

# De cómo FIFA “se olvidó” del derecho comunitario sobre competencia al prohibir los derechos económicos

Agustín Amorós Martínez  
RUIZ-HUERTA & CRESPO ABOGADOS  
Sports Lawyers

## 1. LA PROHIBICIÓN DE FIFA Y LA DENUNCIA DE LaLiga

Se publicó en febrero de este año que la Liga de Fútbol Profesional (LaLiga) y la Liga Portuguesa de Futebol Profissional (LPFP) denunciaron ante la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea el acuerdo adoptado en diciembre por la FIFA que prohíbe la participación de terceros en los derechos económicos de los jugadores de fútbol, conocido como TPO (“Third Party Ownership”).

Dicha decisión de FIFA, recogida en su Circular 1464, del 22 de diciembre de 2014, introduce, por lo que ahora interesa, una definición de “tercero” y una prohibición absoluta, que entraron en vigor el 1 de mayo de 2015.

### a) Concepto de “tercero”.

Se define muy ampliamente el concepto de tercero, de tal forma que tendrán tal consideración toda *“parte ajena a los dos clubes entre los cuáles se traspasa a un jugador, o a cualquiera de los clubes anteriores en los que el jugador estuvo inscrito previamente”*.

Tiene, por tanto, la condición de tercero no sólo cualquier operador económico distinto de clubes y jugadores, sino los propios jugadores, y aquéllos clubes que no sean el club de origen y el destino, o cualquier otro club anterior en los que el jugador haya estado inscrito.

Aunque nuestro análisis se dirige al ámbito comunitario, no puede dejar de censurarse ya aquí el ciego mimetismo de la RFEF al aprobar, en la reunión de su Asamblea General de fecha 28 de enero de 2015, la nueva redacción del artículo 102 (cuyo último párrafo copia el concepto de “tercero” de FIFA), así como la adición del nuevo artículo 102 bis del Reglamento General de la RFEF, que introduce, por su parte, la prohibición que nos ocupa. Y ello por cuanto los artículos 11.4, y 13.a) del Real Decreto 1006/85 y el artículo 16 del vigente Convenio Colectivo suscrito entre LaLiga y la AFE establecen el derecho del futbolista a participar, en ausencia de pacto, en el 15% de un eventual traspaso o cesión de su contrato de trabajo.

De hecho, esta propuesta de modificación del Reglamento RFEF ya ha recibido una severa desaprobación por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su Informe de 2 de julio de 2015 (INF/CNMC/0002/15), al que nos referiremos más adelante al analizar las justificaciones ofrecidas para tratar de justificar la prohibición de estos derechos económicos de terceros.

### b) La prohibición.

En cuanto a la prohibición en sí misma, ésta se introduce en el Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores mediante un nuevo artículo 18 ter, bajo la rúbrica *“Propiedad de los derechos económicos de jugadores por parte de terceros”* en el que se establece que *“ningún club o jugador podrá firmar un contrato con un tercero por el cual se conceda a dicho tercero el derecho a participar, parcial o totalmente, del valor de un futuro traspaso de un jugador de un club a otro, o que le otorgue derechos relacionados con futuros fichajes o con el valor de futuros fichajes”*.

La denuncia de las Ligas española y portuguesa mencionada se fundamenta en que esta prohibición vulnera las normas de defensa de la competencia del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), además de las libertades fundamentales de establecimiento, prestación de servicios, trabajo y circulación de capitales.

Nuestro análisis coincide con dicho entendimiento, conforme a las siguientes premisas.

## 2. LAS NORMAS COMUNITARIAS SOBRE COMPETENCIA AFECTADAS.

Establece el artículo 101 TFUE (antiguo artículo 81 TCE):

*"1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:*

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;*
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;*
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;*
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.*

*2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.*

*3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:*

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,*
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,*
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,*

*que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:*

- a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;*
- b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate."*

Por su parte, el artículo 102 TFUE (antiguo artículo 82 TCE), establece que:

*"Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.*

*Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:*

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;*
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;*
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos."*

Examinaremos a continuación si se dan los requisitos desarrollados por la jurisprudencia para aplicar ambos preceptos a la prohibición de FIFA en cuestión.

### 3. CONCURRENCIA DE LOS REQUISITOS Y APLICABILIDAD DE LOS EFECTOS DEL ARTÍCULO 101 TCE.

a) Existencia de una decisión de asociación de empresas.

