

Sobre la denuncia del reparto de los derechos de TV ante la Unión Europea



José Carlos Páez Romero

Ante el anuncio por parte de la Federación de Accionistas y Socios del Fútbol Español (FASFE) de su intención de presentar una denuncia ante las autoridades de competencia de la Unión Europea (UE) por el desigual reparto de los ingresos derivados de los derechos audiovisuales de la liga española, este artículo trata de poner en contexto el recurso de FASFE a la UE a luz del Derecho de la competencia. Para ello se exponen aquí: (i) el mercado relevante (o de referencia), que establece el marco en el que la autoridad de competencia aplica los principios de la política de competencia; (ii) la evolución de la estructura del mercado relevante (por el lado de la oferta); (iii) la valoración de los sistemas de venta de derechos audiovisuales; y (iv) las decisiones de las autoridades de competencia española y europea en relación con el mercado relevante identificado.

Tras esta primera aproximación, que tiene como objetivo identificar qué ha motivado la intervención de las autoridades de competencia en este mercado, quedarán sin duda preguntas sin responder sobre la programada denuncia de FASFE. Es por esto que al final del artículo se indican las cuestiones cuyo interés, en este momento previo a la presentación de la denuncia, exige un tratamiento separado en artículos adicionales, que aparecerán en los próximos días en Iusport.

(i) Mercado relevante

El mercado de referencia se define en función tanto del producto como de factores geográficos.

En el caso que nos ocupa, el mercado relevante es el mercado de adquisición de derechos de retransmisión en directo de partidos de fútbol de la Liga y de la Copa de S.M. el Rey. Se trata del mercado ascendente de adquisición de derechos de retransmisión por televisión de acontecimientos futbolísticos que se celebran regularmente todos los años. Este mercado se denomina ascendente porque se encuentra en el primer lugar de la cadena de valor de esta particular “industria”, constituyendo una suerte de mercado de insumos básicos; mientras que los mercados descendentes son, por este orden, el mercado intermedio de la edición y comercialización de contenidos audiovisuales; y el mercado final, en el que el cliente es el consumidor de estos contenidos audiovisuales a través de las distintas plataformas existentes. Es así como se configura el modelo de explotación de los derechos audiovisuales de los clubes de fútbol que participan en la Liga y en la Copa de S.M. el Rey.

De conformidad con los precedentes nacionales y comunitarios, el ámbito geográfico de este mercado es nacional debido al carácter de la distribución, pues tanto la demanda final como los principales adquirentes de los derechos audiovisuales de los clubes son nacionales; los regímenes reglamentarios son asimismo nacionales; y las barreras lingüísticas y los factores culturales, también nacionales, se revelan como factores definidores del mercado.

A pesar de su aparente similitud, los precedentes han diferenciado expresamente este mercado del mercado de adquisición de derechos de retransmisión en directo de las competiciones regulares europeas, debido a la incertidumbre sobre qué equipos españoles van a jugar las distintas eliminatorias de las distintas competiciones regulares europeas y a que los sistemas de comercialización y precios de los derechos audiovisuales nacionales y europeos son diferentes.

(ii) Evolución de la estructura del mercado relevante (por el lado de la oferta)

Los derechos audiovisuales de la Liga y de la Copa de S.M. el Rey son una importante fuente de ingresos para los clubes de fútbol que participan en la Primera y Segunda División de la Liga de fútbol organizada por la Liga Nacional

de Fútbol Profesional (LNFP). Por la venta de los derechos, los clubes reciben una contraprestación económica fija por temporada y, en algunas ocasiones, una contraprestación variable que puede estar ligada al rendimiento obtenido de la explotación audiovisual de los partidos en los que el club en cuestión participa.

No obstante, el reparto de los ingresos audiovisuales entre los clubes miembros de la Liga de fútbol en España es muy desigual. Así, los dos primeros equipos que más ingresos perciben por la venta de sus derechos audiovisuales (Real Madrid y Barcelona) suman más del 40% del total; si se une el tercer equipo (Atlético de Madrid), tal porcentaje supera el 50%; y los cinco primeros equipos perciben el 60% de estos ingresos. Estos ingresos han crecido significativamente en los últimos diez años pasando de 320 millones de euros en la temporada 2005/2006 a más de 650 en 2014/2015.

La estructura de la oferta en el mercado relevante, es decir cómo venden los clubes de fútbol sus derechos audiovisuales y generan los referidos ingresos, no siempre ha sido la misma.

De conformidad con el apartado segundo de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte – el llamado Plan de Saneamiento –, los derechos audiovisuales de los clubes de fútbol de la Liga y de la Copa de S.M. el Rey estaban centralizados en la LNFP, que era quien se encargaba de cederlos a los distintos operadores audiovisuales. La LNFP percibía y gestionaba por tanto los derechos económicos derivados de las retransmisiones por televisión de las competiciones organizadas por la propia LNFP o en colaboración con otras asociaciones de clubes. En este contexto, la LNFP vendió a la empresa Promoción del Deporte, S.A. los derechos para la retransmisión de las competiciones de la LNFP y de la Copa de S.M. el Rey de la temporada 1990/91 hasta la temporada 1997/98 inclusive.

