TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2016-2017

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DEPORTE PROFESIONAL

ANTITRUST LAW AND PROFESSIONAL SPORT

AUTORA:

CARLOTA FERNÁNDEZ OSORIO

DIRECTOR:

JULIO ALVAREZ RUBIO

ÍNDICE

1. Introducción (*página 3)*
   1.1. Concepto de Derecho de la competencia (*pág. 3)*
   1.2. Concepto de Derecho del deporte *(pág. 4)*
   1.3. Relación entre el Derecho de la competencia y el deporte profesional *(pág. 6)*
2. Ámbito de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia y de la Ley de Competencia Desleal al deporte profesional *(pág. 8)*
   - Nota importante: distinción entre Club y Sociedad Anónima Deportiva
3. Estudio de las repetidas infracciones del artículo 1 y 2 LDC *(pág. 11)*
   3.1. Caso Real Murcia CF *(pág. 11)*
   3.2. Caso Pedro León *(pág. 13)*
   3.3. Expediente sancionador de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a la ACB *(pág. 17)*
4. Ayudas de Estado en relación los tres expedientes abiertos por la Comisión Europea ("Asunto clubes valencianos", "Asunto Real Madrid" y "Asuntos clubes-SAD") (*pág. 19)*
   4.1. Introducción (*pág. 19)*
   4.2. Concepto de ayuda pública (*pág. 20)*
   4.3. Ayudas de Estado en la normativa comunitaria (*pág. 24)*
5. Reparto colectivo de los derechos de televisión *(pág 26)*
   5.1. Introducción (*pág 26)*
   5.2. Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional *(pág. 26)*
   5.3. Informe CNMC sobre la propuesta de LNFP de condiciones para la comercialización de derechos de explotación de contenidos audiovisuales en televisión en abierto y en televisión de pago bajo demanda del Campeonato Nacional de Liga y Copa de S.M. el Rey para las temporadas 2016/17 a 2018/19, de 26 de mayo de 2016 *(pág. 28)*
6. Conclusiones *(pág 30)*

1. Introducción

1.1 Concepto de Derecho de la competencia

El punto de referencia para explicar el Derecho de la competencia es la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, en cuya exposición de motivos se recoge la obligación constitucional de defensa de la competencia:

"El artículo 38 de la CE reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y la garantía y protección de la misma por los poderes públicos, de acuerdo con las exigencias de la economía, en general, y en su caso de la panificación."

Sobre la base de ese principio, la existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos esenciales de la economía de mercado, en cuanto disciplina la actuación de las empresas y asigna los recursos productivos de la forma más eficiente en favor de los operadores económicos y las técnicas más productivas.

La libre competencia es un principio básico que el ordenamiento jurídico ha de tutelar. A diferencia de lo que hacían los ordenamientos del siglo pasado, que estimaban que la protección de la libre competencia se debía basar pura y simplemente en su reconocimiento, en el momento presente se considera que la disciplina de la libre competencia es más compleja. Por esta razón el legislador ha debido intervenir para poner coto a las prácticas restrictivas de la competencia y a las eventuales conductas de abuso de las empresas que puedan ocupar una posición dominante en el mercado, que se encuentran reguladas en la actualidad en la ley 15/2007, de 3 de julio, denominada de defensa de la competencia. Ley que se ha completado por su reglamento aprobado por RD 261/2008, de 22 febrero.

Por lo que respecta al ámbito comunitario, se encontraba recogido en el capítulo primero, rotulado "Normas sobre la competencia", que figuraban en el Tratado de Roma de 1957 y que siguen figurando en el artículo 101 y siguientes del TFUE.

En conclusión, se puede definir el Derecho de la Competencia como la rama del Derecho que establece la prohibición de los acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia como pueden ser las conductas colusorias (fijación de precios, recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conductas conscientemente paralelas), el abuso de posición dominante, el falseamiento de la libre competencia por actos desleales, teniendo especial importancia también las concentraciones económicas y las ayudas públicas.

La Ley de Defensa de la Competencia actual ha tomado como punto de partida la experiencia adquirida en la aplicación de las anteriores leyes "anti trust" y se ha articulado en torno a los siguientes principios, que actúan como vertebradores del sistema:

- Seguridad jurídica en relación con el marco normativo y los procedimientos administrativos.

- Independencia y predictibilidad en la adopción de decisiones.

- Transparencia y responsabilidad social por lo que se refiere a la aplicación de las normas de defensa de la competencia.

- Eficacia de las actuaciones de las autoridades de defensa de la competencia en la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia.

- Coherencia del sistema, tanto a nivel comunitario, nacional y autonómico, como a nivel administrativo y jurisdiccional.

Por otra parte, en la elaboración de la Ley se ha tenido principalmente en cuenta, según se desprende de su Preámbulo, los cambios que recientemente se han producido en el sistema comunitario europeo de defensa de la competencia, destacando entre ellos la consolidación de los mecanismos de aplicación privada de las normas de competencia, la supresión del sistema de autorización de acuerdos y la implantación de las políticas de clemencia, así como la descentralización de la aplicación de las normas relativas a las prácticas restrictivas de la competencia en las CCAA con competencia en materia de comercio interior, establecida por la ley 1/2002 de coordinación de las competencias del Estado y las CCAA en materia de defensa de la competencia.

1.2 Concepto de Derecho del deporte

El deporte es uno de los fenómenos sociales más importantes que rodea la vida diaria del hombre moderno. Se trata de una realidad que no podemos ignorar, desde su expresión pública que conoce la sociedad hasta lo más intrínseco: su normativa, su propio ordenamiento jurídico tan necesario en esta rama como en el resto de esferas de la vida.

La creciente importancia del deporte como realidad cotidiana resulta acreditada por su significación económica y social, sin olvidar su dimensión cultural y educativa. El contenido económico del deporte, si bien hoy – señala Cazorla Prieto – el fenómeno deportivo carece de auténtica autonomía frente a los intereses económicos. El ingrediente económico del deporte moderno, que en un comienzo apareció no más que en cualquier otra actividad humana, pasó con el tiempo a ser verdadero condicionante de aquel.[1]

El deporte a diferencia de otros fenómenos de igual o menor trascendencia ha constituido en parte y hasta hace bien poco, una excepción a la común racionalización o contemplación intelectual y examen crítico aplicado a todos los acontecimientos que afectan o rodean a los hombres. Esta realidad se hace particularmente visible en el campo de los estudios que versan sobre las implicaciones políticas, económicas y sociales del deporte y sobre su marco jurídico. En ese olvido, falta de atención e incluso menosprecio, dice Bermejo Vera, ha jugado cierta baza la tradicional confusión sobre los auténticos objetivos del deporte.[2]

En el alejamiento de los intelectuales del análisis global del fenómeno deporte se ha cometido, escribe Cazorla Prieto, un doble error: por un lado, se ha confundido la práctica del deporte con las implicaciones de toda índole que el tema deportivo entraña; por otro, se ha desconocido el destacado lugar que ocupa el deporte en la sociedad moderna.[3] Sin embargo, por todas estas razones, porque el deporte es uno de los pilares de la sociedad desde tiempos remotos, y está presente en cada conversación diaria o en cada portada de los periódicos, es necesario alejarnos de esa forma de entender de forma separada el deporte del estudio, y empezar a compaginarlo como un conjunto perfecto de aspectos físicos y por otro lado aspectos intelectuales, como puede ser la rama jurídica del deporte.

¿Existe el derecho deportivo como disciplina autónoma?