Teniendo en cuenta que la triple posibilidad que a su inicio contempla el artículo 101.1 (“*acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas*”) tiene carácter alternativo, basta alcanzar cualquiera de estas tres calificaciones para entender que concurre el primer presupuesto de la norma.

En este sentido, ha sido el propio Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea (Sala Cuarta) en su Sentencia de 26 de enero de 2005 (asunto *Piau* T-193/02), quien ha establecido la naturaleza de la relación entre la FIFA y las Federaciones nacionales que forman parte de la misma, así como de los Reglamentos adoptados en el seno de aquélla. En dicha Resolución se vienen a sentar las siguientes afirmaciones (párrafos 68 y siguientes), muchas de las cuales arrancan de las Conclusiones presentadas por el Abogado General Lenz en el caso *Bosman*:

- “*está acreditado que la FIFA tiene por miembros a asociaciones nacionales que agrupan a clubes para los que la práctica del fútbol constituye una actividad económica. Estos clubes de fútbol son, por consiguiente, empresas en el sentido del artículo 81 CE y las asociaciones nacionales que los reúnen son asociaciones de empresas en el sentido de esta misma disposición*”.

- “*las asociaciones nacionales, que, según los Estatutos de la FIFA, están obligadas a participar en las competiciones que ésta organiza, deben pagarle un porcentaje de los ingresos brutos de cada partido internacional y que estos mismos Estatutos reconocen como propietarias, junto con la FIFA, de los derechos exclusivos de difusión y de transmisión de los acontecimientos deportivos de que se trate, ejercen también por ello una actividad económica* (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de noviembre de 1994, *Scottish Football/Comisión*, T-46/92, Rec. p. II-1039). **Por consiguiente, constituyen igualmente empresas en el sentido del artículo 81 CE**”.

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

Asimismo, hablando del antiguo Reglamento sobre Agentes de Jugadores de la FIFA, la Sentencia referida establece una calificación que es absolutamente trasladable al Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores, así como al propio Estatuto de la FIFA:

“... este Reglamento, **obligatorio para las asociaciones nacionales miembros de la FIFA, que tienen que establecer una normativa análoga aprobada posteriormente por la FIFA, así como para los clubes, los jugadores y los agentes de jugadores, traduce la expresión de la voluntad de la FIFA de coordinar el comportamiento de sus miembros respecto a la actividad de los agentes de jugadores. Constituye, por tanto, una decisión de una asociación de empresas en el sentido del artículo 81 ce, apartado 1** (sentencias del Tribunal de Justicia de 27 de enero de 1987, *Verband der Sachversicherer/Comisión*, 45/85, Rec. p. 405, apartados 29 a 32, y *Wouters y otros*, antes citada, apartado 71), **que está sujeta al respeto de las normas comunitarias sobre la competencia, puesto que tal decisión produce efectos en la comunidad.**”

Puede concluirse, pues, que tanto el Estatuto como los Reglamentos de la FIFA constituyen una decisión de una asociación de empresas a los efectos del artículo 101.1 TFUE.

b) Afectación al comercio de los Estados miembros.

Debe partirse, en primer lugar, de que el mercado relevante viene constituido por la comercialización de los derechos patrimoniales que derivan de la transferencia y cesión temporal de los servicios profesionales de futbolistas.

Igualmente, debe sentarse que los recursos humanos pueden ser objeto de transacciones de naturaleza económica en su condición de factores de producción (Sentencia TJCE *Höfner*, Asunto 41/99). En este aspecto, no cabe duda de susceptibilidad de la aplicación analógica de los razonamientos contenidos en el párrafo 261 de las Conclusiones del Abogado General Lenz, presentadas el 20 de septiembre de 1995 en el conocido caso *Bosman* (Asunto C-415/93):

*“261 No son convincentes las objeciones formuladas, en particular por la UEFA, contra esta valoración. Al aducir que las transferencias de jugadores no afectan al «comercio», la UEFA olvida que, en los artículos 85 y 86, esta expresión no está limitada al comercio de mercancías, sino que comprende en su conjunto el tráfico económico entre los Estados miembros.”*

También es ilustrativo a este respecto el criterio seguido por la Sentencia del TJCE (Sala Sexta), de 11 de diciembre de 1997, en el caso *Job Centre* (Asunto C-55/96):

*“37 Tal efecto potencial sobre los intercambios entre Estados se produce en particular cuando las actividades de colocación de trabajadores, ejercidas por empresas privadas, pueden extenderse a los nacionales o a los territorios de otros Estados miembros.”*

En el ámbito interno español, como ha recordado el Informe de la CNMC, está plenamente aceptado que no existe disposición legal alguna que impida el que se efectúen negocios jurídicos válidos sobre los derechos de contenido patrimonial sobre los servicios de los futbolistas.

