

FAIR PLAY FINANCIERO EN EL FÚTBOL EUROPEO Y ESPAÑOL: CONSECUENCIAS EN DERECHO DE COMPETENCIA Y POSIBLE EXISTENCIA DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Víctor Manuel Seligrat González

Investigador del Ministerio de Educación

Doctor en Derecho civil y del deporte

Abogado especialista en Derecho deportivo

Este trabajo ha obtenido un **Accésit del Premio Estudios Financieros 2016** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, don Alfonso CORONEL DE PALMA MARTÍNEZ AGULLO, don Ramón FERNÁNDEZ ACEYTUNO, doña Regina GAYA SICILIA, don Javier IZQUIERDO JIMÉNEZ y don Carlos LEMA DEVEESA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

EXTRACTO

El denominado como juego limpio financiero es un conjunto de normas aprobadas por los entes encargados de la gestión del fútbol profesional, cuyo objetivo es lograr un equilibrio en el comportamiento financiero de los clubes a través de un control entre sus ingresos y sus gastos. Estas medidas establecen un límite a las deudas para todo equipo de fútbol, así como la obligación de evitar deudas pendientes con otros clubes, jugadores u otros entes públicos como la Administración tributaria o la Seguridad Social. Sin embargo, estas reglas pueden esconder restricciones a la libre competencia en el mercado del fútbol, de modo que se beneficie a los clubes con mayores presupuestos en perjuicio de aquellos que cuentan con menores recursos económicos. El trabajo aborda el estudio de este tipo de reglas y trata de concluir si son legales al amparo del Derecho de Competencia de la Unión Europea y español. Con este fin se emplea una metodología variada que incluye el análisis de la reglamentación deportiva de la UEFA y de la Liga Nacional de Fútbol Profesional; la legislación vigente en la UE y España; doctrina nacional e internacional; Derecho comparado; y por último, la jurisprudencia que existe en orden a determinar si de ella resulta una excepción deportiva que justifique una eventual restricción del mercado del fútbol.

Palabras claves: juego limpio financiero, fútbol, deporte y Derecho de Competencia.

Fecha de entrada: 03-05-2016 / Fecha de aceptación: 12-07-2016

FINANCIAL FAIR PLAY IN EUROPEAN AND SPANISH FOOTBALL: IMPACT ON COMPETITION LAW AND POSSIBLE ABUSE OF DOMINANT POSITION

Víctor Manuel Seligrat González

ABSTRACT

The known as «financial fair play» is a set of rules adopted by the entities in charge of managing professional football, whose target is to achieve a balance in the financial performance of clubs through a control between income and expenses. These measures establish a limit of debts for every football team, as well as the obligation to avoid outstanding debts with other clubs, players or other public entities such as tax administration or Social Security. However, these rules may hide limits to free competition in football market, so that they benefit clubs with bigger budgets at the expense of those with fewer economic resources. The work assesses the study of those kinds of rules and tries to conclude if they are lawful under European Union and Spanish competitive Law. With this aim, the work uses a wide methodology that includes the study of UEFA and Spanish Professional Football League sports regulation; current Law in the EU and Spain; national and international doctrine; comparative Law; and finally, the jurisprudence that exists in order to determine if arises a sports exception that justifies an eventual football market restriction.

Keywords: financial fair play, football, sport and competition Law.

Sumario

1. ¿Qué es el denominado *fair play* financiero?
2. La entidad promotora del *fair play* financiero: La Unión de Federaciones Europeas de Fútbol (UEFA). Abuso de posición de dominio y otras conductas anticompetitivas en el mercado de la Unión Europea. Análisis sobre los posibles responsables: Grandes clubes de fútbol o la propia UEFA
3. La implantación del *fair play* financiero en el ámbito estatal. La regulación de la Liga Nacional de Fútbol Profesional y su eventual abuso de posición de dominio
4. Aspectos claves en el difícil cálculo del equilibrio financiero: La noción de desviación aceptable y los límites salariales
5. Conclusiones

Bibliografía

NOTA: El presente trabajo se ha realizado dentro del programa de investigación FPU desarrollado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

1. ¿QUÉ ES EL DENOMINADO *FAIR PLAY* FINANCIERO?

En el mundo del fútbol profesional lleva tiempo fomentándose el principio del *fair play* financiero (también conocido como juego limpio financiero o control económico-financiero), destinado a alcanzar un equilibrio económico de los clubes para lograr en última instancia una competición deportiva más justa y con igualdad de oportunidades para los distintos clubes. Este principio, además, ha adquirido mayor relevancia y promoción dada la crisis económica, la cual ha puesto en relieve los desfases contables de algunos clubes de fútbol, quienes a pesar de tener deudas millonarias continuaban efectuando gastos exorbitantes y, en consecuencia, adquiriendo mayores compromisos dinerarios.

El llamado *fair play* financiero consiste en un conjunto de normas aprobadas por entidades deportivas privadas que gobiernan la actividad deportiva, teniendo como objetivo garantizar la viabilidad económica de los clubes de fútbol, sin permitir endeudamientos considerados excesivos por dichas normas o impagos a terceros (Hacienda, Seguridad Social, salarios de futbolistas, etc.), con un fundamento asentado en evitar que obtengan ventajas competitivas ilegítimas. A tal efecto, se fijan para el caso de incumplimiento severas sanciones, como imposibilidades de inscripción federativa de jugadores con salarios que excedan de la cuantía que previsiblemente pueda hacer frente el club, o incluso las más perjudiciales para los clubes, como las expulsiones de la competición deportiva correspondiente o el descenso de categoría en la misma.

Desde un punto de vista económico, las reglas sobre control económico-financiero ayudarían a eliminar una serie de ineficiencias del mundo del deporte, cuanto a fomentar una mayor responsabilidad de los directores de los clubes de fútbol de cara a no asumir riesgos excesivos en un intento de promocionar en la tabla clasificatoria. Asimismo, impulsarían que los clubes invirtieran más en estadios, infraestructuras o en los jóvenes deportistas (a través de la denominada «cantera»), pues como se verá posteriormente, estas inversiones no computarían como gasto a efectos del cálculo del límite presupuestario de que dispondrían los clubes. Por último, podría haber un efecto «legitimador» de la conducta de los clubes, sus dirigentes y propietarios frente a la visión que de ellos tendría el consumidor, al mostrarse de modo más responsable como «pro-

pietarios virtuosos»¹. No obstante, en términos también económicos, se han destacado una serie de consecuencias negativas en la instauración del *fair play* financiero que serían: una reducción en el nivel de todos los equipos, un descenso en el precio de venta de entradas, una devaluación en la utilidad de los fans y una disminución en el salario de los jugadores por la llamada «unidad de talento»². En todo caso, el objeto del presente trabajo no es entrar a fondo en cuestiones económicas, sino analizar la conformidad a derecho de las normas sobre control económico financiero, aunque para ello habrá que tener en consideración la repercusión económica que estas reglas tienen en algunos extremos.

Estas normas sobre *fair play* financiero son aprobadas por las entidades asociativas deportivas tanto a nivel estatal como internacional y se justifica su competencia sobre la base de la capacidad autorregulatoria derivada del asociacionismo deportivo. El fin último del *fair play* financiero consistiría en lograr una competición deportiva más equilibrada y justa de modo que los clubes tengan una igualdad de medios competitivos, aunque, como se verá, es cuestionable si el sistema actual logra esta cuestión o, más bien al contrario, beneficia que los grandes clubes se perpetúen en lo alto de las tablas clasificatorias impidiendo el desarrollo competitivo de clubes más modestos en lo que a medios económicos se refiere. En otras palabras, el *fair play* financiero tiene por objeto mejorar la competitividad entre los clubes aunque, precisamente, lo que se cuestionará en este trabajo es su conformidad con el derecho de competencia, desde cuya óptica se plantean dudas sobre su legitimidad. De este modo, cabe plantearse si estas normas encubren un abuso de posición de dominio por parte de las entidades organizadoras del fútbol profesional.

Así, las entidades organizadoras del fútbol profesional no son muchas, por lo que ya puede atisbarse su facilidad para constituir monopolios de hecho (y también, monopolios legales, como se demostrará más adelante respecto de una parte sustancial del mercado relevante del fútbol español, como es el de la gestión, negociación y venta de los derechos audiovisuales). Por ello, cabe anticipar que no será difícil considerar que ostentan una posición de dominio respecto del mercado del fútbol europeo y español. No obstante, la clave radicará en determinar si las normas aprobadas con una presunta finalidad de alcanzar un equilibrio financiero por parte de los clubes de fútbol, de modo que no puedan gastar más de lo que ingresan, están suficientemente legitimadas o si, por el contrario, esconden un abuso encaminado a perpetuar a los grandes clubes en lo más alto de las clasificaciones deportivas impidiendo la competitividad de los clubes más modestos en términos económicos. En este último caso, dichos clubes deportivos estarán destinados a seguir en su misma situación, o incluso en una peor, al no poder asumir riesgos empresariales con el objetivo de alcanzar mejores resultados deportivos.