Este tema es tratado de forma temprana en Italia, la primera manifestación del derecho deportivo como rama autónoma tuvo lugar en 1932 a raíz de un comentario de Cesarini Sforza a propósito de la revisión jurisdiccional de ciertas sanciones disciplinarias del Jockey Club

[1] CAZORLA PRIETO, L.M. "Consideraciones jurídico-políticas sobre el deporte", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 53 (1978), página 53

[2] BERMEJO VERA, J. "El marco jurídico del deporte en España", *Revista de Administración Pública*, nº 110 (1986), página 7

[3] CAZORLA PRIETO, L.M. *Deporte y Estado*, Barcelona (1979)

italiano, en el cual señalaba que la comunidad deportiva generaba su propio Derecho, sus propias relaciones jurídicas, bajo formas y principios diferentes a los estatales; y desde luego, autosuficientes. En 1949 fue Giannini quien sostenía en un artículo que el ordenamiento deportivo constituye un auténtico sistema autónomo por la concurrencia de tres elementos: plurisubjetividad, normación y la organización.[4]

En nuestro sistema, Palma Fernández se ha inclinado también por la autonomía del ordenamiento jurídico deportivo, aplicando las características que Rodríguez Bereijo exige para justificar la autonomía de una rama del Derecho: a) una base social diferenciada sobre la que proyectar las normas de un ordenamiento; b) unas normas que regulan dicho fenómeno social y constituyen un ordenamiento; c) unos principios generales de los que emanan las normas o reglas particulares.[5]

Aunque aún puede ser pronto para hablar de una autonomía total en España del derecho deportivo, sí que existe un camino hacía ello con la creciente aparición de normas jurídicas dispersas que regulan una serie de aspectos parciales, laborales, mercantiles, civiles, administrativos, etc; que se dirigen a formar un bloque denominado ordenamiento jurídico deportivo.

1.3 Relación entre el Derecho de la competencia y el deporte profesional

Encontramos en el Derecho de la Competencia una rama que encaja a la perfección en la resolución de conflictos del nuevo ámbito del ordenamiento jurídico autónomo ya antes explicado (derecho deportivo), pero tan novedoso que carece de autosuficiencia normativa. Esta carencia la suple acudiendo a otros ordenamientos, en este caso al Derecho Mercantil y más concretamente al Derecho de la competencia.

Desde el punto de vista jurídico se trata de una conexión razonable, pero aún más razonable entendiendo el deporte como una actividad ya no solo de ocio, sino con un gran trasfondo económico-empresarial. Surgen de esta forma problemas propios del ámbito mercantil pues hay un gran factor económico, pero con vicisitudes propias de la nueva rama del Derecho que venimos definiendo, el Derecho deportivo.

---

[4] GIANNINI, M.S. "Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi", *Rivista di Diritto Sportivo*, nº 1-2 (1949), **citado por** LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO**,** *Derecho del deporte*, (1992), página 31

[5] PALMA FERNÁNDEZ, J.L. "La naturaleza del Derecho deportivo, el problema de su autonomía", en *Derecho Deportivo*, (1985) **citado por** LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO**,** *Derecho del deporte*, (1992), página 31

De esta forma, con la unión del Derecho mercantil y el deporte profesional, se permite la participación de la jurisdicción civil a través de los juzgados de lo Mercantil, de la CNMC o de la Comisión Europea en la resolución de conflictos jurídico-deportivos. Estamos, bajo mi punto de vista, ante el nacimiento de un nuevo ordenamiento, que debe nutrirse de aquellos aspectos que le sean semejantes pudiendo crear así un nuevo acervo doctrinal y jurisprudencial tan necesario como en el resto de ramas del Derecho por la importancia social y económica que el deporte tiene en nuestros tiempos.

2. Ámbito de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia y de la Ley de Competencia Desleal al deporte profesional

Para comenzar a hablar del Derecho de la Competencia y de su posible aplicación dentro de la rama autónoma del Derecho Deportivo, hay que partir de dos leyes: Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

En primer lugar, la exposición de motivos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, señala que el artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y la garantía y protección de la misma por los poderes públicos, de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación. Partiendo de este precepto constitucional con el que el legislador inicia la redacción de la citada ley, el objetivo fundamental de esta es disciplinar la actuación de las empresas y asignar los recursos económicos de la forma más eficiente para los operadores económicos, de tal forma que sean beneficiados no solo estos sino también el consumidor final. Por tanto, debemos encajar en esta definición a los clubes profesionales[1] como operadores económicos, ya que, a pesar de que en primera instancia son clubes deportivos, y su actividad se destina a "ganar competiciones", el trasfondo es completamente económico como un operador más en el mercado, como si de un empresario se tratase: buscan vender en un mercado libre sus productos con la finalidad de conseguir el mayor beneficio económico posible. Así que como la finalidad de estos clubes o sociedades deportivas va más allá de la mera competición profesional, va mucho más allá de los resultados, debemos de hablar de los mismos como operadores económicos que tienen una posición muy importante en el mercado dada la gran cantidad de dinero que representan: publicidad, derechos de televisión, apuestas, etc.

En segundo lugar, la Ley de Competencia Desleal, en la misma línea que la Ley de Defensa de la Competencia, afirma con el concepto que ya hemos dado de club deportivo profesional o sociedad deportiva que entra dentro de los ámbitos de aplicación de la misma. Según el Preámbulo, la Ley introduce un cambio radical en la concepción tradicional del Derecho de la competencia desleal. Este deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado, conductas entre las que podemos incluir las realizadas

por los operadores económico-deportivos. Varias son las referencias en el texto normativo que nos llevan a esta conclusión:

- Artículo 1, "La presente Ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado". Habiendo aclarado anteriormente la participación en el mercado como un empresario más de los clubes deportivos, es obvio que será objeto de aplicación esta ley tanto para las actuaciones desleales de estos como para su protección ante posibles ataques de su competencia.
- Artículo 3, "La Ley será de aplicación a los empresarios y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado."

En conclusión, es perfectamente lógica la aplicación de las leyes de competencia (LDC y LCD) al ámbito deportivo, pues los clubes hoy en día son un operador más en el mercado y merecen la misma regulación y derechos que el resto de los sujetos del mismo, pudiendo alegar incluso la vulneración del artículo 14 de la Constitución Española por trato desigual cuando los intereses que ostentan son los mismos que un empresario privado de cualquier otro sector: el mayor rendimiento económico posible con la venta de sus productos.

- Nota importante: distinción entre Club y Sociedad Anónima Deportiva

Me parece importante poner de relieve, antes de continuar con el verdadero contenido, la distinción entre los clubes que, si son Sociedades Anónimas Deportivas, y aquellos que no lo son. La nomenclatura "club" es otorgada a cualquier equipo con un mínimo de organización y autonomía que participa asiduamente en competiciones deportivas oficiales, habiéndose dado de alta en los respectivos registros de la Administración Pública necesario. Sin embargo, aunque todos son "clubes deportivos" no todos ellos son "sociedades anónimas deportivas". Es explicado por Souvirón Morenilla de forma muy fácil: "Aunque cualquier tipo de Club deportivo, con independencia de su fin y de la forma jurídica que adopte, debe inscribirse en el correspondiente registro de asociaciones deportivas, su régimen es distinto para cada una de las tres variantes en que la Ley 10/1990 clasifica a los Clubes: Clubes deportivos elementales, Clubes deportivos básicos y Sociedades Anónimas Deportivas."