Para que un bien o derecho esté fuera del comercio de los hombres, y dejando aparte las cosas que están afectadas de in comerciabilidad objetiva y perpetua, es necesario que una ley así lo establezca. A partir de aquí debemos plantearnos la siguiente pregunta: ¿existe alguna ley que establezca que los derechos estudiados sólo son transmisibles entre sociedades anónimas deportivas o clubes de fútbol? ¿Existe esta prohibición en ley alguna? La respuesta es no. Tal previsión no existe. Y si no existe, la consecuencia indudable es que los derechos de contenido patrimonial sobre los servicios presentes o futuros a prestar por los futbolistas profesionales son susceptibles de comercio lícito, tanto entre clubes como entre cualesquiera otras personas físicas o jurídicas.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado, de manera rotunda e inequívoca, sobre la comerciabilidad de los derechos objeto de estudio. En este sentido, sus Sentencias de 3 de marzo de 1997, 4 de marzo y 16 de julio de 1998. Dichos pronunciamientos recaen en procedimientos que se habían iniciado en su momento como consecuencia de recursos interpuestos por determinadas entidades contra liquidaciones efectuadas por la Administración Tributaria, por Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas e Impuesto sobre el Valor Añadido, al entender que los traspasos de jugadores debían tributar por el primero de los conceptos hasta la entrada en vigor del IVA y, a partir de 1986, por el citado Impuesto sobre el Valor Añadido.

Desde el punto de vista del análisis interno de los negocios jurídicos que tienen por objeto los derechos económicos sobre los servicios profesionales de los futbolistas entraña un indudable interés la citada Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 4 de marzo de 1998 (Ponente, D. Pascual Sala Sánchez), que hace una disección de su estructura y naturaleza a propósito de determinar las normas fiscales aplicables (las del Impuesto del Valor Añadido), y que, por su nitidez, transcribimos en sus extremos más relevantes:

*“TERCERO.- Pues bien; en lo que aquí interesa, ambos Decretos regularon la cesión temporal de jugadores frente al régimen excepcional que recogía el Estatuto acabado de mencionar, que, en su art. 43, prohibía la contratación de trabajadores “para prestarlos o cederlos temporalmente a un empresario”. Es de notar que tanto el Decreto de 1981 art. 7º- como el de 1985 vigente art. 11- contemplan, expresamente, la cesión de los servicios de un deportista profesional por un Club o entidad deportiva a otra, con el consentimiento expreso del deportista cedido, y no solo eso, sino que contemplan la cesión mediante contraprestación económica...*

*Por otra parte, resulta altamente significativo que las Normas de Adaptación del Plan General de Contabilidad a los Clubes de Fútbol, aprobadas por Orden de 29 de mayo de 1986 (Boletín Oficial del 7 de junio siguiente) den el tratamiento contable de activo inmaterial a los gastos de adquisición de jugadores, disponiendo su contabilización -Norma 6- en una cuenta específica titulada “Derechos de adquisición de jugadores”, “al producirse dichos gastos en virtud de una transacción con el mundo exterior y existir una cuantificación concreta de su importe”.*

Con la exposición de los anteriores aspectos, no tratados por la sentencia impugnada ni por las alegaciones de las partes, la Sala ha querido destacar la verdadera naturaleza que, desde su inicio, ha tenido la figura conocida como traspaso de jugadores de una entidad deportiva a otra, mediante contraprestación económica y con consentimiento y participación del deportista, sea por la vía de una cesión temporal o por la de una cesión definitiva. Es decir, lo que se ha querido es afirmar que se trata de una modalidad contractual admitida legalmente, que se refiere a los servicios del jugador y no a su persona o al trabajo en sí mismo considerados y que constituye un derecho de contenido económico que, lógicamente, afecta y se refleja en la contabilidad de la entidad deportiva de que se trate y se integra en su acervo patrimonial. En tales condiciones, considerar una cesión de servicios deportivos profesionales mediante contraprestación pecuniaria como algo distinto de una transmisión o cesión onerosa de derechos, resultaría no solo absurdo, sino contrario a su misma caracterización legal.