¹ Sobre la eliminación de las ineficiencias que existen en el mundo del deporte y que desaparecerían gracias al *fair play* financiero, vid.: FRANCK, E. y LANG, M.: *A Theoretical Analysis of the Influence of Money Injections on Risk Taking in Football Clubs*, Universidad de Zurich, Institute for Strategy and Business Economics, research paper, 27 de marzo de 2013, pág. 18 y ss.

² Vid. MADDEN, P.: «Welfare Economics of "Financial Fair Play"», *Sports League with Benefactor Owners*, Universidad de Manchester, economics discussion paper series, octubre 2012, pág. 15.

2. LA ENTIDAD PROMOTORA DEL FAIR PLAY FINANCIERO: LA UNIÓN DE FEDERACIONES EUROPEAS DE FÚTBOL (UEFA). ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO Y OTRAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS EN EL MERCADO DE LA UNIÓN EUROPEA. ANÁLISIS SOBRE LOS POSIBLES RESPONSABLES: GRANDES CLUBES DE FÚTBOL O LA PROPIA UEFA

La enorme complejidad y trascendencia del fútbol profesional en Europa ha propiciado que la organización de los entes que gobiernan este deporte se asemeje cada vez más a los modelos público estatales, tanto nacionales como supranacionales. Así ocurre con la Unión de Federaciones Europeas de Fútbol (en adelante, UEFA, en sus siglas en inglés), quien dentro del ámbito internacional, ha sido la entidad encargada de auspiciar y promover el *fair play* financiero. Esta actuación tiene su paralelismo con las directivas aprobadas en la Unión Europea, donde los Estados miembros tienen la posterior obligación de transponerlas. Como veremos *ut infra*, las líneas trazadas por la UEFA han sido traspuestas a nivel español a través de la Real Federación Española de Fútbol (RFEF) y, fundamentalmente, la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP).

La mencionada organización internacional comenzó a anunciar a partir de 2010 una serie de restricciones financieras que los clubes deberían observar si pretendían participar en las competiciones futbolísticas por ella organizadas, principalmente la Liga de Campeones. Este anuncio fructificó y actualmente es objeto de amplia regulación a través del Reglamento de Licencias de Clubes y Juego Limpio Financiero de UEFA³. Dicha normativa se inspira en el llamado «principio de integridad», el cual se presenta como guía en el actuar de esta asociación de federaciones deportivas europeas y persigue que en la participación de los equipos en las competiciones organizadas por la UEFA prime el mérito deportivo, de modo que los intereses económicos en el deporte no prevalezcan sobre aquellos. De este modo, como objetivos generales reconocidos están promover y mejorar los estándares del fútbol a nivel europeo por medio del trabajo y cuidado de la cantera de los clubes, así como dotar a los clubes participantes en sus competiciones de unas instalaciones que puedan atender a las necesidades de los espectadores en lo referente a la seguridad y comodidad de sus instalaciones, garantizando en su conjunto la integridad de las competiciones organizadas por la UEFA. Y más allá, como fines más específicos expresamente reconocidos por la normativa de la UEFA estarían:

1. Mejorar la capacidad económica y financiera de los clubes, aumentando su transparencia y credibilidad.
2. Destacar la necesidad de proteger a los acreedores por medio del aseguramiento de que los clubes cumplan con sus obligaciones con los jugadores, estén al corriente de sus obligaciones fiscales y sociales y con respecto a otros clubes, de forma puntual.
3. Introducir más disciplina y racionalidad en las finanzas de los clubes.

³ Disponible en: www.uefa.com

4. Incoar a los clubes a operar con base en sus propios beneficios.
5. Invitar a realizar un gasto responsable para el beneficio del fútbol a largo plazo.
6. Proteger la viabilidad y sostenibilidad del fútbol europeo de clubes a largo plazo.

A primera vista, podemos ver que los fines a que aspira la regulación de la UEFA son plenamente legítimos y tendrían un fundamento estrictamente deportivo, enfocado a garantizar la integridad y justa competición futbolística. No obstante, no podemos desconocer la realidad económica que está a plena vista en el mundo del fútbol profesional donde los medios financieros repercuten, y mucho, en el sucesivo mérito deportivo. Por tanto, desde mi punto de vista, el auge del *fair play* financiero puede esconder la intención de los grandes clubes de mantenerse en su posición evitando que clubes más pequeños puedan crecer y hacerles frente en la competición deportiva.

Al igual que en lo que a nivel nacional se refiere, la competencia de la UEFA para establecer las normas sobre *fair play* financiero hallaría su razón en su capacidad autorregulatoria. Sin embargo, ello no puede suponer un cheque en blanco para su conformidad a derecho, dado que ya tenemos experiencia dentro del fútbol europeo sobre situaciones donde dicha autorregulación es incompatible con el sistema legal existente en el lugar donde se pretende hacer efectivo, como demostró la quizás más conocida sentencia en lo que a derecho europeo sobre el deporte se refiere, esto es, la sentencia del conocido «caso Bosman»⁴. De todos modos, la capacidad autorregulatoria de los entes organizativos del deporte del fútbol profesional ha sido defendida por todos los sectores del derecho deportivo, incluyendo la máxima instancia en lo que a resoluciones extrajudiciales de conflictos deportivos se refiere, el Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS). Sobre este particular, el TAS ha defendido la capacidad autorregulatoria de los agentes intervinientes en el asociacionismo deportivo. Y más aún, también ha defendido que esta capacidad autorregulatoria es que la justifica la legitimidad y conformidad a derecho de las previsiones sancionadores de los entes organizadores del deporte profesional. Tal es así, que el TAS en el asunto CAS 2013/A/3139⁵ sostuvo que las federaciones deportivas pueden establecer sus propias reglas y ejercitar su propio poder disciplinario sobre sus miembros «directos e indirectos» (siendo los miembros directos los clubes asociados a las federaciones, y los indirectos, los aficionados de

⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de diciembre de 1995 (TJCE\1995\240), caso Union royale belge des sociétés de football association ASBL y otros contra Marc Bosman y otros.

⁵ Postura idéntica adoptó el panel arbitral del TAS a la vista del CAS Awards I, p. 545 (571), parcialmente publicado en el ATF 119 II 271. La posibilidad de que un laudo del TAS se publique parcialmente obedece al hecho de que no existe obligación respecto de la publicación total o parcial de los conflictos llevados a resolución ante el panel arbitral de turno. Personalmente considero que el TAS aporta grandes beneficios al derecho deportivo, como son la garantía de especialización de sus componentes o una presumible mayor rapidez en la resolución de conflictos en comparación con los tribunales jurisdiccionales ordinarios. Sin embargo, la inexistencia de una obligación de publicación de los laudos emitidos por este órgano es uno de sus aspectos más negativos, máxime si desde los sectores del derecho deportivo reclamamos la consideración del TAS como una suerte de «jurisprudencia deportiva», donde a través de sus resoluciones se ayude a conformar unos sólidos criterios interpretativos y una mayor seguridad jurídica ante la resolución de futuros conflictos de similar naturaleza anteriormente resueltos por el TAS.

tales clubes), dado que sus facultades de autorregulación descansan en el Derecho civil y no en el Derecho penal. Este aspecto guarda gran importancia en relación con el *fair play* financiero, pues, como se ha indicado, la consecuencia jurídica de incumplir las normas federativas destinadas a garantizar un hipotético saneamiento y estabilidad financiera de los clubes de fútbol no es otra que diversas sanciones, algunas de las cuales pueden truncar la viabilidad empresarial de los clubes, como el descenso de categoría o la expulsión de la competición deportiva correspondiente.

Por tanto, resulta procedente plantear la adecuación a derecho de la Unión Europea de las normas de la UEFA. En este sentido, debe matizarse que anteriormente existían dudas en torno a si la Unión Europea tenía competencias para regular determinados aspectos de la actividad deportiva, especialmente aquellos que tuvieran una trascendencia económica en el mercado interior. Por tanto, como paso previo debe resolverse la duda sobre si toda la reglamentación aprobada por la UEFA en torno a la actividad deportiva económica debe respetar y ser acorde con las reglas generales del mercado de la Unión Europea y con el marco jurídico que lo regula. Con anterioridad al Tratado de Lisboa existían más dudas, ya que no había referencia alguna al deporte en los tratados constitutivos de la Unión Europea. Sin embargo, hubo un asunto a destacar a la hora de resolver la cuestión. Se trataba del conocido asunto «Meca Medina»⁶, donde el actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con ocasión del enjuiciamiento de la eventual repercusión sobre la competencia de una reglamentación federativa sobre dopaje, afirmó que el caso de que existan normas sobre cuestiones de índole exclusivamente deportiva, las cuales serían, en principio, ajenas a la actividad económica, no puede conllevar el efecto de que el deporte en cuestión quede excluido necesariamente del ámbito de aplicación de las normas de la competencia, consagrando un criterio que exige una verificación casuística. Esta línea fue seguida en posteriores sentencias del antiguo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁷ con base en la que el deporte cabe ser considerado como una actividad económica en el sentido del artículo 2 del Tratado de la Unión Europea. De todos modos, al encontrarnos ante la necesidad de un análisis caso por caso, concretar lo que se ha venido denominando como «interés puramente deportivo»⁸ es un concepto difícil de delimitar en orden a desligarlo de aquellos otros hechos del mundo del deporte que tienen una repercusión económica donde la Unión Europea tendría competencia, tanto para conocer a nivel judicial como para legislar. No obstante, a raíz del Tratado de Lisboa la situación se clarificó en

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de julio de 2006, caso Meca-Medina y Majcen contra la Comisión de las Comunidades Europeas (TJCE\2006\126).