El hecho de que un club se convierte en Sociedad Anónima significa ganar la personalidad jurídica de empresario, frente a ser "asociación" o "colectivo". Hoy en día, en la Liga de Fútbol Profesional, todos los clubes excepto cuatro toman la forma de SAD. No fue hasta la Ley del Deporte de 1990 cuando se permitió está posibilidad, ante la insuficiencia que creaba no

disponer de una organización económica profesional para las actividades que desarrollaban estos clubes en el mercado, que seguían siendo considerados asociaciones privadas con personalidad jurídica y capacidad de obrar, cuyo único objetivo era el fomento y la práctica de la actividad física y deportiva sin fin de lucro (una consideración esta última muy alejada de la realidad). Tanto la LD como el Real Decreto de Sociedades Anónimas Deportivas de 1999 en su artículo 1.1, obliga a todos los clubes profesionales (considerando estos a todos los de la 1 y 2 división de fútbol y los clubes de la liga ACB) a convertirse en SADs, a excepción de aquellos que, en el momento de entrada en vigor de dicha ley, y en relación a la modalidad deportiva de fútbol, hubiesen obtenido en las auditorías realizadas por encargo de la LFP desde la temporada 1985-1986, un saldo patrimonial neto de carácter positivo (los clubes que se encontraban en esa situación eran, el Athletic Club de Bilbao, el Fútbol Club Barcelona, el Real Madrid Club de Fútbol y el Club Atlético Osasuna).

Acercándonos a lo más importante de la connotación de Sociedad Anónima Deportiva, esta es una sociedad capitalista abierta cuya propiedad corresponde a los accionistas, siendo libre la transmisión de dichas acciones y de la condición de socio anudada a las mismas, con las limitaciones derivadas de la LD, lo que permitiría la entrada de capital y socios externos y la pérdida de control del Club (siendo este el mayor inconveniente). En contraposición, una gran ventaja sería la posibilidad de hacer uso de todos los recursos económicos que se desprenderían de la nueva estructura jurídica: la sociedad anónima, relativas a la captación de fondos, recursos, capital y financiación, así como todas aquéllas oportunidades y alternativas que acompañan a una forma jurídica más adaptada al desarrollo de una actividad empresarial que el simple Club deportivo: la SAD.

Será muy importante en el campo a tratar en este trabajo la denominación de Sociedad Anónima a los clubes, ya que esto les convierte en empresarios los cuales en muchas ocasiones reciben ayudas y subvenciones de la Administración Pública lo que es un tanto cuestionable desde el punto de vista del Derecho de la Competencia.

REFERENCIAS:

LUIS CAZORLA GONZALEZ-SERRANO, *El Blog de Luis Cazorla*, artículo “El Real Madrid C.F, ¿SAD?” (http://luiscazorla.com/2013/09/el-real-madrid-c-f-sad/)

SOUVIRÓN MORENILLA, J.M, *Derecho del deporte. El nuevo marco legal.* Páginas 60 a 62

3. Estudio de las repetidas infracciones del artículo 1 y 2 LDC

3.1. Caso Real Murcia C.F.

Los hechos que provocaron el denominado como "*Caso Real Murcia"* fueron los siguientes: dos incumplimientos paralelos del Real Murcia CF: 1. Incumplimiento de los requisitos económico-financieros de participación en la competición profesional (los famosos "ratios"); decisión *organizativa* de la LFP. 2. Comisión de una sanción disciplinaria prevista en la Ley del deporte por el hecho objetivo de mantener deudas con la AEAT.

Encontramos amparo jurisprudencial y estudio exhaustivo del caso en el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid, de 21 de agosto de 2014.[6] En primer lugar, se cuestiona la competencia de la jurisdicción ordinaria en el caso. El Auto se preocupa de ubicar las reglas de competencia en el campo de actividad de LFP y SAD, y para ello hace un completo repaso al encaje de la actividad deportiva profesional en la Ley del deporte y regulaciones de desarrollo e incidentales aplicables. Se concluye que, bajo la "competencia deportiva" alegada por la LFP, subyace una competencia de naturaleza empresarial que justifica la aplicación de las reglas de libre competencia y, por ello, la intervención de los tribunales ordinarios más allá de los órganos deportivos.

La LFP pretendió impugnar la competencia del Juzgado de lo Mercantil, en base a la Exposición de Motivos de la Ley 38/2011, de reforma concursal (que justifica la existencia de reglas de control económico-financiero) combinada con la existencia de una infracción-sanción recogida en la Ley del deporte, que llega a la conclusión de que la legislación deportiva estatal debe someter este sector a una regulación acorde con sus especialidades (es decir, órganos especiales como puede ser el TAD y la jurisdicción económico-administrativa). Sin embargo, el principio que caracteriza y define la competición deportiva es el de la paridad de los competidores, y esa igualdad se quiebra cunado un competidor que cumple con los requisitos establecidos por el organizador compite, en desventaja, con quien no atiende a las obligaciones económicas y de otra índole establecidas y busca aprovecharse de ser declarado en concurso para no tener que respetar los mismos requisitos que los demás participantes. Por esta razón, el Juzgado se considera competente para resolver invocaciones de vulneración de las reglas de competencia en el ámbito del deporte en general, y en el caso concreto del Real Murcia en

[6] Juzgado de lo Mercantil Núm. 7 de Madrid, procedimiento Núm. 485/14, auto de 21 de agosto de 2014, JUR 2014/238309

particular. De alguna forma se podría decir que el Juzgado de lo Mercantil "ha dado la vuelta" al argumento que sostenía la LFP sobre la incompetencia de este, para declararse competente utilizando los mismos argumentos: la Ley concursal y la Ley del deporte.

Vemos como el derecho de la competencia ya ha tenido relevancia en el simple hecho de declararse competente o incompetente un órgano jurisdiccional.

Entrando en el fondo del asunto, la vulneración de los artículos 1 y 2 LDC la encontramos en la primera de las supuestas infracciones del Real Murcia, en relación con el control económico-financiero de la LFP, ya que supone tanto una conducta colusoria (art. 1) como un abuso de posición de dominio (art. 2) por parte de la Liga de Fútbol Profesional. Declara el citado Auto que, además, la LFP carece de expresa cobertura legal que pudiera amparar esta actuación en la excepción del artículo 4, ya que dichos parámetros y exigencias financieras aparecen regulados en norma interna asociativa, sin rango legal alguno.

De otro modo, en relación con la segunda infracción del Real Murcia (endeudamiento frente a la AEAT), se estima la oposición de la LFP que determina el descenso disciplinario que no el descenso organizativo (los famosos "ratios"). El fundamento de la estimación del descenso del Real Murcia se encuentra en el ya mencionado artículo 4 de la Ley de defensa de la competencia, excepción conforme a la cual las prohibiciones aparentemente incumplidas por la Liga no son aplicables cuando una norma con rango de Ley habilita una determinada actuación (siendo esta la Ley del deporte).

En conclusión, cuando la Administración pública actúa en el ejercicio de facultades propias y sanciona conductas de operadores del mercado en virtud de norma con rango de ley, su conducta responde a dicha norma de superior rango y no puede integrar los tipos del art. 1 y 2 LDC, invocados por el Real Murcia; lo que si ocurre de modo alguno con la denegación de inscripción por motivos de suficiencia financiera y económica, hasta el punto de que la misma y sus específicos ratios ni siquiera se integran en el ordenamiento jurídico español. Por lo tanto, el descenso disciplinario si es válido por tener cobertura legal pero no lo será el descenso *organizativo* por incurrir en ilícitos concurrenciales previstos en los artículos 1 y 2 LDC.

3.2. Caso Pedro León

Nos referiremos en este supuesto más específicamente al nuevo reglamento de control económico para los clubes, que hemos tratado sucintamente en el caso anterior, pues al final no fue relevante para el descenso del Real Murcia.

La exigencia más importante que introdujo este reglamento, que entro en vigor en la temporada 2013/2014, es la proyección de reducción de gastos no deportivos que superen el 10% de la temporada anterior, cuyo objetivo es la reducción real del endeudamiento de los clubes (SAD). Para lograrlo se impone un límite de coste de plantilla que impida que se generen pérdidas en la temporada presupuestada con el apercibimiento de no poder inscribir al jugador que sobrepase los límites fijados. Siendo este el caso de Pedro León, quien a pesar de tener contrato laboral en vigor con el Getafe CF SAD, no obtuvo el respaldo de este, y acudió como un trabajador ordinario a un sindicato, en este caso la Asociación de Futbolistas Españoles (AFE).