QUINTO.- Por último, la calificación de transmisión onerosa para las cesiones de servicios profesionales de deportistas de una entidad a otra, mediante contraprestación económica y por voluntad y con participación de todas las partes implicadas, incluido en primer lugar el deportista, no puede decirse contrario lo establecido en el 1.271 del Código civil -que excluye como posible objeto contractual las cosas que están fuera del comercio de los hombres- ni tampoco el sentido del art. 35.1 de la Constitución, del que deriva la consideración del trabajo como un derecho esencial para el libre desarrollo de la personalidad. No es la persona, ni tampoco el trabajo, lo que se cede o transmite, ni se trata de tráfico de mano de obra mediante el reclutamiento y contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a un empresario, supuesto que está claramente prohibido en el antecitado art. 43 del Estatuto de los Trabajadores, hoy Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo de 24 de Marzo de 1995, sino, como se ha dicho reiteradamente, de la cesión de los servicios de un profesional del deporte, no solo con su aquiescencia y consentimiento expreso, sino también mediante contraprestación, en la que participa directa y principalmente el interesado, y, además, realizada dentro de las condiciones legales.”

#### c) Restricción a la competencia.

Suele analizarse, por otra parte, para detectar la existencia de un acuerdo o decisión restrictivo de la competencia, cuál sería la situación de la competencia haciendo abstracción del mismo. Como afirma la Sentencia del TJCE en el asunto Remia (S. de 11 de julio de 1985, Asunto 42/84): “para apreciar si tales cláusulas caen o no en el ámbito de la prohibición del artículo 85 apartado 1 hay que examinar cuál sería el juego de la competencia en su ausencia”.

La mejor manera de entender qué es lo que se pretende proteger: el juego de la competencia, es recordar el objetivo de las normas comunitarias sobre competencia. Con tal propósito, pueden invocarse las palabras de la propia Comisión Europea en el I Informe sobre Política de la Competencia de abril de 1972, al afirmar que: “la competencia es el mejor estimulante de la actividad económica al garantizar a sus participantes la más amplia libertad de actuación posible ... Una política de la competencia facilita la adaptación continua de las estructuras de la oferta y la demanda y permite mejorar la eficacia de las empresas, lo que es la condición para la mejora de las condiciones de vida y empleo ... debe impedir que los obstáculos y restricciones abolidos sean reconstruidos por medidas privadas de consecuencias análogas”.

En múltiples casos, la Comisión y el TJCE han utilizado diversas expresiones para referirse a esa merma de la libertad o autonomía de los agentes económicos. En el asunto CRAM (“Compagnie Royale Asturienne des Mines”, Sentencia de 29 de marzo de 1984, Asuntos 29 y 30/83) la Comisión motivó su decisión, aceptada por el Tribunal en este punto (párrafo 33), en el hecho de que un acuerdo de aprovisionamiento mutuo, en caso de pérdida de la producción por una de las empresas constituía una restricción de la competencia porque: “privaría a las partes de su autonomía de comportamiento, de su facultad de adaptarse individualmente a las circunstancias y de la posibilidad de obtener beneficio, por el aumento de las ventas directas a la clientela, de la suspensión o reducción de la producción de las otras empresas”.

En estos casos, como en otros muchos, se observa cómo hay una alteración de la competencia porque, en virtud del acuerdo, se priva a las partes de la libertad de decisión o de actuación, necesaria para el juego normal de la competencia.

Pues bien, en el supuesto analizado, la restricción es tan evidente como que se expresa a través de una prohibición absoluta dirigida a todos los clubes de recurrir a la negociación de los derechos económicos con “terceros”, bajo amenaza de sanción, expulsando *de facto* a dichos terceros del mercado de la comercialización de dichos derechos.

d) Efectos de la vulneración del artículo 101 TFUE.

En su apartado 2, el artículo 101 TFUE establece, como vimos, que: *“Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho”*.

