

INFORME DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ARAGÓN (TDCA), SOLICITADO POR EL ALCALDE DE ZARAGOZA, EN RELACIÓN CON UNA PARTIDA PRESUPUESTARIA APROBADA POR EL PLENO DEL AYUNTAMIENTO QUE RECOGE UNA AYUDA A FAVOR DEL REAL ZARAGOZA CLUB DE FÚTBOL.

Pleno

Presidente

D. Ángel Luis Monge Gil

Vocales

D. Javier Nieto Avellaned

D. Fernando Sanz Gracia

D^a M^a Cristina Fernández Fernández

Zaragoza, a 1 de junio de 2018.

El Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, con la composición expresada al margen y siendo ponente D. Ángel Luis Monge Gil, ha examinado la solicitud de informe efectuada por el Alcalde de Zaragoza, D. Pedro Santistevé Roche, relativa a si la concesión de una ayuda pública nominativa por importe de 800.000 euros a favor del Real Zaragoza, prevista en el presupuesto municipal, puede afectar a las normas sobre libre competencia.

A la vista de la solicitud y de la documentación que la acompaña, se emite el siguiente

INFORME

Con fecha de 10 de abril de 2018, el Alcalde de la ciudad de Zaragoza, don Pedro Santistevé Roche, dirige escrito al TDCA con el siguiente tenor literal: “El Pleno del Ayuntamiento de Zaragoza, en sesión ordinaria celebrada el 26 de febrero de 2018, aprobó definitivamente el presupuesto general municipal de 2018. Habiéndose incluido en el Capítulo 4 (Transferencias corrientes) del estado de gastos, concepto 479 (Otras subvenciones a empresas privadas), la partida “CUL 3411 47900 Ayuda al Real Zaragoza. Promoción de la ciudad”, con un crédito inicial de 800.000 euros, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 i) del Decreto 29/2006, de 24 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se crean y regulan los órganos de Defensa de la Competencia de Aragón, se solicita informe al TDCA sobre si la concesión del Ayuntamiento de Zaragoza de la citada ayuda pública nominativa a favor de un determinado club de fútbol profesional, prevista en el presupuesto municipal, puede suponer el otorgamiento de una ventaja económica y selectiva a dicho club de fútbol que podría afectar a las normas sobre libre competencia”.

En relación con el citado escrito, este TDCA realiza las siguientes consideraciones:

Primera. La primera cuestión que debe analizar el TDCA, ante la solicitud del presente informe, es la legitimación del solicitante. En el presente caso, don Pedro Santistevé Roche, en su calidad de Alcalde de la ciudad de Zaragoza. El escrito presentado invoca el artículo 3. i) del Decreto 29/2006, de 24 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se crean y regulan

los órganos de Defensa de la Competencia de Aragón. El citado precepto señala lo siguiente: Artículo 3. Competencias. El TDCA, según lo establecido en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, ejercerá las siguientes atribuciones: i) Emitir informes en materia de libre competencia a iniciativa propia o cuando sea solicitado para ello por el Gobierno de Aragón o sus Consejeros, el Pleno de las Cortes de Aragón o sus Comisiones, **Las Entidades Locales aragonesas a través de su Alcalde o Presidente** y las organizaciones empresariales, los sindicatos de trabajadores y las asociaciones de consumidores y usuarios”

Una primera interpretación literal del precepto, podría hacernos concluir que hubiese sido necesario un acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Zaragoza requiriendo al TDCA para realizar el informe solicitado, especialmente teniendo en cuenta que el presupuesto municipal, en el que consta la partida presupuestaria por la que se solicita informe, fue aprobado por el propio Pleno. No obstante, este TDCA entiende, en una interpretación integradora de la norma y valorando el espíritu de la misma, que el Alcalde o Presidente de una Entidad local sí que puede dirigirse al TDCA realizando una petición de informe. Parece ilógico pensar que si un Consejero/a del Gobierno de Aragón, o un presidente/a de una asociación de consumidores, por ejemplo, pueden realizar tal petición al TDCA, no pueda hacerlo, en este caso, el Alcalde de la ciudad de Zaragoza. Ahora bien, este TDCA, a la vista del tenor literal del precepto invocado, estima que hubiese resultado más pertinente, una aprobación de la solicitud de informe por el Pleno del Ayuntamiento.