A pesar de haber intentado solución tanto de forma interna en el ámbito del fútbol, así como en la jurisdicción social, el asunto se acabó resolviendo en los juzgados de lo mercantil. Es así como, ante la no convocatoria para el primer partido de temporada de Pedro León, la AFE solicitó medidas cautelares en virtud de la Ley de la Competencia por considerar contrario a los artículos 1 y 2 de la presente ley el control económico, y que además no puede ampararse en la excepción del artículo 4 por no tener amparo en una ley estatal; mientras que la LFP se defiende alegando que dicho control está amparado por la Ley del Deporte.

El proceso fue el siguiente: el 30 de septiembre de 2014 se interpone escrito de petición de medidas cautelares por actos contrarios a la libre competencia por parte de Pedro León contra la LFP; se admitió a trámite el 7 de octubre y el auto, dos días después, estableció necesaria audiencia para el día 11 de noviembre. Una semana después el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid otorgó mediante auto[7] la cautelar a Pedro León, con obligación para este de prestar caución de treinta mil euros (frente al millón que exigía la LFP).

Según el auto: "el control económico sobre la elaboración de los presupuestos de los clubes y el impedimento a estos de la libre participación en competiciones (todo ello sin respaldo legal) supone un quebranto de las normas sobre defensa de la competencia y acceso al mercado,

[7] Juzgado de lo Mercantil Núm. 8 de Madrid, procedimiento Núm. 656/2014, auto de 17 de noviembre de 2014, AC 2014/2079.

recogidas en los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia con abuso de su posición de dominio en dicho mercado, ya que la contabilidad de tales SAD se rige exclusivamente por el CCO y la LSA".

Para llegar a esta conclusión hay que afirmar dos hechos:

- En primer lugar, las normas de control presupuestario han sido aprobadas por la Comisión Delegada, órgano interno de dirección de la LFP, que es una asociación de clubes (ya sean SAD o no) que participan en una competición profesional.
- La LFP ostenta la posición de control sobre el mercado representado por los intereses económicos implicados en el desarrollo de tal actividad deportiva profesional. Cita el juez un precedente: "STJUE de 26 de enero de 2005, a. Piau vs FIFA", por lo que no cabe discusión sobre la posición de dominio en ámbito nacional de la LFP equiparándola a la FIFA en el ámbito internacional.

El argumento principal del Juzgado de lo mercantil para que este caso concreto suponga un abuso de posición de dominio (habiendo dejado claro que sí que existe posición de dominio) es la limitación que todo empresario tiene en el mercado de tomar riesgos y teniendo en cuenta que el endeudamiento como fuente de financiación es legítimo. Por lo tanto, el auto considera que este control supone un impedimento a la estrategia de riesgo empresarial por endeudamiento para inversión en mejora, produciendo de esta forma un quebranto de la libre competencia al restringir uno de los factores esenciales con los que debería de contar el empresario en el mercado, resultando contrario a los artículos 1 y 2 LDC.

Por su parte, la LFP se defiende alegando que "goza de habilitación legal para realizar dicho control en defensa del mercado en virtud del artículo 4.1 LDC, y ello de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 de la Ley del Deporte y el RD 1835/1991 de Federaciones Deportivas Españolas."

Concluye el juez de lo mercantil señalando que la Ley del Deporte les permite auto organizarse, siempre con carácter interno, y no como ocurre con la intromisión en el control interno de los clubes afiliados; y que, además, el artículo 30 de esta Ley otorga potestad de control público sobre aspectos internos de los agentes participantes en el mercado a las federaciones correspondientes, y no a la liga profesional. Además, como ya veníamos anunciando, no tendrá tampoco cabida en la excepción del artículo 4.1 LDC por necesitar habilitación legal, la cual

no existe al tratarse de un convenio interno de la LFP (y no encajar el supuesto en el artículo 41, que cita la LFP).

Ante este auto que otorgó medida cautelar se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que revocó la medida del juzgado de lo mercantil, por entender que no concurre apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*, respecto de la pretensión principal de existencia de una situación de abuso de posición de dominio (artículo 2 LDC) por parte de la LFP. La Audiencia Provincial, tras un análisis de los efectos anticompetitivos del control económico financiero, concluye diciendo que "los efectos restrictivos de la competencia derivados de la limitación del coste de plantilla inscribible son, indiciariamente, inherentes a la consecución del saneamiento del fútbol profesional y no se aprecia razón alguna en sede cautelar para negar que sean proporcionales a dicho objetivo". Es decir, la AP consideró objetivo y razonable el límite económico exigido por la LFP a los clubes en pro de una mejor situación económica y unas condiciones de igualdad para todos los operadores, añadiendo además que la única vía por la que puede reclamar el jugador es la jurisdicción social y siempre frente a su club, el GETAFE CF SAD, por haber sido este el responsable de no cumplir los requisitos de la Liga de Fútbol Profesional. Por otro lado, concluye la revocación de la AP en base al derecho de la competencia, considerando que lo que realmente es un factor de distorsión de la competencia es el contenido de la medida cautelar en los términos en que ha sido concedida (no suspendiendo la normativa para todos los clubes en general, sino de forma particular para el Getafe CF SAD).

Por último, a través de la vía administrativa interna se interpuso recurso por la AFE y el propio futbolista Pedro León contra la resolución del Presidente del Consejo Superior de Deportes, que, a su vez, desestimó el recurso de alzada frente a la negativa de la LFP de visar provisionalmente la licencia del jugador. De este último recurso conoció el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y desestimó mediante Sentencia de 28 de marzo de 2016[8] el recurso de la AFE y Pedro León imponiéndoles además las costas a estos recurrentes.

Los argumentos del TSJ continúan en la línea de la Audiencia Provincial y reconocen la competencia material de la Liga para exigir el cumplimiento de determinados requisitos a los operadores económicos afiliados para proceder al visado de los deportistas, previstos en las

[8] Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sala de lo contencioso-administrativo, sección 6ª), recurso contencioso-administrativo Núm. 242/2015, Sentencia Núm. 166/2016 de 28 de marzo de 2016, JUR 2016/95715.

Normas para la elaboración de los presupuestos. Además, en argumento completamente contrario al utilizado por el Juzgado de lo mercantil nº 8, el TSJ entiende que esta competencia objetiva se la confiere el Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre federaciones deportivas españolas y registro de asociaciones deportivas, pues recoge en su artículo 25 b) la potestad para la "elaboración de unas normas internas encaminadas a la elaboración de presupuestos y a supervisar el cumplimiento de los mismos". El TSJ, además de encontrar amparo en ley estatal, y concluye señalando que la pertenencia, aunque sea obligatoria, a la LFP supone el cumplimiento de las Instrucciones, Circulares y todas las Normas internas aprobadas por los órganos competentes de la Liga.

Por último, el TSJ también hace referencia al derecho de la competencia, en este caso para desestimar cualquier posible infracción al mismo, pues dice que uno de los beneficios de otorgarle esta competencia autoorganizativa y de obligado cumplimiento a la LFP es la garantía de que el espectáculo deportivo con sus aspectos mercantiles vaya a desarrollarse durante toda la temporada por todos los clubes en igualdad de condiciones. Con esta conclusión, el TSJ afirma que más que suponer una infracción del derecho de la competencia, es una garantía del mismo, pues propicia la igualdad de todos los clubes.