Tal y como estableció el TJCE en la Sentencia Béguelin: *“la nulidad a que se refiere el artículo 2 del artículo 85 tiene carácter absoluto, un acuerdo nulo en virtud de esta disposición no tiene efectos en las relaciones entre los contratantes y no es oponible a terceros”*. No obstante, en la Sentencia LTM (S. de 30 de junio de 1966, Asunto 56/65) el TJCE matizó que dicha nulidad *“se aplica únicamente a los elementos del acuerdo sancionados con la prohibición, o al acuerdo en su totalidad si estos elementos no son disociables del acuerdo mismo. Las otras disposiciones contractuales no afectadas por la prohibición no se contemplan por el Derecho comunitario”*.

Las jurisdicciones nacionales son quienes pueden derivar los efectos de la nulidad en las relaciones entre las partes o hacia los terceros, es decir, las consecuencias de Derecho Civil que implica la prohibición del artículo 101 TFUE o la reparación de los daños sufridos como consecuencia de esa infracción.

#### 4. APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 102 TFUE.

En cuanto a la aplicación del precepto expuesto al supuesto contemplado, resultan enormemente ilustrativos los razonamientos contenidos en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta) de 26 de enero de 2005, ya citada (Asunto *Piau*). En efecto, conforme sus párrafos 108 y siguientes:

*“114 Pues bien, debido a la obligatoriedad del Reglamento para las asociaciones nacionales miembros de la FIFA y los clubes integrados en aquéllas, estas entidades se muestran vinculadas de forma duradera en cuanto a sus comportamientos por normas que aceptan y que los demás actores (jugadores y agentes de jugadores) no pueden contrariar so pena de sanciones que, para los agentes de jugadores en particular, pueden llevar a excluirlos del mercado. Esta situación define, en el sentido de la jurisprudencia citada en los apartados 110 y 111 supra, una posición dominante colectiva de los clubes en el mercado de las prestaciones de servicios de los agentes de jugadores, puesto que los clubes, mediante la normativa a la que se adhieren, imponen las condiciones en las que se efectúan las prestaciones de servicios de que se trata.*

*115 Resulta artificial sostener que la FIFA, cuyo poder de dirección de la actividad deportiva del fútbol y de las actividades económicas vinculadas a ésta como, en el presente caso, la actividad de los agentes de jugadores, está demostrada, no ostenta una posición dominante colectiva en el mercado de las prestaciones de servicios de los agentes de jugadores debido a que no es un actor en dicho mercado.*

*116 En efecto, que la propia FIFA no sea un agente económico, adquirente de las prestaciones de servicios de los agentes de jugadores en el mercado en cuestión y que su intervención proceda de una actividad reguladora, que se estima facultada para ejercer respecto a la actividad económica de los agentes de jugadores, es indiferente para la aplicación del artículo 82 CE, en la medida en que la FIFA emana de las asociaciones nacionales y de los clubes, adquirentes efectivos de los servicios de los agentes de jugadores, y que actúa por consiguiente en dicho mercado por medio de sus miembros.”*

A la vista de tales argumentos, no cabe duda de que en el supuesto objeto de examen la FIFA y las asociaciones nacionales ocupan una posición dominante, y que abusan de ella en perjuicio de la libre competencia comunitaria, pues, partiendo de los párrafos transcritos y de la jurisprudencia del TJCE (en Sentencias como la del caso *Hoffmann-La Roche*<sup>1</sup>), puede concluirse:

- La FIFA ostenta una posición dominante colectiva en el mercado de los espectáculos deportivos del fútbol profesional generados por los clubes y selecciones nacionales, merced a su poder de dirección de la actividad deportiva del fútbol y de las actividades económicas vinculadas a ésta.

1. Dicha Sentencia, de 13 de febrero de 1979 (Asunto 85/76), estableció que: *“la posición dominante contemplada en el artículo 86 del Tratado se refiere a una situación de fuerza económica de la que disfruta una empresa que le da el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva sobre el mercado en causa y le permite actuar con una considerable independencia frente a sus competidores, sus clientes y por último, frente a los consumidores”*.

- Debido a la obligatoriedad del Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores para las asociaciones nacionales miembros de la FIFA y los clubes integrados en aquéllas, la FIFA y sus federaciones nacionales miembros se muestran vinculadas de forma duradera en cuanto a sus comportamientos por normas que aceptan y que los demás actores, los clubes, no pueden contrariar so pena de sanciones que pueden llevar a excluirlos del mercado o a perjudicar gravemente su actividad.
- En esta situación, es claro que la posición dominante de la FIFA, las federaciones nacionales y sus confederaciones es utilizada abusivamente para restringir la competencia.
- Tal y como recuerda la Comisión en su XX Informe sobre la Política de la Competencia de 1991: “*las personas físicas o las empresas que se hayan visto perjudicadas a consecuencia de una infracción del artículo 86 por parte de una empresa en posición dominante tienen derecho a reclamar daños y perjuicios ante los tribunales nacionales*”.

