artículo 101 del TFUE (antiguo artículo 81 TCE) considera incompatible con el mercado interior y quedan prohibidos no solo los acuerdos entre empresas sino también "las decisiones de asociaciones de empresas" y las prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia. El Tribunal de Justicia ya desde su temprana jurisprudencia - sentencia de 29 de octubre de 1980 (asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/789), consideró que las previsiones del derecho comunitario (en la actualidad de la Unión Europea) referidas a la defensa de la competencia también eran aplicables "[...] a las asociaciones cuya propia actividad o la de las empresas que las integran tienda a producir los efectos que dicha disposición pretende impedir", pues las previsiones en defensa de la competencia no dejan de aplicarse por el solo hecho de haber sido aprobada por una asociación".

Lo relevante es que la conducta asociativa pretenda coordinar el comportamiento competitivo individual de los asociados, por supuesto cuando se trata de decisiones vinculantes para quienes las adoptan (sentencia del TJUE de 29 de octubre de 1980 (asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/78, Heintz van Landewyck SarL y otros c. Comisión Europea, párrafo 88), pero también incluso cuando se trata de decisiones no vinculantes -recomendaciones si se utiliza la nomenclatura nacional- cuando son aptas para armonizar el comportamiento competitivo de los asociados.

En nuestro caso, la Asociación de Clubes de Baloncesto (ACB) es una organización deportiva que agrupa y defiende los intereses de los clubes profesionales de baloncesto español, que goza de personalidad jurídica propia y está integrada exclusiva y obligatoriamente por todos los Clubes y sociedades anónimas deportivas que participan en competiciones oficiales de baloncesto de carácter profesional y ámbito estatal.



Su Asamblea General está compuesta, como miembros de pleno derecho, por cada uno de los Clubes o Sociedades Anónimas Deportivas que ostenten la condición de socio de la Asociación de Clubes de Baloncesto-, es el máximo órgano de gobierno de la Asociación y expresión de la voluntad de sus socios (art. 14 y 16 de los Estatutos de la ACB) y los acuerdos de la asamblea, no solo son adoptados de forma colegiada por los propios clubes profesionales que la integran, sino que además les vinculan.

De modo que los Acuerdos de la Asamblea General de la Asociación estableciendo las condiciones económicas para el ascenso son fiel reflejo de la voluntad de los clubes que lo adoptan con incidencia en las exigencias que todos ellos, constituidos en Asociación, imponen a los clubes que pretenden participar en la Liga ACB y son imputables y vinculantes a los mismos. Siendo posible sancionar a la asociación, considerada como "asociación de empresas", que adopta un acuerdo contrario a las normas de competencia.

**QUINTO.** Incidencia de los acuerdos por los que se establecen requisitos económicos para el ascenso y descenso sobre la competencia.

Se afirma por la ACB que las normas de acceso a una asociación empresarial no restringen la competencia salvo que el acceso a dicha asociación sea indispensable para operar en el mercado. Y añade que ni el artículo 101 TFUE (equivalente al artículo 1 LDC) ni el artículo 102 TFUE (equivalente al artículo 2 LDC) amparan la imposición a la ACB de una obligación de dar acceso a su competición a nuevos clubes en las mismas condiciones que a sus clubes fundadores e, incluso, en condiciones más favorables, que es lo que la Resolución de la CNMC persigue.

Debe empezar por recordarse que no se cuestiona que una competición organizada pueda establecer determinadas condiciones económicas, organizativas y administrativas a los clubes que pretenden formar parte de esta. Pero no debe olvidarse que no se trata de una competición privada sino oficial, organizada por delegación de la Federación española, y con reconocimiento público oficial a nivel nacional por una norma administrativa ( Disposición Adicional sexta del Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio), de modo que las trabas para el acceso y la participación inciden y limitan la posibilidad de participar en la única competición oficial de baloncesto profesional reconocida a nivel nacional.

Además, no debe olvidarse que el recurso no cuestiona la mera existencia de ciertas condiciones económicas para poder participar en la Liga ACB sino su desproporción y su carácter discriminatorio en cuanto impida, restrinja o falsee la competencia a los nuevos clubes que pretenden acceder a dicha competición oficial.

Sentadas estas consideraciones generales, procede analizar la importancia cuantitativa de las condiciones económicas impuestas y su eventual carácter discriminatorio, para después establecer si dichas condiciones tuvieron una incidencia efectiva como limite a la competencia.