En conclusión, este TDCA considera que el Alcalde de Zaragoza sí que está legitimado para realizar la solicitud de informe requerido.

Segunda. La segunda cuestión sobre la que es menester detenerse es la siguiente. El escrito del Alcalde de Zaragoza califica el asunto que presenta ante este TDCA como de “ayuda pública nominativa”. Sin anticipar por el momento si nos encontramos o no ante un asunto de “ayudas públicas” y el de sus posibles consecuencias desde el punto de vista competitivo, debemos pronunciarnos sobre si el TDCA puede emitir un informe en relación con las denominadas Ayudas Públicas de Estado o Ayuda Públicas.

El tema no es sencillo, ni baladí. Comenzaremos analizando esta cuestión desde la óptica de la normativa estatal y, a continuación, haremos una referencia, inexcusable por otra parte, a la normativa aragonesa.

Ante todo, creemos que el TDCA sí que tiene competencia para emitir un informe sobre, llegado el caso, una ayuda pública. Es cierto que la Ley 1/2002 de Coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de competencia, no atribuía dicho poder a los órganos autonómicos. Sin embargo, la posterior Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, en su artículo 11.5 atribuye expresamente a los órganos de defensa autonómicos el poder de adoptar informes sobre ayudas públicas concedidas por las Administraciones autonómicas o locales **en su respectivo ámbito territorial**. Tal poder es sin perjuicio de las competencias similares que tenía la antigua CNC (ahora CNMC). Es decir, que el TDCA no es el único que puede emitir estos informes en nuestro país en materia de Ayudas de Estado, pudiéndolo hacer, de igual manera, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Por su importancia, transcribimos el artículo 11.5 de la Ley de Defensa de la Competencia:

“Los órganos de Defensa de la Competencia de las Comunidades Autónomas podrán elaborar, igualmente, informes sobre las ayudas públicas concedidas por las Administraciones autonómicas o locales en su respectivo ámbito territorial, a los efectos previstos en el apartado 1 de este artículo. Estos informes se remitirán a la Comisión Nacional de la Competencia a los efectos de su incorporación al informe anual. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de las funciones en este ámbito de la Comisión Nacional de la Competencia”.

Posteriormente, la Ley 3/2013 de creación de la CNMC atribuye a este organismo, en su artículo 5.1.e), la función de *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007 de 3 de julio, en materia de ayudas públicas”* Y en su artículo 20.9 prevé que los informes en materia de ayudas los adoptará el Consejo de la CNMC. No obstante, dada la remisión expresa de la Ley 15/2007, no se cree que esas disposiciones legales hayan eliminado las competencias de los órganos autonómicos para emitir informes sobre ayudas públicas. Se cree, por el contrario, que lo único que hacen es precisar quién va a ejercer esa competencia en el ámbito nacional: el Consejo de la CNMC, en vez de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC).

En el ámbito autonómico, debemos detenernos en dos referencias normativas de nuestro Decreto 29/2006. La letra i) del artículo 3, invocado en el escrito del Alcalde de Zaragoza, habla de la emisión de informes en materia de libre competencia. De una forma abierta como puede observarse. La letra a) del mismo artículo alude a las materias sobre las que el TDCA tiene competencias sancionadoras. En concreto, prácticas colusorias, abusos de posición de dominio y prácticas desleales de las que se deriven efectos en materia de competencia. Por consiguiente, no podemos concluir que las competencias del TDCA no incluyan la posibilidad de emitir informes en cuestiones de ayudas públicas. Una cosa es que el TDCA no tenga capacidad sancionadora al respecto y otra muy distinta es que no pueda informar amparándose en el artículo 3 i) referido.

Tercera. Por “Ayuda de Estado” el Derecho de la UE, y concretamente el artículo 107.1 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), entiende cualquier ventaja económica selectiva que una o varias empresas o sectores perciben como consecuencia de una intervención pública y financiada por fondos públicos y que es susceptible de distorsionar la competencia y los intercambios entre los Estados miembros. El concepto engloba, por tanto, no sólo las subvenciones públicas, sino que también puede extenderse a ventajas selectivas otorgada a través de beneficios fiscales, préstamos o ventas en condiciones distintas de las de mercado, inyecciones de capital público en determinadas empresas, condonaciones de deudas y un amplio catálogo de intervenciones que no es posible examinar en detalle aquí.