## 5. AUSENCIA DE JUSTIFICACIÓN POR MOTIVOS NO ECONÓMICOS DE LAS DISPOSICIONES DE LA FIFA CUESTIONADAS: NO EXCLUSIÓN DEL ÁMBITO DEL TRATADO POR SU NATURALEZA NO MERAMENTE DEPORTIVA.

Como señala la Sentencia del TJCE (Sala Tercera), de 18 de julio de 2006 (Asunto C-519/04 P):

*“25 Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha declarado que las prohibiciones establecidas en esas disposiciones del Tratado no afectan a las normas relativas a cuestiones de **indole exclusivamente deportiva y, en cuanto tales, ajenas a la actividad económica** (véase, en este sentido, la sentencia Walrave y Koch, antes citada, apartado 8).*

*26 Por lo que se refiere a la dificultad de escindir los aspectos económicos y los aspectos deportivos de una actividad deportiva, el Tribunal de Justicia reconoció, en los apartados 14 y 15 de la sentencia Donà, antes citada, que las disposiciones comunitarias en materia de libre circulación de personas y de libre prestación de servicios no se oponen a **reglamentaciones o prácticas justificadas por motivos no económicos, relativos al carácter y al marco específicos de determinados encuentros deportivos**. El Tribunal de Justicia insistió, sin embargo, en que esta restricción del ámbito de aplicación de las disposiciones de que se trata debe limitarse a su propio objeto. Por consiguiente, **no puede ser invocada para excluir toda una actividad deportiva del ámbito de aplicación del Tratado** (sentencias, antes citadas, Bosman, apartado 76, y Deliège, apartado 43).”*

En el caso analizado, es de toda evidencia que no se trata de regular la actividad deportiva, sino que la norma cuestionada se dirige a reglamentar (o mejor dicho, prohibir) ciertos negocios jurídicos relacionados de modo mediato con la actividad deportiva. De hecho, afectan a la forma en que se financian los clubes y a la forma en que se retribuyen las inversiones que se realizan en los derechos económicos de los jugadores profesionales.

Es más, a través de la prohibición y las sanciones que pueden seguirle en caso de contravención, se trata de expulsar del mercado relevante a agentes económicos ajenos a la organización federativa, e incluso a los propios jugadores.

La ya mencionada Sentencia *Piau* (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, Sala Cuarta, de 26 de enero de 2005, asunto T-193/02), deja claro que:

*76 En lo que atañe a la legitimidad de la FIFA, que el demandante discute, para adoptar esta normativa, que no tiene una finalidad deportiva sino que regula una actividad económica accesoria a la actividad deportiva de que se trata y que afecta a libertades fundamentales, cabe efectivamente plantearse la cuestión de la facultad normativa que se atribuye una organización privada como la FIFA, cuyo objeto estatutario principal es la promoción del fútbol (véase el apartado 2 supra) en relación con los principios comunes a los Estados miembros sobre los que se basa la Unión Europea.*

*77 En efecto, el propio principio de la regulación de una actividad económica que no atañe ni a la especificidad deportiva ni a la libertad de organización interna de las asociaciones deportivas, por parte de un organismo de Derecho privado que no ha recibido una delegación de una autoridad pública a tal fin, no puede considerarse inmediatamente compatible con el Derecho comunitario, cuando se trata en particular del respeto de las libertades civiles y económicas.*

Es decir, puede concluirse que no solo la materia afectada no es estrictamente deportiva, sino que se está ante un claro ejemplo por parte de FIFA de exceso en los límites del control, la tutela y la supervisión encomendados.

Pero es que, además, no se sostiene ninguno de los argumentos esgrimidos para justificar una medida tan restrictiva, como ya ha aclarado el Informe de la CNMC de 2 de julio de 2015, y que seguimos al analizar dichos argumentos separadamente a continuación:

a) La protección de la integridad de la competición

Uno de los argumentos más generalizados para defender la prohibición del TPO es el riesgo real de que un “tercero” disponga de participaciones decisivas sobre derechos económicos de jugadores que compiten en clubes rivales, y que esta circunstancia podría generar conflictos de intereses y eventuales manipulaciones, pudiéndose reducir la incertidumbre que debe ser inherente a la celebración de una competición deportiva.