Sin embargo, tras la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1993 por abuso de posición dominante contra la LNFP, el fin del referido Plan de Saneamiento y el creciente interés de los distintos operadores audiovisuales por la adquisición de derechos, entre otras cosas, la LNFP reconoció, en su Acuerdo de Asamblea de 12 de abril de 1996, la negociación individual por parte de los clubes de fútbol de la cesión a terceros de sus propios derechos

audiovisuales correspondientes a las temporadas 1998/1999 y siguientes. Por consiguiente, el sistema dejó de ser el de venta colectiva, o centralizada, por decisión de los propios clubes de fútbol; pasando a adoptar una configuración de venta individualizada que se mantiene en la actualidad.

(iii) Valoración de los sistemas de venta de derechos audiovisuales

La venta individualizada de derechos audiovisuales de las competiciones futbolísticas, que existe en la actualidad en España y que está siendo sustituida por la venta o gestión centralizada de los derechos en nuestro ámbito comparado, tiene la ventaja de disminuir el riesgo de cierre a los operadores audiovisuales del acceso a los derechos de retransmisión del fútbol.

Por su parte, el sistema alternativo más extendido, el de venta o gestión centralizada de estos mismos derechos, constituye un acuerdo horizontal entre competidores, prohibido por los artículos 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC); si bien se ha considerado que reúne los requisitos que le permiten beneficiarse de la exención de la prohibición, tal y como prevén los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC¹, respectivamente en Derecho europeo y español de defensa de la competencia.

En ambos casos, lo que ocurre en los mercados ascendentes, esto es la adquisición y reventa de contenidos futbolísticos en el mercado de referencia y en el mercado intermedio antes referidos, incide en la situación competitiva de los mercados aguas abajo, donde se explotan estos derechos; en particular en los mercados de televisión de pago, televisión en abierto y otros medios audiovisuales – en la medida en que estos contenidos constituyen insumos importantes para poder captar abonados y espectadores.

Precisamente, ha sido la voluntad de animar la competencia en el mercado en beneficio del consumidor final, es decir en el último de los mercados

¹ Esta exención legal encuentra su fundamento en la capacidad de una conducta contraria a la prohibición de los artículos 1.1 LDC y 101.1 TFUE para generar cierta eficiencia económica sin necesitar para ello de restricciones de la competencia que sean a su vez significativas y prescindibles.

descendentes, la que ha motivado la intervención de las autoridades de competencia en el mercado de referencia. En este sentido, es importante destacar que incluso cuando se ha analizado el modelo de venta conjunta, en el que la competencia se elimina por el lado de la oferta de derechos audiovisuales en el mercado relevante, la Comisión Europea ha tenido muy presente el poder de mercado del operador audiovisual dominante (demandante en el mercado relevante), que es el que tiene la capacidad de influir en los mercados aguas abajo, al establecer cómo ha de configurarse la oferta (paquetes de derechos; duración de los contratos; *no single buyer rule*; etc.).

(iv) Decisiones de las autoridades de competencia española y europea en relación con el mercado relevante identificado

La autoridad española de defensa de la competencia²

El primero de los precedentes relevantes en la materia lo constituye la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 10 de junio de 1993. El TDC sancionó a la LNFP por abuso de posición dominante en relación con la venta de los derechos audiovisuales de los clubes de fútbol, cuando, en el marco del Plan de Saneamiento, correspondía a ésta la gestión colectiva de los derechos audiovisuales de los clubes de fútbol participantes en la Liga y en la Copa de S.M. el Rey. Sin embargo, la resolución del TDC no entra en las cuestiones definitorias del modelo de adquisición y comercialización centralizada de los derechos audiovisuales.

Tras el retorno a la venta individualizada, la decisión de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 28 de noviembre de 2013 en el expediente SNC/0029/13 vino a confirmar que el artículo 21 de la Ley General de Comunicación Audiovisual y la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 14 de abril de 2010 en el expediente S/0006/07³ constituyen el marco legal para la adquisición de derechos audiovisuales de las competiciones

² En los últimos diez años esta autoridad ha cambiado hasta en tres ocasiones de nombre: Tribunal de Defensa de la Competencia; Comisión Nacional de la Competencia; y Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

³ La resolución declaratoria de conductas prohibidas de 2010 estableció que la formalización de contratos de adquisición de derechos audiovisuales en el mercado relevante con una duración superior a los tres años y expiración posterior a la temporada 2011/2012 constituían acuerdos entre empresas que, por sus efectos, son contrarios a la prohibición de los artículos 1.1 LDC y 101.1 TFUE.

futbolísticas en España. Y así será hasta la aprobación de la nueva ley del deporte, que, tal y como ha anunciado el Consejo Superior de Deportes, pretende imponer la venta colectiva de estos derechos.