⁷ Entre otras, *vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de diciembre de 1995, caso Union royale belge des sociétés de football association ASBL y otros contra Marc Bosman y otros (TJCE\1995\240); Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de abril de 2000, caso Christelle Deliége contra Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL (TJCE\2000\78); Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de abril de 2000, caso Jyri Lehtonen y otros contra ball ASBL (FRBSB) (TJCE\2000\85) y Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de febrero de 2002, caso J.C.J. Wouters y otros contra Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten (TJCE\2002\52).

⁸ *Vid.* IBÁÑEZ COLOMO, P.: «Rules of purely sporting interest an EU competition Law: Why Wouters exception is not necessary», *Competition Law International*, enero 2012, pág. 55.

mayor medida, debido a que definitivamente y desde un punto de vista legislativo, la Unión Europea se ha decantado por una mayor competencia en todo lo que al deporte atañe, al incorporar el actual artículo 165 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Dicho artículo, entre otras cuestiones, establece en su apartado 2, párrafo segundo, que: «La Unión contribuirá a fomentar los aspectos europeos del deporte, teniendo en cuenta sus características específicas, sus estructuras basadas en el voluntariado y su función social y educativa». Este precepto, en mi opinión, y pese a que pueda ser criticado por su generalidad y ambigüedad, no deja de ser una proclama para la intervención de las instituciones comunitarias en materia deportiva.

De este modo, la conclusión sobre la competencia de la Unión Europea sobre la normativa relativa al *fair play* financiero de la UEFA consistiría en que aquellas normas aprobadas por la UEFA que tuvieran una trascendencia económica sí deben de ser examinadas a la vista del Derecho de la Unión Europea. En cambio, aquellas otras que no tuvieran dicha trascendencia económica sino puramente deportiva, deberían ser de análisis exclusivo desde el punto de vista de la reglamentación deportiva interna aprobada por el organismo rector deportivo correspondiente. Así, por ejemplo, normativa sobre qué conductas constituyen una infracción deportiva y deben ser sancionadas en el terreno de juego no se podrán analizar sobre la base del Derecho de la Unión Europea. Sin embargo, como demuestra el asunto «Meca Medina», puede haber reglamentos federativos que establezcan sanciones deportivas pero que excedan de lo estrictamente deportivo y alcanzar repercusiones económicas, como sería la normativa antidopaje. Por ello, como manifiesta IBÁÑEZ COLOMO⁹, el problema estriba en que trazar la línea divisoria entre qué regla deportiva tiene repercusión económica y cuál no es sumamente complicado, citando como ejemplo la normativa sobre *fair play* financiero. No obstante, aunque comparto la idea general con el mencionado autor, discrepo en cuanto a que no resulte claro que las reglas sobre *fair play* financiero no tengan un claro alcance económico. Bien es cierto, que entre las consecuencias por incumplimiento de estas reglas se encuentran sanciones de tipo deportivo como pérdida de puntos y ello, en principio, podría quedarse dentro del simple ámbito deportivo-disciplinario. Pero desde el momento en que esta pérdida de puntos puede derivar en un descenso de categoría, se revela la gran importancia económica que de esta circunstancia se derivaría para el club afectado, el cual, sin lugar a dudas, vería reducidos sus ingresos por pasar a participar en una competición de inferior nivel. Además, como se verá en el caso de la Liga española, una de las sanciones por incumplimiento grave del *fair play* financiero es el descenso directo de categoría. Por todo ello, no cabe duda de que una normativa federativa que limite el gasto de los clubes de fútbol estableciendo duras sanciones para caso de incumplimiento tiene una marcada repercusión económica y debe afirmarse la competencia de la Unión Europea en esta materia.

Con carácter previo a un análisis más exhaustivo, debe definirse en qué consiste el abuso de posición de dominio. Al efecto, el artículo 82 del TFUE estipula 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 do-

⁹ IBÁÑEZ COLOMO, P.: *op. cit.*, pág. 57.

minante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo». Por tanto, la caracterización de un abuso de posición de dominio exige la concurrencia de los siguientes elementos: la existencia de una posición de dominio; el abuso de dicha posición; la afectación del comercio entre los Estados de la Unión Europea; y que el abuso tenga lugar en el denominado mercado común o en una parte sustancial del mismo. Algunos autores coinciden en que la definición de posición de dominio se corresponde con una noción económica de poder de mercado sustancial¹⁰. Igualmente, la doctrina económica argumenta que el poder de mercado consiste en la capacidad de una empresa de «influir sobre los precios vigentes en un mercado»¹¹.

Partiendo de estas líneas generales, debe matizarse que, como es bien sabido, el hecho de que una empresa ostente una posición dominante en el mercado de la Unión Europea no está proscrito por el artículo 82 del TFUE. Lo mismo ocurre a escala nacional, donde el artículo 2.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia¹² no prohíbe la simple posición de dominio, sino su ejercicio abusivo¹³. Por ello, lo que se encuentra prohibido es que una empresa desarrolle prácticas que supongan un ejercicio abusivo de su posición de dominio. En este punto, tampoco debe olvidarse que ostentar una posición dominante en el mercado supone una responsabilidad adicional, ya que conductas que en una situación de competencia común se considerarían neutrales, pueden ser consideradas abusivas si son realizadas por empresas que se hallen en esta posición. Además, las conductas abusivas deben producirse en el mercado relevante, por lo que resulta preciso definir este mercado en el cual se desenvuelva la empresa que disponga de la posición de dominio. En el ámbito de la UEFA, el mercado relevante no es otro que el mercado futbolístico y todos los derechos económicos que ello genera. Así, estar en una posición u otra de la tabla clasificatoria o acceder a determinadas fases eliminatorias no solo genera a favor de los clubes las cantidades que la UEFA destina como «premio» a los clubes por su mérito deportivo, también ocasiona una clara mejora en el prestigio del club y, por ende, mayores beneficios en todo lo relacionado con la industria futbolística, como derechos audiovisuales, precios de venta al público de entradas a los estadios, venta de camisetas y otro tipo de *merchandising*, etc.

En cuanto a la manifestación de esta posición de dominio, PASCUAL Y VICENTE¹⁴ expresa que ello se produce en atención al poder económico que tiene cada empresa, que le permite ejercer sobre el mercado una influencia notable y predecible. En consecuencia, y como exponen ODRI-

¹⁰ En este sentido, *vid.*, GERADIN, D.; HOFER, P.; LOUIS, F.; PETIT, N. y WALKER, M.: «The Concept of Dominance», *GCLC Research papers on Article 82 EC*, 2005, pág. 6.

¹¹ COLOMA, G.: *Economía de la organización industrial*, Buenos Aires: Temas, 2005, pág. 24.

¹² Artículo 2.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia: «Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional».

¹³ Este abuso de posición de dominio en el mercado español será analizado *ut infra* en relación con las regias sobre *fair play* financiero que ha instaurado la LNFP, con una clara inspiración en la regulación de la UEFA sobre la materia.

¹⁴ PASCUAL Y VICENTE, J.: «Abuso de posición dominante en mercados conexos: Doctrina reciente del Tribunal de Defensa de la Competencia», *Anuario de la Competencia*, n.º 1, 2001, pág. 263.

ZOLA e IRISSARRY¹⁵, para apreciar esta situación es necesario que la empresa dominante posea el poder económico que le permita independizarse de las decisiones de sus competidores, manejando discrecionalmente su capacidad de modificar precios e imponer otras condiciones comerciales en beneficio propio. Igualmente, para apreciar una posición dominante abusiva se considera que deben confluír dos criterios cumulativos:

- El primero, es un criterio estructural, que describirá una situación objetiva de mercado. En este punto, resulta evidente que la UEFA ostenta un monopolio de hecho en el mercado del fútbol a nivel internacional europeo, pues las dos competiciones futbolísticas principales a este nivel (las conocidas como «Champions League» y «Europa League») son organizadas por esta organización internacional. Este monopolio podría guardar ciertos paralelismos con el existente en el contexto jurídico español respecto de las entidades de gestión de derechos de autor, donde también se considera que existe un monopolio de hecho¹⁶. Es más, en el ámbito de la UEFA existe una gestión colectiva por parte de esta asociación de unos derechos de gran trascendencia económica, como son los derechos audiovisuales derivados de las competiciones por ella organizadas¹⁷. Y al igual que en los derechos de autor gestionados de manera colectiva por las entidades permitidas al efecto en España, la existencia de este tipo de monopolios facilitaría dicha gestión¹⁸. De tal modo, en España existe un régimen de gestión colectiva obligatoria respecto de determinados derechos de autor como son los derechos de remuneración, el derecho exclusivo de autorizar la retransmisión por cable y el derecho de compensación equitativa por copia privada. Aunque este régimen no está exento de dudas, pues los ya extintos Tribunal de Defensa de la Competencia y Comisión Nacional de la Competencia¹⁹

¹⁵ ODRIZOLA, M. e IRISSARRY, B.: *Derecho español de la competencia*, Barcelona: Bosch, 2008, pág. 139.