Por lo que respecta a la importancia de las condiciones económicas impuestas, ha quedado acreditado en vía administrativa y no ha sido negado de contrario, que la cuota de entrada en el momento de su instauración, a finales de 1991, implicó una cantidad en pesetas equivalente a 1.202.024 €, si bien, en el caso de que estos clubes descendiesen de categoría, podían recuperar, si así lo deseaban, el 50% de su importe al descender. Y en caso de nuevo ascenso, tan solo debían abonar ese 50% o, bien si no se había solicitado recuperar el importe, el club no debía pagar cuota alguna para volver a ascender a la ACB.

Esta cuota se fue incrementando progresivamente en los años sucesivos, de modo que la cuota de entrada en la ACB en el año 2015 para un equipo que ascendiese por primera vez alcanzó la suma de 3.126.272,07 € más IVA, y su importe (antes de la modificación operada en el año 2017) no era posible recuperarlo si descendía de categoría.

Y por lo que respecta al Fondo de Regulación de Ascensos y Descensos (FRAD), -según afirma la resolución administrativa en virtud de datos proporcionados por la ACB- se instauró en 2003 y empezó a aplicarse en la temporada 2004/2005 y su importe coincidió con el 50% de la cuota de entrada entonces estipulada. Las cantidades se actualizaban cada temporada en función del IPC. El FRAD correspondiente a la temporada 2015/2016 fue de 1.891.392,14 euros (1.563.134,58 euros sin IVA).

En conclusión, los equipos que en el año 2015 deseaban participar en la Liga ACB y no perteneciesen a la ACB debían pagar aproximadamente 4,7 millones de euros más IVA (canon de entrada y fondo de regulación de ascensos y descensos).

El elevado importe de estas condiciones económicas y su aplicación desigual -los propios miembros de ACB excepcionaron el pago de la cuota de entrada y el fondo de regulación de ascensos y descensos a los miembros fundadores de la dicha Liga Profesional, por lo que determinados clubes de la liga nunca han pagado la misma y en el futuro si descienden y vuelven a ascender solo tendrían que pagar una actualización de cuantía mucho menor- comporta una clara desventaja para los nuevos aspirantes, que limita su posibilidad



de acceso a dicha competición y les constriñe a permanecer en la división de categoría inferior lo que, desde una perspectiva económica, condiciona sus ingresos económicos por entradas y patrocinadores. Pero, además, aunque pudieran ascender dichas condiciones también limitarían notablemente su capacidad para competir pues, según la resolución administrativa y tomando en consideración los datos aportados por la propia ACB, un equipo de baloncesto procedente de la Liga LEB ORO necesita un mínimo de cinco temporadas de participación en la liga ACB para poder amortizar la cuota de entrada impuesta por la ACB, lo que también limita enormemente su solvencia financiera, capacidad de fichajes y, por lo tanto, competitividad.

Por el contrario, el establecimiento de unas condiciones económicas exigentes resulta muy beneficiosa para los clubes que integran la ACB no solo porque se reparten el importe de esa cuota de entrada, al considerarla un ingreso extraordinario, sino también porque caso de que alguno de los equipos que tenían derecho al ascenso no lograra cumplir las condiciones económicas impuestas, el club mejor clasificado en plaza de descenso tenía la opción de permanecer en la Liga ACB (art. 8.2 de los Estatutos de la ACB). Ello implica que la existencia de unas condiciones económicas muy severas para los nuevos clubes que deseen entrar en dicha liga puede suponer un obstáculo a la entrada de nuevos competidores con el consiguiente mantenimiento del *status quo* de los clubes ya existentes.

Esta situación se agrava con el fondo de descensos que únicamente han de abonar los clubes que ascienden, pues el importe de este desembolso favorece a los clubes que descienden desde la Liga ACB con un ingreso suplementario que le sitúa en una situación de ventaja frente a los demás equipos que participan en la ligue LEB Oro, facilitando su situación financiera e incrementando su posibilidad de volver a ascender.

Tales acuerdos han tenido una incidencia real y efectiva en los ascensos y descensos de clubes entre la liga ACB y la liga LEB ORO acaecidos en los cinco años anteriores al momento en que se impuso la sanción. En la resolución administrativa se incluye un análisis de lo sucedido en las últimas cinco temporadas antes de dictarse la resolución sancionadora (entre la temporada 2011/2012 y la temporada 2015/2016).