El sistema comunitario de control de ayudas, derivado de los artículos 107 y 108 del TFUE, está construido sobre la idea de que el control de compatibilidad de las ayudas de Estado lo han de realizar la Comisión europea y no las autoridades nacionales. Así las medidas que constituyan “ayudas de Estado”, o bien se encuentran autorizadas por el Reglamento 651/2014/UE General de Exención por Categorías (DOUE n. L 187 de 26.6.2014, p. 1; en adelante, RGEC), o bien deben ser notificadas a la Comisión Europea y aprobadas por ésta. Por el contrario, las medidas que no constituyan “ayudas de Estado” en sentido del artículo 107.1 del TFUE pueden ser ejecutadas sin tener que ser notificadas. Por su parte el papel de los jueces nacionales es velar por el respeto de esa obligación de notificación lo que puede implicar suspender (y en ciertos casos recuperar provisionalmente) las medidas que consideren “ayudas de Estado” y que hayan sido otorgadas sin seguir dicho procedimiento. Sin

embargo los jueces nacionales nunca pueden decidir sobre la cuestión de fondo de la compatibilidad o no de una ayuda con el Tratado ya que esta tarea corresponde exclusivamente a la Comisión europea.

Como a continuación se va a desarrollar, es preciso puntualizar lo siguiente:

1- Del escrito del Alcalde de Zaragoza no podemos ni concluir ni excluir que exista una auténtica “ayuda de Estado” en el sentido del Derecho de la Unión Europea, por no contener un mínimo de información sobre las condiciones de tal intervención financiera.

2- Del mismo modo, tampoco es posible saber si se trata de una ayuda autorizada o no por el RGEC.

3- En el caso de que estuviéramos ante una ayuda no cubierta por el RGEC, el pronunciamiento sobre su compatibilidad con el Tratado correspondería en exclusiva a la Comisión Europea.

Debe quedar claro, de entrada, que la eventual ayuda de Estado como tal no podría considerarse “ejecutada” por el mero hecho de existir simplemente una partida presupuestaria, en este caso a favor de una entidad deportiva. En efecto el artículo 108.3 del TFUE prohíbe “ejecutar” las medidas que sean “ayudas” antes de su notificación y aprobación por la Comisión. Mientras la partida presupuestada no se haya ejecutado tal obligación ha sido respetada por lo que no cabría hablar de ilegalidad de carácter procesal.

Además, la obligación de notificación del artículo 108.3 TFUE solo existe si estamos ante una “ayuda de Estado” en el sentido del artículo 107.1 TFUE (y si no está cubierta por el RGEC previsto en el artículo 107.4 TFUE). Sin embargo, no todo pago público a una empresa tiene automáticamente carácter de ayuda.

El escrito presentado por el Alcalde de Zaragoza solo señala dos cuestiones. La primera, que la partida aprobada es un pago destinado al Real Zaragoza. Y la segunda, que el mismo estaría destinado a fines de “Promoción de la ciudad” (presupuestariamente, al menos, así figura). Esta última referencia podría quizás sugerir la existencia de una contraprestación de naturaleza publicitaria. Por otra parte, determinadas informaciones de prensa se referían a un supuesto “apoyo al deporte de base” como justificación de los pagos. En todo caso este Tribunal no ha recibido ninguna indicación adicional sobre el contenido o la motivación de la operación en cuestión.

Dado que la Comisión europea es la encargada de enjuiciar, autorizar o prohibir, las ayudas de Estado, vamos a comentar algunas de sus decisiones. Éstas, en anticipada síntesis, nos situarán en la tesitura que relatábamos líneas atrás: es preciso en primer lugar dilucidar si la medida en cuestión es o no ayuda de Estado, en segundo lugar, si es una ayuda, hay que ver si la misma se encuentra ya autorizada por el RGEC y, si no es así, verificar si puede ser declarada compatible o no.