¹⁶ Vid. UREÑA SALCEDO, J. A.: *Régimen público de la gestión colectiva de derechos de autor*, Madrid: Iustel, 2011, pág. 67.

¹⁷ Esta gestión colectiva de los derechos audiovisuales en la UEFA es fruto del acuerdo de los clubes integrados en esta asociación. En cambio, a nivel de las competiciones futbolísticas organizadas por entes deportivos de nivel nacional no existía hasta hace poco una gestión colectiva, siendo cada club deportivo el que negociaba la venta de sus derechos audiovisuales por la participación en competiciones deportivas oficiales españolas. Sin embargo, esta situación ha cambiado a raíz del 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, el cual establece una cesión obligatoria de los derechos audiovisuales de los clubes de primera y segunda división a la LNFP y a la RFEF, en función de las competiciones organizadas por estos entes, quienes a partir de ahora tienen las facultades de negociación conjunta de todos los clubes respecto de sus derechos audiovisuales.

¹⁸ En relación con los derechos de autor, FERNÁNDEZ PÉREZ considera que la normativa sobre propiedad intelectual y la constitución de las entidades de gestión en monopolios de hecho facilita la gestión colectiva obligatoria de estos derechos. FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: «La gestión colectiva obligatoria de derechos de propiedad intelectual a la luz de la reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014», *Diario La Ley*, n.º 8.313, 19 de mayo de 2014, pág. 4.

¹⁹ Vid. Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 14 de diciembre de 1998, sobre el Expediente 430/1998, Onda Ramblas/AGEDI; de 27 de julio de 2000, sobre el Expediente 465/1999 de Propiedad Intelectual Au-

han puesto en relieve en diversas ocasiones los problemas de conformidad a derecho de la posición monopolística desde la que actúan las entidades en la gestión de derechos de propiedad intelectual por la gestión colectiva obligatoria, especialmente en lo referente a derechos en los casos en los cuales una directiva europea impone la gestión colectiva opcional. Además, como tajantemente expresa PARADELA AREÁN²⁰, estas entidades de gestión de derechos de autor conforman auténticos monopolios «no solo por el hecho de que, bien legalmente o bien *de facto*, no tengan competencia "nacional" en su propio territorio, sino porque no tienen ninguna competencia en absoluto». Esta circunstancia concurriría igualmente en el terreno de la UEFA, quien no cuenta con competencia de ningún tipo en el mercado del fútbol europeo. Sin embargo, como se desprende de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso OSA²¹ en relación con los derechos de autor, el simple ejercicio de un derecho exclusivo de autor por parte de las entidades de gestión colectiva no supone, automáticamente, una actuación contraria al artículo 102 del TFUE, pues para concluir en esta irregularidad debe verificarse previamente la concurrencia de los elementos previstos en dicha norma.

- El segundo sería un criterio subjetivo de comportamiento y resultados, centrado en analizar la conducta de la empresa en el mercado. En este sentido, cabe apreciar que la UEFA tiene establecidas barreras de entrada al mercado deportivo que se desarrolla bajo su supervisión pues, por ejemplo, los clubes que quieran acceder al mismo deben afiliarse a este órgano aceptando su regulación interna. En este punto es donde debe discernirse si la reglamentación de la UEFA sobre *fair play* financiero entraña un ejercicio abusivo, de lo que objetivamente es una posición dominante en el mercado del fútbol europeo. Además, podemos observar otros factores, pues como apunta PELLISÉ²², la posición de dominio se caracteriza por dos notas, como son: 1.º, otorgar a quien ostenta la posición dominante la posibilidad de obstaculizar una competencia efectiva; 2.º, adoptar una estrategia independiente en el mercado. Estos dos rasgos también concurrirían en la UEFA, dado que las normas sobre *fair play* financiero suponen un obstáculo para equipos de menores recursos presupuestarios para competir a nivel deportivo en igualdad de condiciones con aquellos otros grandes clubes, así como resulta claro que la UEFA es un órgano independiente y que, por ello, puede

diovisual; de 25 de enero de 2002, sobre el Expediente 511/2001 Vale Music/SGAE; de 13 de julio de 2006, sobre el Expediente 593/2005 Televisiones; y Resoluciones de la Comisión Nacional de Competencia, de 9 de diciembre de 2008, sobre el Expediente 636/2007, Fonogramas, y de 23 de julio de 2009, sobre el Expediente 651/2008, AIE/T5.

²⁰ PARADELA AREÁN, P.: «La sujeción de las entidades de gestión colectiva de derechos de autor a las reglas de competencia (A propósito de la Decisión de la Comisión de 16 de julio de 2008, caso CISAC), *Diario La Ley*, n.º 7.185, 29 de mayo de 2009, pág. 11.

²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de febrero de 2014 Caso OSA - Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. contra Lécčebné lázně Mariánské Lázně a.s. (TJCE\2014\83).

²² PELLISÉ, J.: *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC*, Madrid: Civitas, 2002, pág. 217.

desarrollar la estrategia que considere oportuna ya que carece de presiones externas de otro tipo de órganos deportivos, clubes, federaciones deportivas, etc.

Estos criterios doctrinales también son aceptados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del llamado caso Deutsche Telekom, donde se afirmaba que «a fin de determinar si la empresa que ocupa una posición dominante ha explotado de manera abusiva esta posición mediante la aplicación de sus prácticas tarifarias, procede apreciar el conjunto de circunstancias, examinar si dicha práctica pretende privar al comprador de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento, o al menos limitar dicha posibilidad, impedir el acceso al mercado de los competidores, aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes o reforzar su posición dominante mediante la distorsión de la competencia». Y en el estudio aquí realizado, la conducta abusiva realizada por la UEFA al aprobar las reglas sobre *fair play* financiero radicaría en que supone un impedimento de acceso al mercado de los competidores, esto es, los clubes deportivos.

En síntesis, puede afirmarse, como hace la jurisprudencia emanada por los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea, que la posición dominante a la que se refiere el artículo 102 del TFUE atañe a la situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que le permite impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores²³. En este punto, podría alegarse en contra de la aceptación de la posición de dominio en que se encuentra la UEFA que no hay repercusión final en su actuación sobre los consumidores, dado que se limita a llevar a cabo actividades como la organización de competiciones futbolísticas o la integración de clubes europeos, pero sin repercusión en el consumidor. Sin embargo, esta concepción de este ente estaría limitada, ya que también desarrolla actividades con efectos en los consumidores. Por ejemplo, esta organización se encarga de la negociación y gestión de los derechos audiovisuales que generan las competiciones por ella organizadas (al margen del posterior reparto de los beneficios entre los clubes). Venta de derechos audiovisuales que, posteriormente, tendrá repercusión en el precio que debe hacer frente al consumidor que quiera ver la retransmisión de los partidos organizados por la UEFA. Es más, incluso podría decirse que las reglas sobre control económico de la UEFA atañen exclusivamente a los clubes, en la medida en que es una reglamentación deportiva. No obstante, y al margen de los efectos económicos que, como anteriormente se ha expuesto, pueden tener las normas deportivas, los clubes no serán consumidores pero sí son competidores. Y en este sentido, es conveniente traer a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del llamado caso Telia Sonera²⁴ donde se afirma que «el artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no

²³ Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de julio de 1991, caso Azko Chemie BV contra Comisión de las Comunidades Europeas (TJCE\1991\229) y de 14 de octubre de 2010, caso Deutsche Telekom/Comisión (TJCE\2010\301), entre otras.

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de febrero de 2011, caso Konkurrensverket contra TeliaSonera Sverige AB (TJCE\2011\20).

se refiere únicamente a las prácticas que pueden causar un perjuicio inmediato a los consumidores sino también a las que les perjudican atacando una estructura de competencia efectiva», como sería la generada entre los clubes que participan en la Champions League y la Europa League.

Por otro lado, está claro que la prohibición de abuso de posición de dominio del artículo 102 del TFUE es predicable respecto de las empresas que operen en el mercado de la Unión Europea. Por este motivo, podría refutarse sobre la competencia del Derecho de la Unión Europea en esta materia el hecho de que la UEFA, a pesar de ser un ente privado con capacidad autorregulatoria, no es una empresa en sentido estricto, por lo que quedaría al margen de la adecuación a este marco jurídico. Sin embargo, debe aclararse que el concepto de empresa ha sido definido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea *lato sensu*, considerando como tal a toda aquella entidad dedicada a la actividad económica con independencia del estatus legal de dicha entidad y de la forma en que es financiada²⁵. De esta manera cabe inferir que la jurisprudencia de la Unión Europea ha adoptado una noción amplia de asociación de empresas relativa a la agrupación de diferentes sujetos que adoptan decisiones concretas en el marco de dicha agrupación organizada. Así, tanto los clubes deportivos como las federaciones en las que se integran toman parte en actividades económicas por lo que, en consecuencia, deben ser considerados como empresas o grupo de empresas a los fines del derecho de competencia de la Unión Europea²⁶. Por ello, como apunta GARDINER, los órganos de gobierno del deporte, es decir, las federaciones deportivas, son responsables bajo la regulación sobre Derecho de Competencia del TFUE, pues funcionan como empresas a los efectos de lo previsto en dicho artículo, debido a la relevancia económica de sus actividades²⁷.