De acuerdo con las reglas deportivas de ascensos y descensos, se deberían haber producido 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, resulta significativo que en dicho período de cinco años sólo tres de los diez equipos que deberían haber ascendido 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.) tuvieron que abonar en concepto de cuota de entrada una cantidad muy inferior en concepto de actualización del IPC de la cuota desde su ascenso.

En definitiva, 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 económicos para el acceso a la ACB.

La ACB afirma que no fueron las condiciones económicas impuestas por la ACB, aceptadas por la Federación, las que impidieron una movilidad fluida entre ambas ligas y por consiguiente limitaron la competencia sino que dichas condiciones económicas ya existían en temporadas anteriores en las que se produjeron ascensos y descensos, por lo que entiende que el incremento de las vacantes producidas se debe principalmente a factores externos (crisis económica, empeoramiento de la solvencia de clubes de la LEB ORO), conclusión que viene avalada por los problemas económicos de los clubes que han renunciado al ascenso.

Es cierto que la mala situación económica general incide y condiciona la situación financiera de todas las empresas y, por supuesto, de los clubs de baloncesto que viven de los ingresos de los espectadores, publicidad y derechos audiovisuales, pero es evidente que esta situación se complica y se convierte en una barrera infranqueable cuando las condiciones económicas de acceso a la Liga son especialmente gravosas. De modo que unas condiciones económicas para el ascenso menos exigentes y más proporcionadas podrían haber permitido el cumplimiento de los requisitos económicos por los nuevos clubs aspirantes. Y esta afirmación no es una mera especulación carente de base alguna, pues ha quedado acreditado que a raíz de la resolución sancionadora, en julio de 2017, y tras rebajarse las condiciones económicas hasta entonces existentes para poder hacer efectivo el ascenso- se eliminó el canon o cuota de entrada, y el equipo que tuviera derecho al ascenso debería ingresar un "valor de participación" que se cuantificó en 1.616.084 € a ingresar en cuatro años y que "se reintegra al club si deja de participar en dichas competiciones por causa de descenso deportivo" (art. 8.1. d) de los Estatutos de la ACB)- se normalizaron los ascensos y descensos. De modo que, pese a una situación económica general complicada en los años posteriores, especialmente en el año 2020, los ascensos y descensos se normalizaron desde que se relajaron las barreras económicas impuestas para ascender a la Liga ACB.



Finalmente, la ACB argumenta que, en todo caso, el modelo cuestionado habría sido acordado por la Federación Española de Baloncesto y la ACB en el marco de su Convenio de Coordinación, tal como prevé la normativa del deporte, y actuaron bajo la supervisión del CSD. Parece desprenderse de esta argumentación que tales acuerdos habrían estado amparados por la Administración deportiva competente y, por lo tanto, debe excluirse la responsabilidad de la ACB.

Lo cierto es que el importe de la cuota de entrada y el fondo de regulación de regulación de ascensos y descensos las toma la Asamblea General de la ACB en el marco de autonomía organizativa interna, prevista en el art. 41.2 de la Ley del Deporte, aun cuando tales acuerdos se incorporasen a algunos de los convenios suscritos con la Federación Española de Baloncesto y contasen con la aprobación del Consejo Superior de Deportes, que sin embargo no podía introducir modificaciones de oficio ( art. 10.2.b) de la Ley del Deporte).

Pero, en todo caso, tales acuerdos y el importe de las cantidades fijadas no se imponen por norma legal alguna y la intervención de la Administración no convierte en lícitas las conductas que se consideren contrarias a la competencia ni les exime de responsabilidad, sin perjuicio de que pueda ser apreciada como un factor de aminoración de esta como más adelante analizaremos. Así lo dispone el 4.2 de la LDC "Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal".

**SEXTO.** Por todo ello, se estima el recurso de casación y se anula la sentencia de instancia al considerar que los acuerdos de la Asamblea General de la ACB, fijando las condiciones económicas para el ascenso y participación en la liga ACB, deben considerarse un acuerdo colusorio imputable a una "asociación de empresas" que, al fijar condiciones, que por desproporcionadas y discriminatorias, impiden y restringen la competencia, incurren en la prohibición prevista en el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

**SÉPTIMO.** Sobre las restantes cuestiones que plantea la demanda de instancia.

Una vez estimado el recurso de casación, este Tribunal Supremo actuando como tribunal de instancia debe analizar el resto de los motivos de impugnación planteados por la ACB para impugnar la resolución sancionadora de 11 de abril de 2017 dictada por la Sala de la Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados de la Competencia, por el que se impuso a dicha Asociación una sanción de 400.000 €.