Bajo mi punto de vista, creo que, aunque las sentencias de la Audiencia Provincial y el Tribunal Superior de Justicia están perfectamente justificadas y son contrarias a lo dictado por el juez del juzgado de lo mercantil, la intención de este último me parece muy útil en nuestro ámbito del derecho de la competencia. Personalmente me convence más la postura que entiende que sí se infringen los artículos 1 y 2 LDC que la parte contraria alegando que el control económico encuentra amparo en la legislación estatal deportiva. Pero, desde un punto de vista más global, es la única forma de frenar el constante endeudamiento de los clubes, que parece no tienen las mismas obligaciones financieras que el resto de operadores en el mercado y se les concede un *estatus* casi de inmunidad absoluta. En conclusión, a pesar de que me convence la idea de que la LFP si infringe la Ley de competencia, creo que es necesario el establecimiento de dicho control económico para evitar el desequilibrio en el mercado entre clubes profesionales y el resto de personas jurídicas que operan en el mismo. Y creo que ha sido esta misma razón la que ha propiciado las sentencias de la AP y el TSJ, que no mencionan en profundidad los artículos 1 y 2 LDC, centrándose eso sí, en las obligaciones económicas de los clubes.

3.3. Expediente sancionador de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a la ACB

"La CNMC multa a la Asociación de Clubes de Baloncesto (ACB) con 400.000 euros por imponer condiciones económicas desproporcionadas y discriminatorias para el ascenso de otros clubes a la Liga ACB" Así comienza la reciente (12 de abril de 2017) nota de prensa de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia acerca del expediente sancionador a la ACB, que se centra en considerar el llamado "canon de la ACB" (cuota de entrada a la liga) injustificada, excesiva y discriminatoria para los nuevos clubes que supone la exclusión de estos y ha minorado su poder de competir.[9]

Expone la CNMC que la Asociación de Clubes de Baloncesto ha incurrido de forma continuada en infracción del artículo 1 LDC desde 1991, cuando se impusieron las cuotas que hoy se discuten y que por tanto se ha vulnerado el artículo tanto de la LDC actual (Ley 15/2007) como de su predecesora (Ley 16/1989).

El control económico previsto por la ACB a los clubes ascendientes se produce mediante dos mecanismos: el establecimiento de una cuota de entrada ("canon ACB") y de un Fondo de Ascensos y Descensos (FRAD). Estos dos mecanismos limitan que equipos con méritos deportivos para jugar en la Liga ACB (primera división de Baloncesto en España) no puedan hacerlo mientras que otros que por sus resultados debieron descender no lo hagan; creando desigualdad en la competición.

Considera la CNMC el "canon ACB" injustificado, pues se trata de un mecanismo de expropiación de ingresos futuros de los clubes que se reparten directamente los miembros de la ACB, y por tanto solo les beneficia a ellos; y desproporcionado, aún más desde la elevación de la cifra, en 1993, de 601.012 a 2,4 millones de euros.

En relación al Fondo de Ascensos y Descensos, se trata de un medio de garantía para la ACB que debe soportar el club que asciende para hacer frente a la pérdida económica que supone el descenso del otro equipo.

Además, tanto el canon como el fondo no lo pagan (ni pagarán) todos los clubes de la ACB, que en cambio sí se benefician de él. Hay ocho clubes de la ACB que nunca han pagado el

[9] Nota de prensa de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 12 de abril de 2017 acerca del Expediente S/DC/0558/15 ACB.

canon, lógico si no han descendido y vuelto a ascender, pero lo no tan lógico es que, en caso de que esto ocurra, sólo tendrían que pagar una actualización de cuantía mucho menor; en cuando al fondo, nueve clubes de la ACB nunca han contribuido al mismo a pesar de beneficiarse de él porque fue introducido con posterioridad a su ingreso en la Liga. "La CNMC considera más proporcionado que todos los clubes que han participado en la Liga ACB cubrieran este fondo".

Concluye la CNMC declarando responsable a la ACB de una conducta prohibida en los artículos 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 respecto a los clubes de baloncesto que adquieran el derecho a ascender por méritos deportivos. En consecuencia, se impone multa de 400.000 y se informa que contra esta Resolución se puede interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses.

La ACB, como ha declarado su presidente Francisco Roca, recurrirá ante la Audiencia Nacional para pedir, por lo pronto, medidas cautelares que les permitan esta temporada continuar aplicando el canon y el fondo. Nos encontramos en situación de *stand by*, esperando resolución de la AN ante el citado recurso.

4. Ayudas de Estado

4.1. Introducción

Vamos a estudiar en este apartado tres recientes expedientes de investigación abiertos al Estado español, relativos a la potencial existencia de ayudas públicas no compatibles con el derecho comunitario. Pero, en primer lugar, es necesario entender la vinculación entre la práctica de la "ayuda pública" con el derecho de la competencia en general, y, más concretamente, con el Derecho de la competencia en su aplicación al Derecho del Deporte.

Las ayudas públicas ocupan el Capítulo III, del Título I, de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, el cual comienza señalando que la competencia en todo lo relativo a esta materia es de la Comisión Nacional de la Competencia, la cual deberá "analizar los criterios de concesión de las ayudas públicas en relación con sus posibles efectos sobre el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados"; pero no define el concepto en sí mismo, que veremos a continuación.

La propia CNMC entiende que la concesión de ayudas públicas, cualquiera que sea la forma de aquéllas, constituye una forma de intervención en la economía que puede alterar el funcionamiento de los mercados. De hecho, en ocasiones esta actuación puede suponer perjuicios al juego competitivo que, lejos de favorecer el interés público, pueden ir en su contra. La Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia ha permitido afianzar y profundizar las funciones de la autoridad española de competencia en materia de ayudas públicas, dentro del conjunto de atribuciones encaminadas a la promoción de la competencia.

Es preciso estudiar las ayudas públicas en este punto y en relación con el Derecho del deporte en virtud de que el Diario de la Unión Europea publicó el 7 de marzo de 2014 tres anuncios relativos a las a ayudas estatales realizadas por España a clubes profesionales:

- Ayuda estatal SA.36387 (2013/C) (ex 2013/NN)-Supuesta ayuda en favor de tres clubes de fútbol de la Comunidad Valenciana (2014/C 69/07):
  "En 2009, 2010 y 2013, el Instituto Valenciano de Finanzas español otorgó tres avales para préstamos bancarios por un total de 107 millones EUR a la Fundación Valencia Club de Fútbol, la Fundación Hércules de Alicante y la Fundación Elche Club de Fútbol con la finalidad de financiar las adquisiciones de acciones de las respectivas Sociedades Anónimas Deportivas."

- Ayuda estatal SA.33754 (2013/C) (ex 2013/NN)-Real Madrid Club de Fútbol (2014/C 69/08)

  "El ayuntamiento de Madrid ha podido conceder ayuda estatal al Real Madrid CF a través de un convenio suscrito entre ellos el 29 de julio de 2011. Este convenio tiene por objeto, entre otras cosas, resolver una cuestión jurídica pendiente entre las partes referida a una permuta de bienes inmuebles que fue objeto de varios convenios en 1996 y 1998"

- Ayuda estatal SA.29764 (2013/C) (ex 2013/NN)-Ayuda estatal a ciertos clubes deportivos profesionales (2014/C 69/09)

  "La «Ley del Deporte» de 1990 obligó a todos los clubes deportivos profesionales españoles a reconvertirse en sociedades anónimas deportivas. El objetivo era establecer con la nueva sociedad anónima deportiva un modelo de responsabilidad económica y jurídica para los clubes que desempeñan actividades profesionales. La «Disposición Adicional Séptima» de dicha Ley eximió de esta obligación a aquellos clubes de fútbol que habían tenido un saldo positivo en los 4-5 ejercicios anteriores. No se mencionaba a ningún club en concreto, pero solo cuatro clubes, Real Madrid CF, Athletic Club Bilbao, Club Atlético Osasuna (Navarra) y FC Barcelona, se beneficiaron de esta exención y no se reconvirtieron en sociedad anónima deportiva. Ningún otro equipo comercialmente viable puede pasar a la categoría de club.