Por lo anterior, considero que no hay argumentos para impedir el examen de la normativa de la UEFA sobre *fair play* financiero a la vista del Derecho de la Unión Europea sobre derecho de competencia, particularmente en lo relativo a si puede implicar un abuso de posición de dominio, conducta prohibida por el artículo 102 del TFUE. De tal manera, el Reglamento de Licencias de Clubes y Juego Limpio Financiero de UEFA puede esconder un abuso de posición dominante no solo en el mercado del fútbol europeo sino también en otros mercados secundarios relacionados con el deporte del fútbol. La posición dominante derivaría de la circunstancia de que la UEFA es el único ente legitimado para organizar las competiciones futbolísticas entre los distintos clubes europeos, y se vería reforzada por su propia estructura organizativa, conformada por asociaciones nacionales, sometidas a las normas y decisiones de la UEFA. En el caso de España, estas úl-

²⁵ Vid. los asuntos C-41/90 Klaus Hbfner and Fritz Elser v Macroton GmbH [1991] ECR I-1979; y C-35/96 Commission v. Italian Republic [1998] ECRI-3851.

²⁶ Esta visión es mantenida por la Comisión Europea, quien considera que los órganos de gobierno del fútbol a nivel internacional, como son la UEFA y la FIFA, deben ser calificados como asociaciones de empresas. Al efecto, *vid.* Distribution of Package Tours during the 1990 World Cup (Case IV/33.384 and IV/33.378) Commission Decision [1992] OJ L 326/31; Commission Decision, UEFA CL (n 12); UEFA's Broadcasting Regulations (Case 37.576) Commission Decision [2001] OJ L 171/12; Joint Selling of the Media Rights to the German Bundesliga (Case COMP/C-2/37.214) Commission Decision [2005] OJ L 134/46 (DFB).

²⁷ GARDINER, S.: «Sport and competition policy», en VV. AA., *Sports Law*, Londres: Cavendish, 2006, pág. 358.

timas serían la RFEF y la LNFP las cuales a su vez, ostentan un duopolio en la organización del deporte del fútbol profesional, amparado legalmente en virtud de la Ley del Deporte.

Ahora bien, quedaría por ver si además de la posición de dominio, la UEFA lleva a cabo a través de su reglamentación asociativa una conducta abusiva prohibida por el Derecho de la Unión Europea. En este sentido, hay que matizar que el referenciado artículo 102 del TFUE establece una relación *numerus apertus* de casos en los que se considera que existe un abuso en la posición de dominio que ostente un sujeto en el mercado relevante de la Unión, como claramente asentó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el antes citado caso Telia Sonera, al afirmar expresamente que «la lista de prácticas abusivas recogida en el artículo 102 TFUE no es limitativa, de modo que la enumeración de las prácticas abusivas contenida en esta disposición no agota las formas de explotación abusiva de posición dominante prohibidas por el Derecho de la Unión»²⁸. Por tanto, la prohibición de conductas tales como la limitación en la cuantía de los salarios de futbolistas a los que los clubes deben hacer frente puede implicar una conducta abusiva. Pero, debe matizarse que a fin de alcanzar el equilibrio financiero también se impediría el pago de precios de los mismos «fichajes»²⁹ de jugadores que excedieran del rango de gastos impuesto por la UEFA a los clubes en función de su tamaño y volumen de ingresos. Y esta conducta, además, podría ser encuadrable dentro de uno de los supuestos expresamente contemplados por el referenciado artículo 102 del TFUE, donde se considera conducta abusiva el «imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas». En definitiva, considero que uno de los extremos que refleja la abusividad en la posición en que se ubica la UEFA consiste en que el criterio fijado en su reglamentación interna para delimitar el límite presupuestario que puede tener un club u otro resultaría discriminatorio respecto de los clubes más modestos, cuya única vía de progreso en la competición deportiva puede ser asumir cierto riesgo empresarial con la contratación de jugadores más costosos. Así, en este punto, aparecería otro paralelismo en relación con las conductas abusivas desarrolladas por las entidades de gestión de derechos de autor, donde en ocasiones se fijan precios de venta de estos derechos que varían sin criterio aparente, en función del agente dispuesto a hacerse con estos derechos, circunstancia que ya ha acarreado condenas por este motivo por nuestros tribunales³⁰.

²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de febrero de 2011, caso Konkurrensverket contra TeliaSonera Sverige AB (TJCE/2011/20). Asimismo, esta interpretación resulta pacífica y consolidada anteriormente, como puso en relieve la también antes citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de octubre de 2010, caso Deutsche Telekom/Comisión (TJCE/2010/301).

²⁹ El concepto de fichaje no está previsto como tal en la normativa deportiva. De este modo, la compra de jugadores técnicamente deberá ser una cesión temporal o una cesión definitiva (también conocida como traspaso), figuras recogidas en los artículos 11 y 13 a) del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, respectivamente.

³⁰ Al efecto, *vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2013 (RJ/2013/3005), en la que se confirmó la sanción impuesta por la extinta Comisión Nacional de la Competencia a la entidad de gestión AGEDI por el establecimiento de tarifas discriminatorias entre diferentes operadores televisivos que competían entre sí, donde respecto de la actuación abusiva de esta entidad de gestión de derechos de autor, el Alto Tribunal manifestó de manera expresa que: «De un lado, que quedó acreditado el carácter marcada e injustificadamente discriminatorio y excesivo de las tarifas generales que AGEDI pretendía cobrar a los operadores privados por la difusión de las grabaciones sonoras o fonogramas, en

Al margen de lo anterior, igualmente podemos preguntarnos si, en realidad, el abuso de posición de dominio no lo lleva a cabo la UEFA, sino los propios clubes insertos en su esquema organizativo. Obviamente, no se trataría de los clubes perjudicados, es decir, los más modestos en términos económicos, sino de los grandes clubes que no dejan de ser grandes potencias económicas que pueden pretender mantener el *statu quo*, de tal modo que entre los ganadores de la competición siempre se encuentren las misma serie de clubes, eliminando toda posibilidad de triunfo para los clubes más pequeños. Por ello, si entendemos que las normas de control económico aprobadas por la UEFA encubren un abuso de posición de dominio desarrollado por los grandes clubes que están dentro de dicha organización deportiva al promover y apoyar la aprobación de estas reglas, podría plantearse que estamos ante un abuso de posición dominante de carácter colectivo.

Este tipo de abuso en el mercado se produce en los casos donde la posición dominante colectiva no pertenece solamente a una empresa, sino que la ostentan dos o más empresas competidoras, que coordinan sus políticas comerciales. Esta teoría encuentra su origen en el conocimiento, por parte de la Comisión de Competencia Europea, de la concentración de las empresas Airtours y First Choice³¹ en el mercado de los viajes combinados, hechos que llevaron a este órgano a desarrollar esta teoría en atención a cuatro requisitos que deberían confluír, que son:

- a) La transparencia del mercado de referencia, el cual les permita a las empresas coordinadas comprobar si sus competidores siguen o no su misma línea. Aquí, puede decirse que si bien la organización y funcionamiento de las federaciones deportivas puede ser objeto de críticas por su oscurantismo, el mercado competitivo-deportivo resulta transparente, por cuanto cabe apreciar con facilidad qué clubes son los que se disputan siempre las primeras plazas clasificatorias.
- b) La ausencia de presiones competitivas externas. En este punto, el mercado al que que pueden acceder los grandes clubes de fútbol no tendría presiones competitivas externas por parte de otros, pues precisamente las normas sobre control económico financiero, lo que buscarían es evitar que ello se produjera en un futuro donde los clubes más modestos pudieran tener posibilidades de triunfo deportivo.
- c) La presencia de incentivos para las empresas que alineen sus políticas comerciales. Estos incentivos existirán si los beneficios económicos producidos como con-

comparación con las que ella misma cobraba al operador público Televisión Española. De otro lado, que la ocultación de la existencia de las condiciones aplicables a este último, hasta mayo del año 2002, constituyó una muestra reprochable de mala fe por parte de la entidad que ostentaba, en la práctica, el monopolio de la gestión colectiva de los derechos de los productores de fonogramas». En similar sentido, *vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2013 (RJ\2013\7174) donde igualmente se condenó a las entidades de gestión AGEDI y AIE por la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en la utilización de sus fonogramas por emisoras de televisión.

³¹ Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas, de fecha 22 de septiembre de 2009, por la que se declara una concentración incompatible con el mercado común (Asunto Airtours/First Choice), disponible en <http://eu.vlex.com/vid/declara-incompatible-choice-pertinente-fines-23541422>

secuencia de la actuación coordinada de las empresas son mayores que los que se alcanzarían sin dicha actuación coordinada, esto es, para el caso de actuar separada e individualmente. En este punto cabe decir que aparentemente el requisito no se cumpliría, ya que los grandes clubes actúan individualmente de cara a acceder a los primeros puestos en la competición deportiva. Sin embargo, si se mira más allá, se verá que los grandes clubes que promueven el *fair play* financiero tendrían el incentivo de seguir repartiéndose las partes altas de la tabla clasificatoria, situación que no sería tan fácil de alcanzar si actuaran individualmente.