Si finalmente se aprueba una nueva ley del deporte en este sentido, habrá que ver si prevé una exención de la aplicación de las normas nacionales de competencia, en los términos del artículo 4 LDC. No obstante, prevea o no la nueva ley del deporte una exención de la aplicación de las normas de competencia a la configuración de venta colectiva que resulte, siguen siendo de aplicación las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia. La conclusión es la misma en defecto de legislación ad hoc, como la prevista, correspondiendo entonces a los clubes, en uso de su libertad de empresa y en el marco del sistema de autoevaluación establecido por el Reglamento CE 1/2003 y de la LDC, el establecimiento de un sistema de adquisición y explotación de los derechos audiovisuales del fútbol compatible con el Derecho de la competencia.

La Comisión Europea

La Comunicación de 2011 de la Comisión Europea sobre el “Desarrollo de la dimensión europea en el deporte”⁴ da garantías de la compatibilidad de la venta colectiva de derechos audiovisuales con las normas europeas de defensa de la competencia. Aunque la Comunicación reconoce que la venta colectiva restringe la competencia, en el sentido del artículo 101.1 TFUE, también señala que esta configuración puede tener ventajas que compensen los efectos negativos y permitan acceder a una exención de conformidad con el artículo 101.3 TFUE. Por esta razón, la Comunicación describe la venta colectiva de derechos de retransmisión como “*un buen ejemplo de solidaridad financiera y de mecanismo de redistribución en el deporte*” y afirma que asegura una redistribución adecuada de los ingresos, dentro del estricto cumplimiento de las normas europeas de defensa de la competencia a la vez que preserva el derecho del público a la información.

⁴ La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el “Desarrollo de la dimensión europea en el deporte”, de 18.1.2011, Bruselas, referencia COM(2011) 12 final.

Asimismo, existen precedentes de la valoración de la venta colectiva de derechos de retransmisión a nivel comunitario. La Comisión Europea ha establecido los principios básicos en varias decisiones, concretamente las decisiones UEFA Champions League, FA Premier League y Bundesliga. La Comisión Europea admite la venta colectiva de derechos audiovisuales siempre y cuando se cumplan determinados términos y condiciones para evitar restricciones injustificadas a la competencia en mercados aguas abajo, especialmente vía cierre de mercados o restricciones del número de partidos. En sus diferentes decisiones la Comisión ha exigido: la reducción de la duración de los contratos exclusivos de cesión de derechos; el establecimiento de distintos y equilibrados paquetes de derechos; la devolución a los clubes de fútbol de los derechos no comercializados tras un periodo razonable de tiempo; el uso de los derechos por parte del operador de televisión adquirente de los mismos; que no haya un único comprador de todos los paquetes de derechos; la limitación de la exclusividad de una parte de los derechos; e incluso la participación de un gestor independiente en el proceso de reventa de los derechos a operadores de televisión, para garantizar el carácter equitativo, razonable y no discriminatorio del proceso.

A la vista de lo aquí expuesto, la denuncia que FASFE pretende presentar por la actual distribución de los ingresos derivados de los derechos audiovisuales del fútbol español resulta de gran interés.

Por lo que se conoce hasta ahora, FASFE debe de pretender cuestionar desde el Derecho de la competencia el sistema de venta individualizada por cuanto el riesgo inherente a este modelo, esto es la posibilidad de que los clubes de menor atractivo audiovisual no puedan vender sus derechos, sin manifestarse en toda su magnitud si resulta en un reparto muy desigual: en el que la diferencia entre los dos clubes que más ingresos perciben por la venta de sus derechos audiovisuales y los que se encuentran en último lugar es de 10 a 1; y entre aquéllos y el club que ocupa el tercer puesto por ingresos es de 3 a 1.

Es sumamente interesante por tanto que FASFE vaya a denunciar ante la Comisión Europea un sistema, el de venta individualizada, que es *prima facie* más acorde con la normativa de competencia que su alternativa más extendida, la venta centralizada – que además ha sido la única fiscalizada por la Comisión Europea.

Ante la aparente particularidad de la denuncia, hay muchas cuestiones que es preciso responder y que, como se ha indicado al inicio de este artículo, iremos afrontando en los próximos días. Así:

- En abstracto, ¿qué interés está llamada a proteger la autoridad de competencia en este caso? Y en concreto, ¿presenta el modelo español de venta individualizada (con sus defectos) suficiente interés comunitario para justificar una investigación?
- ¿Qué infracción o infracciones de las normas de competencia puede(n) ser objeto de la denuncia de FASFE?
- ¿Es preferible presentar la denuncia ante la autoridad europea o ante la autoridad española de defensa de la competencia?
- ¿Tiene FASFE alternativas a la denuncia para conseguir su objetivo? ¿Ofrece(n) la(s) alternativa(s) a la denuncia la posibilidad de hacer valer la pretensión de FASFE sobre la base del Derecho de la competencia así como dirigirse a la autoridad de competencia?
- ¿Qué fórmulas, compatibles con el Derecho de la competencia, distintas de la venta centralizada pueden garantizar un reparto más equitativo de los ingresos por derechos audiovisuales?

Octubre de 2014.

© **José C. Páez Romero (Autor)**

© **Iusport (editor). 1997-2014.**