  El trato fiscal a los clubes deportivos difiere del régimen fiscal aplicable a las sociedades anónimas deportivas. Los clubes deportivos, como entidades sin ánimo de lucro, pueden acogerse a una exención parcial del impuesto sobre sociedades con arreglo al artículo 9(3)a) de la Ley española del Impuesto sobre Sociedades. El artículo 28(2) de dicha Ley dispone que las entidades exentas tributarán por sus ingresos comerciales a un tipo reducido del 25 % en lugar de al tipo general del 30 %."

4.2. Concepto de ayuda pública

A pesar de no existir un concepto unánime de ayuda pública, si encontramos tres requisitos tanto en los textos nacionales como en los artículos correspondientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: forma de la ayuda, sujetos otorgantes y sujetos beneficiarios.

En primer lugar, por lo que se refiere a la forma de la ayuda pública y basándonos en repetida jurisprudencia que se inició con la Sentencia de 23 de febrero[10], el concepto de ayuda "comprende no sólo prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también intervenciones que, de diversas maneras, aligeran las cargas que normalmente gravan el presupuesto de una empresa y que, por tanto, sin ser subvenciones en sentido estricto de la palabra, tienen el mismo carácter e idénticos efectos". Es de esta forma como podemos subsumir en el concepto de ayuda pública el beneficio fiscal del que se aprovechan, por ejemplo, los cuatro equipos españoles que no tuvieron que convertirse en su día en SAD, y que reciben, por el mero hecho de ser club deportivo, una ventaja fiscal. De igual forma quedan ejemplificados otras dos formas de ayuda pública en los otros dos expedientes abiertos por la Comisión a España. En el caso de los clubes valencianos, la ayuda pública se materializa mediante el otorgamiento de avales para préstamos bancarios. La Comisión en este caso considera que la ayuda proviene de que las fundaciones beneficiarias tenían que pagar una comisión de aval del 0,5-1% anual, precio no basado en el mercado, de ahí que se considere que puede haber ayuda ya que la Comisión Europea duda que un avalista en una economía de mercado hubiera concedido a los beneficiarios avales a ese precio y que sin el aval público alguna entidad financiera hubiera estado dispuesta a conceder a los beneficiarios un préstamos al tipo que fuera. En el tercero de los expedientes, el "Asunto Real Madrid", la ayuda emana de una permuta de bienes inmuebles, la cual, en definitiva, generó un beneficio para el Real Madrid C.F. de 22 millones de euros, derivados de un solar que se debía ceder por el Ayuntamiento de Madrid al club como pago de deudas (y que al final fue imposible ceder), y que cuando se firmó el convenio estaba valorado en 595.194 euros, pero que trece años después, cuando ante la imposibilidad de ceder la propiedad de dicho solar el Ayuntamiento asumió que debía compensar al Real Madrid con una cantidad que representara el valor de 2011 de los terrenos no cedidos, el Ayuntamiento de Madrid fijó esa cantidad en 22.693.054,44 euros. La Comisión Europea entiende que la ayuda existe en el momento en que los terrenos valorados en 1998 en 595.194 euros para compensar deudas mutuas tuviesen un valor de más de 22 millones de euros trece años después, y que podrían no estar justificados en términos de

[10] Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de febrero de 1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Asunto 30-59. (http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30dbf0fb144582b946aab764ad38c95fbd49.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKb310?text=&docid=87006&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=34790)

mercado por cuanto en ninguna de las tasaciones intervino un experto independiente, sino que fueron realizadas por la administración municipal.

En definitiva, la forma y el contenido de la ayuda es un requisito objetivo muy amplio, y que podemos concretar en cualquier beneficio económico, de acción positiva (otorgando directamente una cantidad de dinero) o que no exista acción (consintiendo un tratamiento fiscal ventajoso), que perciba una entidad en las mismas condiciones que otras que en cambio no lo reciben, y que por tanto culmina en una conducta de competencia ventajosa.

En segundo lugar, hay que concretar uno de los dos requisitos subjetivos: los sujetos otorgantes de la ayuda pública para que esta sea entendida como tal. La Comisión Europea se preocupa del estudio de las ayudas otorgadas por los "Estados o mediante fondos estatales". Sin embargo, según reiteradas sentencias del TJUE hay que entender el término "Estado" en sentido amplio, incluyéndose en el mismo a las demás Administraciones Públicas que se financien por medio de recursos públicos (Comunidades Autónomas, Diputaciones Provinciales, municipios y demás entes locales), así como el resto de organismos públicos ajenos a la organización político-territorial, y entes privados creados por el Estado. Se integran de esta forma los tres sujetos otorgantes de las ayudas de los expedientes abiertos en España: en el "Asunto Real Madrid" fue el propio Ayuntamiento de Madrid, celebrando los convenios de cesión de bienes inmuebles, y también por los planes urbanísticos y la recalificación de los terrenos (subiendo el supuesto valor del mismo de manera descomunal); en el "Asunto clubes-SAD" la ayuda es otorgada de forma indirecta por el propio Estado al configurar un régimen tributario diferente para las Sociedad Anónimas que para las entidades sin ánimo de lucro (como los clubes deportivos, como lo es el F.C Barcelona, por ejemplo, según la Ley del Deporte); y por último, en el "Asunto clubes valencianos", el sujeto otorgante de la supuesta ayuda pública fue el Instituto Valenciano de Finanzas, que es una entidad financiera de Derecho público dependiente de la Generalitat Valenciana.

El tercer requisito, también subjetivo, para conformar el concepto "ayuda pública" es la determinación del sujeto beneficiario. Se exigen para estos dos requisitos cumulativos: en primer lugar, que sea un sujeto identificable, es decir, no es posible considerar anticompetitiva la ayuda pública destinada al colectivo, con un interés general. En el caso del deporte es muy fácil que existan ayudas públicas puesto que el artículo 43.3 CE establece que los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte, pero es gracias al segundo requisito cuando podemos diferenciar la ayuda pública ilícita: que se trate de una

empresa o una determinada producción. Este segundo requisito, recogido en el artículo 107.1 TFUE, hay que entenderlo en sentido amplio, siendo la empresa tanto sujetos públicos como privados, con indiferencia de su forma jurídica y su marco de actuación, siempre y cuando realice una actividad económica. Por lo que respecta a las "determinadas producciones", siendo estos determinados operadores dentro de un concreto ámbito de actividad o geográfico.

El principal problema relacionado con el sujeto beneficiario es determinar cuándo se trata de una actuación por parte de entes públicos tendente a realizar el artículo 43.3 (promoción del deporte), o cuando se trata de una ayuda pública anticompetitiva. Es así como se deben diferenciar aquellas ayudas destinadas a una generalidad, o bien a determinados clubes deportivos de base que no realicen actividad económica y que, a diferencia de lo que pasa con los clubes de fútbol profesionales, su verdadero propósito es el fomento del deporte: tanto desde las categoría inferiores como en las ayudas destinadas a deportistas de categoría absoluta pero que no son considerados profesionales a pesar de poder competir a nivel internacional precisando del mismo o más dinero que un jugador de un equipo de fútbol.