Sin embargo, como indica el referido Informe, desde el punto de vista de su necesidad, la prohibición del TPO no acaba con otras influencias indebidas sobre la competición, como podría ser el caso de los representantes (cuyos jugadores representados compiten en equipos rivales) o de las entidades financieras (que pueden ser los principales acreedores de clubs rivales). Por ello, la necesidad de una medida tan restrictiva, así como los previsibles efectos potenciales a conseguir, es cuestionable.

Desde la óptica de su proporcionalidad, existen alternativas menos distorsionantes que la prohibición del TPO a la hora de evitar posibles conflictos de intereses que adulteren la competición. Un ejemplo podría ser la introducción de obligaciones de mayor transparencia, de forma que se pudiera disponer de la información de donde reside la propiedad última de los derechos económicos de cada jugador.

En el caso de detectarse comportamientos fraudulentos o contrarios al buen funcionamiento de la competición, añade el Informe, podría introducirse un régimen disciplinario transparente y predecible que ofrezca garantías adecuadas de seguridad jurídica a todos los agentes implicados (no como el actual régimen, respecto del que el Informe subraya su altísimo grado de discrecionalidad).

De hecho, la prohibición de que el club firme contratos que permitan a “terceros” o clubs rivales influir de manera decisiva en la política del club, con lo que la eventual adulteración de la competición por “terceros” ya está perseguida (art. 18 bis) y, además, existe en España normativa específica sobre la limitación a la compra de acciones en sociedades anónimas deportivas por encima de ciertos porcentajes (artículo 22.2 de Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte).

b) La protección de los clubes de fútbol

Otra de las razones que se han utilizado para la prohibición del TPO es la de que los beneficios generados por la actividad del fútbol deben permanecer necesariamente dentro del mismo sector. Es una corriente de razonamiento que se replica en otro de los argumentos, el del potencial conflicto entre los intereses de un club (deportivos) y los de un tercero (económicos).

Como indica el Informe de la CNMC, dichos argumentos son contrarios a la lógica de una economía de mercado y suponen una discriminación entre fuentes de financiación alternativas.

La remuneración a las fuentes de financiación más tradicionales (como la bancaria) también supone un desvío de recursos hacia actividades ajenas al fútbol. Por tanto, la prohibición del TPO supone el perjuicio de un tipo de financiación en beneficio de otra (la tradicional deuda bancaria).

Precisamente, el TPO aportaba una alternativa de financiación que no generaba deuda, por lo que su prohibición puede de nuevo conducir a los clubs al abuso del crédito bancario si se carece de recursos propios.

En definitiva, el recurso a financiación ajena es lógico en una economía de mercado y no debe limitarse de manera injustificada.

Tampoco se sostiene el enfoque de que la prohibición de la participación de terceros será beneficiosa para los clubs de menor entidad, cuando son precisamente estos clubs los que más recurren a esta práctica. Si los propios clubs (actuando de manera descentralizada) han abrazado esta opción es porque consideraban que es maximizadora de beneficios (o minimizadora de pérdidas). Por tanto, la prohibición del TPO perjudica a los clubs y torneos más modestos, con lo que la alteración de la competencia va más allá de la escala nacional y afecta a mercados europeos y globales.



### c) La protección de los futbolistas

Otro de los argumentos para la prohibición del TPO es la protección de los profesionales, que *a priori* pueden verse afectados por inestabilidad contractual o por una mayor vulnerabilidad ante abusos.

Sin embargo, de existir dichos abusos de tipo laboral (como la imposición al deportista-trabajador de condiciones inapropiadas), existen herramientas legales y judiciales para prevenirlos y perseguirlos.

Incluso puede señalarse que el hecho de que el club no conozca el talento de un jugador puede llevarle a no contratarle, lo cual puede ralentizar (en algunos casos indefinidamente) la aparición de talento. La irrupción de un "tercero" especializado en detección de talento de deportistas y en la gestión del riesgo (diversificando sus decisiones por su relación con diversos futbolistas) puede solventar estos problemas de información y hacer que se completen más transacciones. Ello facilita una detección más pronta del talento, que llegará antes a los mejores clubes y será mejor remunerado de acuerdo a su capacidad.