- d) La existencia de mecanismos de castigo para aquellas empresas que no se adhieran a la coordinación. Este extremo, en relación con el *fair play* financiero resulta claro, pues si los clubes no se atienen a estas reglas, deberán hacer frente a graves sanciones, como pérdida de puntos, imposibilidad de alinear jugadores, descenso administrativo, etc.

Así las cosas, no resulta descabellado plantear el punto de vista donde, a pesar de que las reglas sobre control económico las aprueba la UEFA, detrás de todo ello se encuentran los clubes más potentes económica y deportivamente hablando. Por ello, puede alcanzarse la conclusión de que las normas sobre *fair play* financiero no las aprueba la UEFA sino los clubes que habitualmente están en los más altos puestos clasificatorios de las competiciones auspiciadas por esta organización. En tal caso, considero que no solo podría hablarse de un abuso de posición de dominio de carácter colectivo al que acabo de aludir, sino también de una decisión de asociación de empresas que tiene por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia, en la medida en que las reglas sobre control económico partirían de la base de un acuerdo o concierto previo de los clubes de fútbol más poderosos. De este modo, la conducta de los clubes podría ser atacable tanto con fundamento en el artículo 102 del TFUE sobre abuso de posición de dominio, como desde el artículo 101 del TFUE. Sin embargo, la conducta irregular de los clubes no sería tan fácil de determinar ya que estos podrían ampararse en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha establecido una especie de excepción deportiva para las conductas encuadrables dentro del artículo 101 del TFUE y cuyo razonamiento considero que podría ser extrapolable a fin de defenderse frente a la alegación de abuso de posición de dominio. Igualmente, esta argumentación podría ser utilizada por la UEFA para el caso de que se la acusara de abuso de posición de dominio y si considerara que dicho abuso lo lleva a cabo la propia federación deportiva y no los clubes integrados en ella.

Para ello, tanto los grandes clubes de fútbol como la UEFA podrían sustentar su defensa en el caso «Wouters»³², donde el tribunal consideró que una conducta que de otro modo conllevaría

³² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de febrero de 2002, caso J.C.J. Wouters y otros contra Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten (TJCE/2002/52). Esta sentencia examina la normativa nacional que prohíbe, en virtud de un reglamento de un colegio de abogados, la colaboración entre abogados y auditores, estimando su justificación en la medida en que resultaba necesario para el modo en que se organizaba el ejercicio de la abogacía en los Países Bajos.

una violación del artículo 101 del TFUE estaría justificada si tuviera un objetivo legítimo y sus efectos restrictivos en la competencia fueran inherentes con el objetivo que persigue. Línea jurisprudencial que encuentra su variante, en aplicación al deporte, en referencia al antes citado asunto «Meca Medina», donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que un acuerdo o decisión anticompetitiva no cae bajo la aplicación del artículo 101 del TFUE, estando justificado si persigue un objetivo legítimo, los efectos restrictivos de la competencia son inherentes al fin buscado y, además, la restricción no va más allá de lo que resulta necesario para llegar a dicho fin. En síntesis, como afirma KILB³³, hay dos factores esenciales a analizar sobre si existiría una «excepción deportiva», como son la legitimidad del propósito de la conducta y la proporcionalidad en la restricción del mercado:

- La legitimidad de la UEFA o de los clubes (en función de quién se considere que aprueba en última instancia las reglas sobre *fair play* financiero), en el objetivo que habilitaría para restringir el mercado, se encontraría en la finalidad de alcanzar una competición futbolística sin sobreendeudamientos y sin impagos a terceros.
- La proporcionalidad se argumentaría sobre la base de que no existe otro medio menos perjudicial para alcanzar el resultado del equilibrio presupuestario de los clubes de fútbol que se integran en esta organización internacional³⁴.

De este modo, el análisis de la conducta de la UEFA o de los clubes se desviaría más hacia los términos de justificación de unas medidas que sí restringen la competencia que hacia la resolución de la duda sobre si *a priori* efectivamente restringen o limitan el mercado del fútbol. Así lo apunta LINDHOLM³⁵, quien sostiene que el propósito de las normas sobre equilibrio financiero no es aumentar el equilibrio competitivo, dado que su objetivo es otro, debiéndose centrar su examen en si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aceptará que el verdadero objetivo de estas reglas es alcanzar y mantener a largo plazo la viabilidad financiera. No obstante, desde mi punto de vista ello es erróneo. Ciertamente es que el *fair play* financiero debe tener como fin garanti-

³³ KILB, S.: «Fixing financial play. How to make european's soccer salary cap stick», *The Indonesian Journal of International & Comparative Law*, junio de 2014, pág. 826.

³⁴ Matizar que la determinación del requisito de proporcionalidad requiere del cumplimiento cumulativo de otros tres. Primero, que la medida resulte efectiva en el modo de alcanzar su propósito (test de idoneidad). Segundo, que la medida resulte necesaria para alcanzar el fin, en el sentido de que no haya otra alternativa menos restrictiva capaz de conseguir el mismo propósito (test de necesidad). Por último, la restricción de competencia generada no puede ser mayor de lo necesario para alcanzar el fin (test de proporcionalidad en sentido estricto). No obstante, como apunta LINDHOLM al analizar el requisito de proporcionalidad que también es exigido de cara a justificar una restricción de la libertad de los trabajadores del artículo 45 del TFUE, expresa que existen discrepancias doctrinales en cuanto a si el test de proporcionalidad en sentido estricto debe ser un test separado o entenderse incluido en los otros dos. LINDHOLM, J.: «The Problem With Salary Caps Under European Union Law: The Case Against Financial Fair Play», *Texas Review of Entertainment & Sports Law*, vol. 12.2, 2011, pág. 203.

³⁵ LINDHOLM, J.: *op. cit.*, pág. 204.

zar la viabilidad financiera de los clubes pero debe hacerse fomentando una competición deportiva más equilibrada. Además, debemos tener presente que las reglas sobre control económico son suficientemente complejas, en términos contables, como para beneficiar a los grandes clubes que cuenten con mayores presupuestos. Así, al margen de la regla sobre el *break even* que se expondrá más adelante, existirían vías a través de las cuales los grandes clubes podrían evadir estas reglas sobre equilibrio financiero. Una de las más fáciles sería la que apunta KILB³⁶. Este método se basa en la forma en que el precio de los fichajes es computado a efectos de las reglas sobre *fair play* financiero, permitiendo que el precio total del traspaso pueda ser dividido en función del número de temporadas por el que fue contratado el jugador. Por ejemplo, si un jugador costó 100 y se le contrata por 5 temporadas, a cada temporada se le asignaría un gasto de 20, distribuyendo así el coste total del precio del fichaje y facilitando no incurrir en un incumplimiento de las reglas sobre control económico de los clubes.

Por todo lo expuesto, ante la regulación actual y al margen de quién se determine que en realidad está promoviendo, amparando y aprobando el actual sistema de control económico (los grandes clubes de fútbol o la propia UEFA), considero que con estas normas sobre *fair play* financiero se restringe el mercado, especialmente, perjudicando a los equipos con menores recursos económicos, de modo que el resultado alcanzado es consolidar el *statu quo* dentro de la competición deportiva, eliminando toda posibilidad de que clubes más pequeños puedan hacer frente a los más grandes en términos de capital.

3. LA IMPLANTACIÓN DEL FAIR PLAY FINANCIERO EN EL ÁMBITO ESTATAL. LA REGULACIÓN DE LA LIGA NACIONAL DE FÚTBOL PROFESIONAL Y SU EVENTUAL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Como se ha expuesto, las normas aprobadas en orden a imponer un equilibrio financiero sobre los clubes no son aprobadas por el legislador sino que son creadas en el seno de las organizaciones deportivas respecto de las cuales están integrados los clubes de fútbol. En el caso español, sería la RFEF y, principalmente, la LNFP. Por ello, en este punto debemos remitirnos al artículo 30 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte donde se establece que «las Federaciones deportivas españolas son Entidades privadas, con personalidad jurídica propia» aunque a continuación se señala que ejercen por delegación facultades públicas, actuando en estos casos como agentes colaboradores de la Administración. Y respecto de las ligas profesionales el artículo 41.2 de la Ley del Deporte fija que «las Ligas profesionales tendrán personalidad jurídica, y gozarán de autonomía para su organización interna y funcionamiento respecto de la Federación deportiva española correspondiente de la que formen parte». Además, dentro del fútbol español su existencia es obligatoria a la luz del artículo 12 de la Ley del Deporte que expresa: «Las Ligas son asociaciones de Clubes que se constituirán, exclusiva y obligatoriamente, cuando existan com-

³⁶ KILB, S.: *op. cit.*, pág. 820.

peticiones oficiales de carácter profesional y ámbito estatal, según lo establecido en el artículo 41 de la presente Ley». Por tanto, en cuanto a la RFEF, aunque en algunos aspectos ejerce facultades públicas, en lo relativo a la aprobación de medidas que impongan una limitación al gasto de los clubes de fútbol, no estaría ejerciendo función pública alguna, por lo que actuaría como un sujeto privado. Y respecto la LNFP, tampoco cabe cuestionar que la aprobación de este tipo de medidas no se haga con base en su capacidad autorregulatoria como sujeto privado³⁷. Así, la consideración de la RFEF y la LNFP como entidades de naturaleza privada tendrá repercusiones en cuanto a derecho de competencia pues ello permitirá analizar si las medidas adoptadas pueden estar encubriendo un abuso de posición de dominio.