Para saber si un pago por parte de una administración pública es o no una ayuda de Estado resultaría indispensable conocer mínimamente la motivación del mismo y los eventuales compromisos adquiridos por el destinatario, cosa que este Tribunal desconoce.

Por ejemplo, si la razón del pago fuera “el apoyo al deporte base”, habría que analizarlo a la luz de precedentes como el pronunciamiento de la Comisión europea de 2001

sobre medidas similares en Francia, en donde consideró que tales apoyos (de 2,4 millones por club), dada su función educativa y de integración social, no necesariamente eran ayudas aunque se dieran a clubs profesionales (ver nota de prensa, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-01-599_en.htm?locale=en). Si la razón del pago fuera más bien la “promoción de la ciudad”, como parece sugerir el título de la partida presupuestaria, habría que examinar si el citado pago puede considerarse o no una contraprestación adecuada a la luz del impacto publicitario efectivamente obtenido y si sería de un montante similar o inferior al que habría satisfecho un hipotético operador privado en una situación similar. Tal examen debería basarse en elementos objetivos como el impacto real obtenido y tomar en cuenta precedentes como la decisión 2003/227/CE de la Comisión de 2 de agosto de 2002, sobre el Parque temático “Terra Mítica SA” (Diario Oficial L 091 de 8 de abril de 2003, p. 23). En aquél caso la Comisión consideró que un pago de 11 millones de euros por la administración autonómica a un parque de atracciones, estaba justificado y no suponía una ayuda de Estado por reflejar correctamente el valor del servicio publicitario prestado.

Los ejemplos anteriores muestran la necesidad que tienen las administraciones públicas de analizar la naturaleza de los pagos previstos antes de calificarlos como ayudas o no y, por ende, antes de decidir si han de ser notificados o no.

También debemos recordar que, en aplicación de lo previsto en el artículo 108.4 TFUE, la Comisión Europea ha eximido de la obligación de notificar determinadas ayudas de Estado que considera automáticamente compatibles, siempre que respeten las condiciones establecidas por el Reglamento 651/2014/UE General de Exención por Categorías (RGEC). Entre esas, se cuentan, por ejemplo, las ayudas para infraestructuras deportivas que no superen los 15 millones para inversión o los 2 millones anuales por funcionamiento (considerando 74, artículo 4.1.bb y artículo 55). El Ayuntamiento debería por ello analizar si el pago, aun suponiendo que sea una ayuda de Estado, entraría o no en alguno de los supuestos del RGEC y respetaría sus condiciones, en cuyo caso no habría de ser notificado.

Si el pago previsto, a juicio del Ayuntamiento de Zaragoza, no encajase en ninguno de estos supuestos del RGEC, debería evaluar si reúne o no las condiciones para ser considerado una ayuda y, de considerar que las reúne, debería, antes de pagar, notificar su intención a la Comisión Europea para que analizase su compatibilidad con el Tratado y lo autorizase o no. En su caso tal notificación debería realizarse a través de los servicios del Ministerio de asuntos Exteriores y Cooperación.

La eventual notificación a la Comisión en ningún modo anticipa una decisión negativa. La práctica de la Comisión Europea sobre clubs deportivos ofrece algunos ejemplos de decisiones negativas pero también numerosos ejemplos de decisiones positivas. Entre las negativas cabe citar las tres decisiones adoptadas por la Comisión europea el 4 de julio de 2016 relativas al régimen fiscal de los clubs de fútbol españoles Real Madrid, Barcelona, Athletic de Bilbao y Osasuna (Decisión 2016/2391/UE, DOUE L 357/1), a determinadas medidas urbanísticas relativas al Real Madrid (Decisión 2016/2393/UE, DOUE L 358/3) y a ciertos avales públicos en favor de clubs de la Comunidad valenciana (Decisión 2017/365/UE, DOUE L 55/12).