Sin embargo, la Ley del Deporte, como venimos comentando, introdujo la obligación de modificar la estructura de los clubes profesionales a Sociedades Anónimas, con lo cual ya si son operadores económicos en el mercado que realizan una actividad con ánimo de lucro, lo que se proyecta en ser competitivos en el mercado y no pudiendo ser receptores de ayudas públicas. En este ámbito se nos puede plantear la cuestión en el "Asunto clubes-SAD" sobre que los cuatro clubes que no tuvieron que convertirse en Sociedades Anónimas formalmente no son empresarios, y, supuestamente, tampoco realizan actividad económica. Sin embargo, la Comisión considera que: "Aunque por ley los cuatro clubes se consideran entidades sin ánimo de lucro, en realidad la mayoría de las actividades profesionales que desempeñan son lucrativas." Pone, además, el ejemplo del Real Madrid CF que en la temporada 2011/2012 obtuvo unos ingresos de 512 millones de euros, de los cuales el 38% procedía de la venta de derechos de radiodifusión, el 36% estaba constituido por ingresos comerciales procedentes de patrocinios y comercialización y el 26% restante son los obtenidos de la venta de entradas y cutas de socios. Con estos datos parece cuestionable e incluso ridículo considerar que este tipo de clubes no tienen ánimo de lucro.

Sin embargo, esta postura de considerar el ánimo de lucro de estos clubes deportivos de manera bastante contundente no es compartida por toda la doctrina, y es así como señala Moreno

Serrano[11] que tanto los clubes como las SAD aunque pueden realizar actividades de carácter económico (venta de *merchandísing* o de derechos televisivos) no se realizan a través de la configuración de unidades empresariales destinadas a fabricar los concretos productos que se ofertarán con la referencia del concreto club. Y, señala que estas actividades de carácter económico están enfocadas a su posterior inversión en la actividad principal, que es la deportiva. Otro argumento que utiliza Moreno Serrano es decir que en el caso de los socios tampoco existe ánimo de lucro pues pagan la cuota para recibir algo a cambio: la entrada a los partidos, y la "ilusión por las victorias de su equipo". Concluye diciendo que "la actuación de los clubes en distintos sectores del mercado, que tiene por finalidad conseguir beneficio de distintas actividades para reinvertirlos en la actividad principal, también está presente en la mayoría de asociaciones o fundaciones con lo más diversos fines de naturaleza cultural, social o humanitaria, sin que sean consideras en modo alguno como empresarios, de ahí que el razonamiento alegado por la Comisión Europea por el que se vincula a los clubes con la actividad empresarial o con las sociedades mercantiles, e incluso se considera que existe ánimo de lucro, no resulte del todo satisfactorio."

4.3. Ayudas de Estado en la normativa comunitaria

En primer lugar, se debe afirmar la existencia de un "derecho europeo del deporte" en el cual se enmarcan diversos campos jurídicos, a destacar el Derecho de la Competencia. No cabe duda de que las ligas profesionales, clubes, asociaciones y federaciones nacionales deben someterse al Derecho europeo en esta materia pues su conexión con otros países en la actualidad en fundamentales, a nivel de competición internacional o en referencia a la libre circulación de personas, servicios y capitales (como pueden ser los fichajes de futbolistas profesionales).

En materia de Derecho de la Competencia, y más concretamente de ayudas de Estado, se deben destacar del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea los artículos 107 a 109. En el primero de ellos se establece de forma concisa la prohibición de las ayudas de Estado que falseen o puedan falsear la competencia favoreciendo a determinadas empresas. Terol Gomez[12] reúne en cuatro los requisitos que deben concurrir para determinar una ayuda de Estado:

[11] MORENO SERRANO, E. "Ayudas públicas y deporte profesional: a propósito de unos expedientes" Revista Jurídica del Deporte Núm. 43 (Abril-Junio 2014), página 11.

[12] TEROL GOMEZ, R. "Deporte y ayudas de Estado" Revista Española de Derecho Europeo Octubre-Diciembre 2014, página 57.

- Origen estatal de la ayuda, entendiendo “Estado” en sentido amplio, lo que significa que se incluyen los entes territoriales públicos, así como las personificaciones instrumentales.
- Ayuda “selectiva”, que el beneficio sea directo a una única entidad.
- Que exista realmente para esa entidad una ventaja o beneficio económico, ya sea directo o indirecto.
- La ayuda falsea o amenace con falsear la libre competencia y tenga incidencia en los intercambios comerciales entre los Estados miembros.

A pesar de la existencia de estos requisitos recogidos en el apartado primero del artículo 107, en el apartado segundo se especifican una serie de supuestos especiales considerados compatibles en todo caso con el mercado interior, como por ejemplo las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo. Por su parte el artículo 108, encomienda a la CE el control de la compatibilidad de las ayudas públicas y la posibilidad de emitir informes como los estudiados en los epígrafes anteriores. Por último, el artículo 109 establece que el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento, podrá adoptar los reglamentos apropiados para la aplicación de los artículos 107 y 108, siendo de esta forma como se aprobaron dos importantes normas comunitarias en la materia: el Reglamento (UE) 659/1999 o el Reglamento (UE) 651/2014.

5. Reparto colectivo de los derechos de televisión

5.1. Introducción

Uno de los temas principales del Derecho de la Competencia en el ámbito del deporte profesional, por su protagonismo mediático actual y por suponer la principal fuente de ingresos de la mayor parte de los clubes profesionales de fútbol, es el reparto colectivo de los derechos de televisión.

Dividiremos este tema en dos apartados importantes: el Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional; y el informe de la CNMC sobre la propuesta de la LNFP de condiciones para la comercialización de derechos de explotación de contenidos audiovisuales en televisión en abierto y en televisión de pago bajo demanda del campeonato nacional de Liga y Copa de S.M. el Rey para las temporadas 2016/17 a 2018/19.

5.2. Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional

En primer lugar, antes de entrar al estudio exhaustivo del Real Decreto-ley 5/2015, debemos detenernos brevemente en la exposición de motivos del mismo, en la cual se explica que uno de los dos factores que ha provocado el nacimiento del "deporte moderno" es la comercialización, identificando como tal la transmisión de los acontecimientos deportivos a través de distintos medios de comunicación, la cual se ha traducido en interesantes oportunidades de generación de ingresos para las organizaciones deportivas a través de la venta de derechos de televisión, de licencias de imagen y otras actividades comerciales producto de la exposición mediática de equipos, jugadores y estrellas del deporte. Continúa diciendo esta exposición de motivos que el impacto económico derivado de la comercialización de los derechos audiovisuales de las competiciones profesionales del deporte es, sin duda, el factor singular que con mayor intensidad condiciona las posibilidades de desarrollo de esas competiciones y, al mismo tiempo, el que mejor refleja los desequilibrios de esa dualidad entre lo económico y lo deportivo que las caracteriza. Por otra parte, y en relación al tema central que nos ocupa (el Derecho de la Competencia), establece como uno de los ejes fundamentales de esta disposición el respeto de la competencia, la necesidad de promover la competencia en

el mercado de la televisión de pago actuando sobre uno de sus activos esenciales, ámbito que estudiaremos a continuación con más detalle.

Es necesario, como paso previo a la explicación de cómo afecta a la competencia este nuevo RDL, explicar sucintamente el régimen jurídico aplicable a la comercialización de los derechos audiovisuales. Los clubes poseen la titularidad de los derechos audiovisuales de retransmisión de los encuentros de las competiciones de futbol profesional, si bien se establece la obligación de ceder las facultades de su comercialización conjunta a las entidades organizadoras de las mismas. Dichas entidades se encuentran obligadas a comercializar los derechos cedidos mediante sistemas de adjudicación y explotación que respeten los principios de igualdad y de libertad de empresa, dentro del marco general de las normas nacionales y comunitarias en materia de competencia; para este cometido, el RDL reconoce a la CNMC un papel protagonista en la supervisión de los citados procedimientos de contratación conjunta de los derechos audiovisuales. Una vez comercializados los derechos, el segundo paso conflictivo es el reparto efectivo de los ingresos obtenidos; para ello, el RDL introduce criterios correctores que limitan las diferencias entre los clubes que mayores y menores ingresos recibirán en cada temporada, como por ejemplo ponderar una distribución equitativa dentro de cada categoría según resultados deportivos y la implantación social de cada entidad, o el número de venta en taquilla o de abonos.