Además de lo anterior, debemos tener claro que el modelo de control financiero creado en la LNFP está claramente inspirado en el existente en la UEFA³⁸. Por tanto, ante el paralelismo hallado en la regulación tanto de la UEFA como de la LNFP, se une que los objetivos de ambas instituciones serían similares así como que la caracterización del modelo de fútbol europeo se articula en una especie de estructura piramidal, donde el sistema de gobierno es jerárquico, de manera que los organismos internacionales se sitúan en la cima de dicha relación piramidal, para a continuación establecerse los organismos nacionales como la LNFP, seguidos de los clubes deportivos, y colocándose en la base de esta estructura los aficionados. Además, lo habitual en este modelo suele ser que los clubes deban estar afiliados a la federación deportiva respectiva y en algunos casos, como es el español, a las ligas profesionales, al mismo tiempo que los propios futbolistas deben estar registrados en una asociación nacional. Por ello, el sistema de equilibrio financiero de la LNFP, claramente inspirado en el de la UEFA, se concreta en el establecimiento de un régimen de licencias que son concedidas para el caso de que se acredite que los datos económicos de los clubes registrados se ajustan a las normas preestablecidas. Este control económico de los clubes buscaría evitar un gasto desmedido que conlleve pérdidas, hallando un equilibrio entre sus ingresos y sus gastos. Dicho equilibrio se alcanzaría estableciendo unos ratios de gasto en función del volumen de ingresos de los clubes. Sin embargo, el problema radica en que un férreo control en este gasto puede conllevar un efecto restrictivo de la competencia, debido a que encubra un abuso de posición de dominio de la LNFP, el cual excluya la competitividad de los clubes más modestos en cuanto a ingresos se refiere. Como consecuencia, tales clubes no podrían asumir ningún riesgo empresarial a fin de mejorar su rendimiento deportivo y se enfrentarían a una clara barrera que les impediría cualquier tipo de posible mejora en los resultados deportivos.

³⁷ Aspecto que es incluso reconocido expresamente en el artículo 16 del Reglamento de la RFEF donde se expresa que «la Liga Nacional de Fútbol Profesional es una asociación deportiva de carácter privado integrada exclusiva y obligatoriamente por los clubs o sociedades anónimas deportivas de primera y segunda división, en tanto en cuanto participan en competiciones oficiales de carácter profesional y ámbito estatal».

³⁸ Igualmente, puede pensarse en que las conductas anticompetitivas no son llevadas a cabo por la propia LNFP en sí misma, sino por los clubes integrados en dicha Liga, pero la argumentación sería idéntica a la expuesta en relación con la UEFA, por lo que a estos efectos me remito a lo manifestado *ut supra*. Por ello, en este apartado me centraré en las similitudes en la regulación establecida por la UEFA y la LNFP, aunque enfocando el análisis el régimen jurídico nacional.

Así las cosas, resulta necesario examinar, primeramente, si la LNFP puede incluirse dentro del concepto de empresa a efectos de que le sea de aplicación la legislación sobre derecho de competencia. En este punto cabe argumentar en términos similares a como se ha hecho respecto de la UEFA, de modo que debe entenderse el concepto de empresa en sentido amplio. Esta postura también es la adoptada por el Tribunal Supremo, como puso de manifiesto con claridad al expresar que «en el contexto del Derecho de la competencia, el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación»³⁹. Por ello, resulta claro que la LNFP debe ser considerada como una empresa dado que, al margen de otras competencias, es la encargada de la organización de la competición deportiva profesional más importante en el deporte español.

Al margen de lo anterior, hay que tener presente que, a diferencia de la UEFA, la LNFP es un órgano creado expresamente por disposición legal, cómo es la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte. Norma en cuya virtud se permite la creación de la LNFP y que al mismo tiempo le otorga parte de sus competencias (junto con el Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre federaciones deportivas españolas). Sin embargo, esta circunstancia no impediría la aplicación de todo el régimen jurídico sobre derecho de competencia, pues como apuntó el Tribunal Supremo en relación con una denuncia de una práctica de abuso de posición dominante por un colegio oficial de arquitectos, «frente a tal exclusión parcial del sometimiento de la actuación de las Administraciones públicas al derecho de la competencia cuando actúan como tales Administraciones públicas, hay que afirmar la plena sujeción de las mismas a dicha regulación, sin que pueda objetarse a ello la dicción literal del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia como argumenta el Tribunal de Defensa de la Competencia. En efecto, el que dicho precepto hable de agentes económicos no debe entenderse en el sentido de que solo pueden ser sancionados de acuerdo con el mismo aquellos agentes sometidos al derecho privado y no al derecho administrativo, sino como una referencia a cualquier sujeto que actúe en el mercado, aun en los casos en los que las propias Administraciones públicas o los organismos y sociedades de ese carácter lo hagan sometidos en mayor o menor medida al derecho administrativo»⁴⁰. Además, no debemos olvidar que la normativa sobre equilibrio financiero de la LNFP es aprobada en virtud de su capacidad autorregulatoria atribuida por el artículo 41.2 de la Ley del Deporte, por lo que, en este aspecto, en ningún momento estaría ejerciendo potestad pública alguna sino actuando como un sujeto privado.

Asentada la idea de que la LNFP debe incluirse en el concepto de empresa a efectos de derecho de competencia, debe analizarse si ostenta una posición de dominio en el mercado del fútbol español. Es oportuno reiterar lo ya manifestado en relación con la UEFA, respecto a que concluir en una respuesta afirmativa no debe conllevar reproche alguno, pues la posición de dominio *per se* no es ilegal. La ilegalidad aparece en caso de abusar de dicha posición, por ejemplo, imponiendo

³⁹ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2014 (RJ/2014/3926).

⁴⁰ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (RJ/2007/5266).

medidas basadas en el *fair play* financiero que limiten la capacidad de competencia de los clubes adscritos a la LNFP. Así, no hay duda que en virtud de los referenciados artículos 12 y 41.2 de la Ley del Deporte la LNFP dispone, por expresa previsión legal, de facultades de autotutela y gestión de los intereses de los clubes de fútbol. De ello resulta que la LNFP despliega una posición de dominio en el mercado del fútbol español dado que, entre otras razones, es un órgano exclusivo, goza de competencias exclusivas y la afiliación por parte de los clubes de fútbol profesionales es obligatoria. Asimismo, esta posición dominante no derivaría de la práctica del fútbol profesional, sino por su total control sobre las barreras de entrada, de salida, de expulsión y de permanencia en el sector, pudiendo imponer determinadas condiciones imperativas de gestión, de control y de supervisión, para acceder a dicho mercado relevante nacional y único. Por tanto, la LNFP cuenta con la capacidad de imponer barreras de entrada, expulsión y permanencia respecto de los clubes de fútbol profesionales, dado que su admisión en la competición deportiva organizada por este ente depende del mismo en función de unos estatutos de carácter indiscutiblemente privado. Y su posición dominante no se limita a lo expuesto, sino que además se le han atribuido más facultades recientemente, las cuales revelan tanto una actividad económica, a los efectos de considerar a la LNFP como empresa sometida a derecho de competencia, como una posición dominante derivada de constituirse como monopolio legal en un segmento fundamental del mercado del fútbol español. Ello se debe al hecho de que 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, impone una cesión obligatoria de los derechos audiovisuales de los clubes de primera y segunda división a la LNFP, quien tendrá las facultades de negociación conjunta de todos los clubes respecto de tales derechos audiovisuales⁴¹. Esta situación resaltaría aún más la posición de dominio en que se encuentra la LNFP, pues es el propio legislador quien ha habilitado un monopolio legal en una parte sustancial del mercado del fútbol español, como es el de los derechos audiovisuales. Y aunque el legislador haya «justificado» legalmente este monopolio de hecho de la LNFP, ello no es óbice para analizar si este órgano está ejerciendo de manera abusiva su posición de dominio, dado que así lo permite expresamente el artículo 2.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia al expresar que «la prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal».