## 6. EFECTO INTRACOMUNITARIO ORIGINADO FUERA DE LA COMUNIDAD.

Finalmente, ningún obstáculo supone a la aplicación de las normas del TFUE examinadas que el origen de la infracción de la competencia se produzca extramuros de la Unión europea.

En efecto, también común a ambos preceptos es la susceptibilidad de apreciar en su aplicación un efecto intracomunitario originado fuera de la Comunidad. El TJCE, en el asunto *Béguelin* (Sentencia de 25 de noviembre de 1971, Asunto 22/71) ya dictó que *"el hecho de que una de las empresas que participe en el acuerdo esté situada en un país tercero no obstaculiza la aplicación del artículo 85 desde el momento en que el acuerdo produce sus efectos en el territorio del mercado común"*.

Esta jurisprudencia ha sido reiterada en múltiples Sentencias, como por ejemplo, la Sentencia *Ahlström*, en la que el Tribunal afirma que *"a este respecto debemos señalar que una infracción del artículo 85, como es la conclusión de un acuerdo que ha tenido por efecto restringir la competencia dentro del mercado común, implica dos elementos de comportamiento, en concreto, la adopción de un acuerdo colusorio y su ejecución. Si se hiciera depender la aplicabilidad de las prohibiciones impuestas por el Derecho de la Competencia del lugar de adopción del acuerdo colusorio, ello nos conduciría claramente a facilitar a las empresas un medio fácil para sustraerse a dichas prohibiciones. Lo que es determinante, por tanto, es el lugar en que el acuerdo colusorio se ejecuta"*.

Cabe concluir pues que, en opinión del TJUE, las normas sobre competencia se pueden aplicar tanto a empresas cuya sede esté situada fuera de la Comunidad como a comportamientos colusorios adoptados fuera de la Comunidad, siempre que los efectos de los comportamientos de aquéllas o los resultados de éstos se produzcan en la Comunidad. La competencia de la Comunidad para aplicar sus normas de Derecho de la Competencia a tales comportamientos estaría cubierta, según el Tribunal, por el principio de territorialidad, reconocido universalmente en el Derecho Internacional público.

## 7. CONCLUSIONES.


Del somero análisis expuesto en las líneas que preceden podemos extraer la conclusión de que FIFA actuó con gran ligereza o con extrema arrogancia al establecer la prohibición absoluta sobre el TPO.

De hecho, quizá lo más cuestionable sea el abordaje de la cuestión mediante aproximaciones maniqueas y totalmente ajenas a planteamientos de proporcionalidad y prudencia en función de los resultados que se pretendieran alcanzar.

Así, como en la prohibición de la transferencia internacional de menores, se ha optado por amputar de raíz en lugar de tratar los posibles problemas y peligros con la necesaria medida.

El problema es que en dicha amputación, FIFA, que no es más que una asociación privada, se arroga el poder de cambiar y condicionar la vida de las personas, las familias y, ahora, de la financiación de los clubes y de todo un sector económico, que se ha reconocido como lícito y acorde con la mayoría de los ordenamientos nacionales.

Y es que, pese a los oídos sordos de FIFA, los derechos económicos en manos de entidades no deportivas están bien lejos de considerarse dañinos y perjudiciales *per se* y en todos los casos.



Al contrario, como señalan muchas voces autorizadas, el TPO permite a los clubes que no disfrutan de grandes ingresos de TV o patrocinio tener la oportunidad de contratar talentos mundiales y mantener un nivel deportivo mínimo tanto a nivel internacional como nacional.

Por otra parte, también produce el efecto de compartir los riesgos, haciendo decrecer el riesgo financiero de la adquisición de los servicios de un jugador que no cristaliza el potencial proyectado.

Y en cuanto a los propios jugadores, dicha práctica les permite beneficiarse al estar promocionados en mayor medida para acceder a clubes o ligas más competitivos y conseguir un contrato de trabajo superior.

Casos patológicos los hay, desde luego, como en casi todos los ámbitos laborales, económicos y mercantiles, pero la prohibición absoluta no es el camino.

En definitiva, consideramos probable, e incluso deseable, que las acciones emprendidas por las Ligas española y portuguesa prosperen, y consigan con ello poner coto a este nuevo exceso de FIFA.

Alguien debiera recordarle que, aunque cueste creerlo, no está por encima de la Ley.