Por lo tanto, el cambio radical introducido por este Real Decreto-ley no es otro que el paso de una comercialización individual por parte de cada club o entidad a una comercialización conjunta (en aquellos ámbitos especificados en el artículo 2), y el motivo principal de esta novedad, a mi juicio, es el intento del legislador de someter la comercialización de los derechos audiovisuales deportivos a un régimen jurídico que garantice el acceso a su explotación en régimen de libre competencia, así como la redistribución de las ganancias con un mínimo de equidad. ¿Cómo se consigue este objetivo? Otorgándole, como ya hemos señalado, un papel principal regulador a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Es así como el artículo 4 RDL dispone que las entidades comercializadoras establecerán y harán públicas las condiciones generales de dicha comercialización con el objeto de someterlas a informe de la CNMC, que en el plazo de un mes deberá ser publicado con la resolución acerca de si aquellas condiciones generales son compatibles con las condiciones del artículo 4.4 RDL, entre las que podemos destacar que la adjudicación de los derechos se realice mediante un procedimiento

público, transparente, competitivo y sin discriminación de licitadores, basado en criterios objetivos.

Asimismo, en pro de la transparencia y competitividad, se establecen de forma detallada los criterios de reparto de los ingresos obtenidos por la explotación y comercialización conjunta de los derechos audiovisuales; sin entrar en los detalles, lo más singular es la determinación de todas las posibles vicisitudes y variables que hay que tener en cuenta, estableciéndose con detalle en la norma, con el fin de evitar posibles fraudes o tácticas de competencia desleal. A modo de ejemplo, se detallan los porcentajes que se asignarán a cada club en función de su clasificación en la liga, aplicando una serie de baremos y estableciendo que, en todo caso, la diferencia entre el primer y el último club no podrá ser más de 4,5 veces superior. Señala *García Caba* que, de esta forma se ha dado un paso histórico para el fútbol profesional español que le permitirá ser más competitivo en los mercados nacional e internacional y, sobre todo, resultará beneficioso para los clubes, aficionados y espectadores.[13]

5.3. Informe CNMC sobre la propuesta de LNFP de condiciones para la comercialización de derechos de explotación de contenidos audiovisuales en televisión en abierto y en televisión de pago bajo demanda del Campeonato Nacional de Liga y Copa de S.M. el Rey para las temporadas 2016/17 a 2018/19, de 26 de mayo de 2016

Como veníamos señalando, el RDL 5/2015, de 30 de abril, otorga un papel regulador y supervisor en aras de proteger la libre competencia a la Comisión Nacional de los Mercado y la Competencia. La CNMC, en el ejercicio de sus funciones, elabora informes como el que vamos a estudiar acerca de las condiciones generales de la comercialización conjunta que viene siendo exigida en nuestro país desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2015.

El informe comienza contextualizando la situación concreta en el marco normativo, continuado con las condiciones generales sometidas a informe previo (basado esencialmente en el reparto de lote, aspecto en el cual no nos detenemos ahora) y, más importante, la adecuación o no del borrador de bases con lo establecido en el artículo 4.4.a). En este último apartado nos centraremos exclusivamente en aquellos aspectos relacionados con el Derecho de la

[13] GARCÍA CABA, M. "El nuevo régimen jurídico aplicable a los derechos audiovisuales de las competiciones profesionales futbolísticas en España: a propósito del Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril" Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento 47, págs. 423-454

Competencia, y, en primer lugar, la CNMC establece que ha existido una alteración unilateral de los contenidos futbolísticos objeto del borrador de ofertas que puede tener implicaciones en relación con la aplicación de la normativa de competencia. Es así como dice el informe en su párrafo 78 que, al incrementar unilateralmente y de forma retroactiva los contenidos que ya han sido objeto de licitación por parte de LNF, la entidad podría incurrir en vulneración del citado artículo (Art. 2 LDC), puesto que desde la posición de dominio que le otorga el Real Decreto-ley 5/2015, estaría situando a ciertos operadores adjudicatarios en una situación de preponderancia respecto a otros. En la misma línea, como posible vulneración de la Ley 15/2007, la CNMC señala como contrario al artículo 2.2 e) la obligatoriedad de contratar otros contenidos (como el caso que se explica de las "Galas de la Liga"). Este no es un contenido que de manera obligatoria deba ser comercializado de manera centralizada por la LNFP, sin embargo lo incluye en el Lote 1, haciendo obligatoria su adquisición por vinculación y siendo esto contrario al último artículo citado que prohíbe el abuso de la posición de dominio consistente en 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 dichos contratos.

Este quizás sea el ejemplo más claro de como aplica la CNMC el Derecho de la Competencia a las condiciones generales de adjudicación de derechos audiovisuales; sin embargo, a lo largo del informe seguimos encontrando referencias:

(párrafo 122) "*cualquier forma de comercialización que pudiera ser indiciaria de facilitar la reserva de la explotación del Canal Liga TV2 a determinados operadores de pago y excluir a otros potenciales interesados en la emisión del citado canal no solo podría vulnerar lo establecido en el Real Decreto-ley 5/2015, sino también el artículo 2 de la LDC"*

(párrafo 130, en referencia al párrafo 284 del anterior informe)[14] "*la CNMC considera que la fijación del precio de reserva no puede ser tal que excluya a una parte significativa del mercado y deje al operador principal en una clara ventaja competitiva frente al resto de potenciales interesados"*

[14] Informe relativo a la propuesto de la LNFP de condiciones para la comercialización centralizada de los derechos audiovisuales de Campeonato Nacional de Fútbol en las temporadas 2016/2017 a 2018/2019, de 4 de noviembre de 2015

6. Conclusiones

Llegados a este punto, creo que no es preciso confirmar la gran conexión que existe entre estas dos ramas del Derecho: el Derecho mercantil (más concretamente el Derecho de la Competencia) y el Derecho deportivo (que ya hemos argumentado que efectivamente existe como rama autónoma). Hemos ido observando como cada uno de los puntos principales de la Ley de Defensa de la Competencia tenían su incidencia en varios aspectos propios del Derecho deportivo, como ha sido el caso de las Ayudas Públicas, por ejemplo.

Destacar, por otra parte, la transcendente labor de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en relación con incidencias o sanciones en el ámbito del deporte, así como la creciente afluencia de asuntos deportivos en la jurisdicción mercantil.

Es aquí donde me gustaría destacar que, dado el progresivo aumento de casos relacionados con el Derecho de la competencia que se dan en el deporte profesional, y en consecuencia, el elevado número de ellos que llegan a los tribunales mercantiles, la necesidad o no de la especialización en este punto de leyes y tribunales, me atrevería a decir hasta de una subcomisión distinta en la CNMC.

Es decir, ¿hasta que punto son precisas más leyes deportivas y tribunales? ¿sería este el culmen para identificar el Derecho deportivo con autonomía suficiente para su estudio y resolución de conflictos sin la necesidad de acudir a otras ramas?

Hay que señalar que sí, obviamente existen leyes del deporte y tribunales especializados, pero, en mi opinión, con escasas competencias e incluso conocimientos en relación a otras materias que suceden constantemente en el Derecho deportivo, y que provocan la descentralización de casos por las diferentes jurisdicciones, no solo la mercantil.

Es así como me gustaría acabar esta exposición, señalando que el Derecho deportivo precisa ser conocido con autonomía, incluso llegando a ser estudiado como materia diferenciada, que sea capaz de resolver todos sus conflictos sin la constante necesidad de acudir a leyes no especializadas que provocan resultados no exactos como hemos comprobado con la Ley de Defensa de la Competencia. Esta será una ardua tarea, pero creo que cada vez más necesaria.