Entre las positivas cabe citar las cinco decisiones adoptadas por la Comisión europea también el 4 de julio de 2016, cuatro de ellas referidas a varios clubs holandeses en dificultad, que fueron autorizados por la Comisión a recibir ayudas sobre la base de sendos planes de reestructuración (Decisión 2016/1847/UE Maastrich, DOUE L 282/53; Decisión 2016/1991/UE

Den Bosch, DOUE L 306/19; Decisión 2016/2078/UE Nimega, DOUE L 320/40; Decisión 2017/97/UE Tilburg, DOUE L 17/28). En tales casos las autoridades concedentes de las ayudas probaron a la Comisión que las mismas respondían a los criterios establecidos en las “Directrices sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas no financieras en crisis” (DOUE C 249 de 31.7.2014, p. 1). La última decisión se refería al club PSV Eindhoven, y en la misma la compra del estadio por el ayuntamiento y su posterior alquiler al mismo club ni siquiera se consideró ayuda (Decisión 2016/1848/UE PSV Eindhoven, DOUE L 282/75).

Una eventual notificación a la Comisión europea debería en todo caso contener información suficiente para que esta institución pueda pronunciarse con conocimiento de causa sobre el carácter de ayuda y sobre su eventual compatibilidad a la luz de las Directrices aplicables.

A la vista del presente informe, el TDCA realiza las siguientes **CONCLUSIONES**:

1- El Alcalde de Zaragoza está legitimado para presentar ante el TDCA solicitud de informe en materias relacionadas con el Derecho de la Competencia. Recomendamos sin embargo que las eventuales futuras solicitudes de informes por parte de Ayuntamientos sean presentadas previo acuerdo del Pleno del Ayuntamiento.

2- El TDCA es competente para emitir un informe no vinculante en materia de ayudas de Estado cuando se trate de organismos públicos radicados en Aragón, y ello aunque no tenga ninguna competencia sancionadora en esa área. La citada competencia del TDCA es concurrente con la que tiene la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) para emitir tales informes en relación con el conjunto de España.

3- La Comisión Europea tiene competencia exclusiva para decidir sobre la compatibilidad de las ayudas de Estado que deban serle notificadas con fundamento jurídico en los artículos 107 y 108 del Tratado.

4- Un pago de una administración pública a un club deportivo será o no una ayuda de Estado en función de las condiciones concretas de la transacción. Existen precedentes de pagos públicos por conceptos como “promoción” o por “apoyo al deporte base” que, en determinadas circunstancias, no han sido considerados ayudas por la Comisión europea. En tales supuestos, una notificación a la Comisión no sería necesaria.

5- Aunque estuviéramos ante una ayuda de Estado, la misma tampoco tendría por qué notificarse si se encontrase cubierta por el RGEC.

6- Si no fuese el caso, la ayuda sí que debería notificarse a la Comisión europea para que se pronunciase sobre su compatibilidad.

7- En el pasado la Comisión Europea ha resuelto varios expedientes en relación con ayudas a clubs profesionales de fútbol en dificultad, estimando, en varias ocasiones, que eran compatibles con el Derecho Comunitario. Existen también ejemplos de decisiones declarando incompatibles las ayudas percibidas por otros clubs. Resulta por ello necesario que una eventual notificación contenga información suficiente sobre las condiciones del pago y sobre su motivación.

8- No todo pago público es necesariamente una ayuda de Estado. El deber de notificar a la Comisión Europea solo existe cuando estamos ante una ayuda de Estado no cubierta por el RGEC. Evaluar si un pago es o no una ayuda requiere conocer las condiciones y motivaciones de la decisión o transacción subyacente al pago.

9- Del escrito presentado por el Alcalde de Zaragoza, sólo podemos deducir la existencia de una partida presupuestaria, a favor de un club de fútbol, bajo el concepto “promoción de la ciudad”. Tales informaciones son claramente insuficientes para determinar si estamos ante una ayuda de Estado o no. Si este Tribunal hubiese tenido conocimiento de cuál fuese el destino final de estas ayudas, lo que no ha resultado posible dada la información disponible, se podría haber emitido un informe más concreto.

Este es el informe no vinculante que el TDCA tiene el honor de emitir sometido a criterio de cualquier otro mejor fundado en Derecho.

Nota: Recomendamos la lectura del Informe Anual sobre Ayudas Públicas del año 2017 de la CNMC, que puede consultarse en su página web.