Los motivos de impugnación planteados en la instancia han sido, en su mayor parte, abordados y resueltos con motivo de las cuestiones tratadas para resolver el recurso de casación -delimitación del mercado relevante, antijuricidad de la conducta, la incidencia sobre el mercado y la competencia-.

Por otra parte, no se aprecia que los acuerdos analizados, por su alcance, los sujetos concernidos y el mercado tomado en consideración, afecten al intercambio de bienes y servicios entre Estados miembros ni por lo tanto que fuese necesario comunicar la existencia del expediente sancionador a la Comisión Europea ni que pueda afirmarse la eventual incompetencia de la CNMC para instruir el expediente e imponer la sanción. Las condiciones económicas de ascenso a la ACB afectan a clubes de ámbito estatal que actúan en una liga estatal, sin que la posterior incorporación a la Liga ACB y su posible proyección a competiciones europeas resulte suficiente para entender que afecta al mercado europeo tomando en consideración que dichas competiciones tienen unas organizaciones independientes y unas normas de regulación que no se ven afectadas por las previsiones que nos ocupan. Por ello se considera que las prácticas afectan al ámbito nacional sin la aptitud suficiente para afectar de forma apreciable al comercio de los Estados miembros.

Tan solo resta examinar la pretensión subsidiaria consistente en determinar si la sanción impuesta es desproporcionada.

El art. 10.1 de la Ley 16/1989 establece "1. El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7, o dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el artículo 4.2, multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal".

La resolución administrativa impuso una sanción de 400.000 €, para ello valora la definición del mercado relevante, los efectos anticompetitivos y su duración ("casi 25 años"), y razona que "La valoración del conjunto de factores expuestos anteriormente -modalidad de la infracción, alcance y dimensión de la conducta, efectos producidos y duración de la infracción- lleva a esta Sala del Consejo de la CNMC a imponer una sanción de 400.000 euros.

La sanción se sitúa en el tramo medio del arco sancionador establecido en el artículo 10.1 de la Ley 16/1989 (cuyo límite superior es de 901.518 euros)".



Tal y como hemos señalado a lo largo de esta sentencia, la conducta anticompetitiva desplegada por la ACB tuvo una incidencia efectiva en el régimen de ascensos y descensos de los clubes entre las ligas ACB y Liga LeB Oro, pero, tal y como se ha afirmado anteriormente y la propia resolución administrativa admite, el periodo en el que se demuestran más intensamente los efectos restrictivos aparece referido a las cinco temporadas anteriores a la resolución sancionadora, y no durante 25 años, tal y como afirma la resolución cuando cuantifica la sanción.

Por otra parte, en los términos que hemos expuesto en anteriores fundamentos jurídicos, los Acuerdos de la Asamblea de la ACB que nos ocupan se incorporaron en muchos casos a los convenios de colaboración suscritos con la Federación Española de Baloncesto y contaban con la supervisión del Consejo Superior de Deportes. En definitiva, los acuerdos anticompetitivos sancionador eran conocidos y contaban con la aprobación de la Administración deportiva, lo cual no sirve para exonerar de responsabilidad a la ACB, pero debe tomarse en consideración para aminorar su responsabilidad, pues dicha Asociación pudo actuar durante ese tiempo en la confianza de que estaban actuando dentro de la legalidad.

Por ello, consideramos procedente estimar en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por la 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, reduciendo el importe de la sanción a la suma de 200.000 €.

#### **OCTAVO.** Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el art 93.4 LJ y respecto a las costas de casación cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad sin que se aprecien razones de temeridad o mala fe en el presente litigio que justifiquen la imposición de las costas a ninguna de las partes intervinientes.

Y por lo que respecta a las costas de instancia dada la estimación parcial del recurso no ha lugar a imponer las costas a ninguna de las partes, de modo cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico sexto:

1º Ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de fecha de 29 de junio de 2021 (rec. 413/2017), que se casa y anula.

2º Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por 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, mediante la cual se impuso a dicha Asociación una sanción de multa por importe de 400.000 euros, anulando dicha resolución por lo que respecta al importe de la sanción que se reduce a la suma de 200.000 €.

3º No se imponen las costas ni de la instancia ni de casación a ninguna de las partes litigantes.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.