Aclarada la fundamentación de la posición dominante de la LNFP y el mercado relevante afectado, en los Estatutos Sociales de la LNFP encontramos las normas sobre *fair play* financiero que pueden encubrir el abuso en esta posición de dominio. La consagración del mencionado principio de

⁴¹ Debe aclararse que los clubes de fútbol seguirán siendo los titulares de estos derechos audiovisuales, pero ante el conflicto que ha existido en el fútbol español de cara a alcanzar un acuerdo de comercialización conjunta de estos derechos intentando asemejarse al modelo de Estados Unidos, el Gobierno decidió aprobar el Real Decreto-Ley 5/2015, donde la RFEF (respecto de la Copa de S. M. el Rey y de la Supercopa de España) y la LNFP (en cuanto al Campeonato Nacional de Liga de Primera y Segunda División) serán las entidades encargadas de la negociación de estos derechos. Así se desprende de su artículo 2.2 donde se dispone que «la participación en una competición oficial de fútbol profesional conllevará necesariamente la cesión por sus titulares a la entidad organizadora de las facultades de comercialización conjunta de los derechos audiovisuales incluidos en el ámbito de aplicación de este real decreto-ley».

equilibrio financiero se manifiesta en los artículos 61⁴² y 62, párrafo tercero⁴³, de los Estatutos Sociales de la LNFP. Sin embargo, desde mi punto de vista, el control financiero de la LNFP no constituiría un abuso de posición de dominio sino que es una cuestión altamente recomendable. El problema aparecería en la imposición de unos ratios económicos respecto de los cuales los clubes deben ajustarse y, especialmente, las sanciones previstas para caso de incumplimiento. En lo referente a los ratios económicos establecidos, no es objeto de este trabajo entrar a valorar si son adecuados, ya que requeriría no solo un análisis jurídico sino también económico. Sin embargo, sí deben destacarse algunas de las duras sanciones que la LNFP prevé en su reglamentación interna para el supuesto de no cumplir los acuerdos de tipo económico aprobados. Así, el incumplimiento de este tipo de acuerdo por parte de un club de fútbol es previsto por el artículo 69.2 a) de los Estatutos Sociales de la LNFP⁴⁴ como una infracción muy grave. Y la sanción prevista para este incumplimiento, si el mismo se demorase durante más de tres meses, supone el descenso de categoría del club respectivo, en virtud de lo expuesto por el artículo 78 B) 2 a) de los Estatutos Sociales de la LNFP⁴⁵. Por ello, podemos apreciar cómo el incumplimiento de las normas sobre equilibrio financiero adoptadas por la LNFP puede llevar a un club hasta su completa desaparición como consecuencia de descender de categoría y verse aún más asfixiado económicamente que en el momento del incumplimiento.

Por lo expuesto hasta este punto, resulta claro que la normativa sobre *fair play* financiero de la LNFP previene graves sanciones por incumplimiento, como el descenso de categoría del club que no se adecue a los ratios de gastos impuestos. Sin embargo, quienes promueven esta normativa desconocen o no quieren ver que el cumplimiento del equilibrio financiero conlleva *de facto* los mismos efectos que su incumplimiento. Si no se permite a los clubes un grado de endeudamiento adecuado conforme a unos criterios de riesgo empresarial sostenibles, abocará a que los mismos no

⁴² Artículo 61 de los Estatutos Sociales de la LNFP: «Las Sociedades Anónimas Deportivas o Clubes afiliados a la LIGA deberán observar las normas que en materia contable y documental estén establecidas por la normativa legal vigente, así como las complementarias o accesorias que establezca la LIGA reglamentariamente».

⁴³ Artículo 62, párrafo tercero, de los Estatutos Sociales de la LNFP: «Con independencia de lo anterior, la LIGA podrá acordar el seguimiento económico de cualquiera de sus afiliados con una periodicidad distinta de la señalada en el párrafo anterior, así como revisar los estados financieros y económicos del afiliado, por sus servicios técnicos, y dictar las recomendaciones precisas en aras del cumplimiento efectivo del presupuesto aprobado».

⁴⁴ Artículo 69.2 de los Estatutos Sociales de la LNFP: «Se consideran como infracciones muy graves: (...)

a) El incumplimiento de los acuerdos de tipo económico de la LIGA. El incumplimiento se entenderá producido una vez superados los plazos previstos en cada caso, que se contarán desde que debió cumplirse el compromiso, siempre que se haya producido la notificación fehaciente del acuerdo por la Liga Nacional de Fútbol Profesional a las SAD/Clubes afectados».

⁴⁵ Artículo 78 de los Estatutos Sociales de la LNFP: «Por la comisión de las infracciones enumeradas en el artículo 69, apartado 2.- (muy graves) podrán imponerse las siguientes sanciones: (...)

2. Descenso de categoría:

a) Por la comisión de las infracciones previstas en los apartados a), f), j) y k), cuando el incumplimiento se demorase más de tres meses, contados a partir del momento en que la prestación fuera exigible, con arreglo a lo previsto en el citado artículo».

sean competitivos y no puedan enfrentarse a otros clubes con mayores medios financieros, viéndose destinados al descenso de categoría o a su extinción. Situación que al mismo tiempo conllevaría graves perjuicios a los jugadores del club, quienes se verían no solo afectados en su prestigio profesional deportivo, sino que correrían el riesgo de que el club ya no pudiera hacer frente al abono de sus salarios como consecuencia del descenso de categoría. Este problema ya ha sido atisbado por los agentes sociales del fútbol profesional, y ante la imposibilidad de plantear una reformulación de la normativa sobre *fair play* financiero se ha procedido a modificar el convenio colectivo del fútbol profesional. De tal modo que, ante un descenso de categoría por causas administrativas (como sería el incumplimiento de las normas sobre equilibrio financiero), el futbolista se verá facultado para extinguir por justa causa el contrato de trabajo suscrito, contando al efecto de un plazo improrrogable de 10 días a contar desde la fecha en que se adopte la medida⁴⁶.

De este modo, la LNFP, en su posición de dominio sobre la organización del fútbol profesional español, puede estar llevando a cabo un ejercicio abusivo a través de sus normas sobre equilibrio financiero, lo cual estaría prohibido en virtud del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Sin embargo, aun en el caso de que concluyéramos en la existencia de un abuso de posición de dominio, cabe también plantearse si la normativa de la LNFP encontraría amparo legal para la exclusión de la prohibición de abuso de posición dominante con base en el artículo 4.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, el cual prevé: «Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley». Ello se debería a que podría entenderse que la normativa interna aprobada por la LNFP sobre equilibrio financiero cuenta con un respaldo legal en virtud de la Ley del Deporte, el cual habilitaría la implantación de conductas que limitaran o excluyeran la competencia en el fútbol profesional. El precepto de la Ley del Deporte sobre el que cabe pensar esta posibilidad es su artículo 41.4 apartado b, que atribuye a las ligas profesionales, entre otras competencias, la de: «b) Desempeñar, respecto de sus asociados, las funciones de tutela, control y supervisión establecidas en la presente Ley». Sin embargo, considero que entre las funciones de tutela, control y supervisión atribuidas por la Ley del Deporte no se encuentra la de establecer restricciones presupuestarias.

Respecto a este control presupuestario que podría derivar en restricciones del gasto de los clubes como, por ejemplo, limitando el gasto en el total de los salarios a que pueden hacer

⁴⁶ BOE de 19 de noviembre de 2015, Resolución de 5 de noviembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Acta del acuerdo de modificación del Convenio colectivo para la actividad de fútbol profesional. Así, el artículo 45 de este convenio colectivo dispone que «será justa causa de extinción de los contratos y licencias suscritas por los futbolistas afectados por este convenio, el descenso de categoría del club o SAD por causas administrativas, así como la adopción de cualquier medida que impida a dicho club o SAD competir en la categoría en la que, conforme a los resultados deportivos, debería de hacerlo». Debe matizarse que esta es una previsión que se ha hecho ante el riesgo que sufren los futbolistas ante el peligro de un descenso administrativo que les irroge graves perjuicios económicos y profesionales, pues el actual convenio tiene fijada una vigencia hasta el próximo 1 de julio de 2016, fecha en la que entrará en vigor el nuevo convenio colectivo que le sustituirá (el cual fue firmado por la Asociación de Futbolistas Españoles y la LNFP el 9 de octubre de 2015 y, actualmente, pendiente de publicación en el BOE).

frente, podría también argumentarse que la LNFP cuenta con una habilitación normativa que supondría una exención a la prohibición de abuso de posición de dominio sobre la base del citado artículo 4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. La norma de referencia sería el Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones deportivas españolas, cuyo artículo 25 b) atribuye a las ligas profesionales competencia para «desempeñar, respecto de sus asociados, las funciones de tutela, control y supervisión, estableciendo al respecto las normas y criterios para la elaboración de presupuestos y supervisando el cumplimiento de los mismos». Sin embargo, esta competencia reglamentaria no encajaría en la causa de exoneración del artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia por cuanto este último exige que medie una habilitación legal, por lo que el carácter reglamentario de la norma no ampararía la exclusión del ilícito.

No obstante lo anterior, habría un único caso donde las medidas sobre control económico financiero hallarían cobertura legal bajo el paraguas del artículo 4.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, a pesar de que se estuviera restringiendo la competencia. Esta excepción tiene que ver con la exigencia de las reglas sobre equilibrio financiero encaminadas a evitar impagos por créditos de derecho público. En este sentido, no debemos desconocer que el *fair play* financiero abarca una amplia gama de medidas que van desde sanciones deportivas por impago de los clubes a acreedores, tanto públicos como privados, a limitaciones en el gasto. Pero solo ante la imposición de sanciones por impago de créditos con la Administración existiría una habilitación legal que permitiera restringir el mercado por este motivo. Esta cobertura legal se encuentra en el artículo 76 de la Ley del Deporte que expresa que «además de las enunciadas en los apartados anteriores de las que se establezcan por las respectivas Ligas profesionales, son infracciones específicas muy graves de los Clubes deportivos de carácter profesional» (...) «El incumplimiento de los deberes o compromisos adquiridos con el Estado o con los deportistas», en conexión con el artículo 79 de dicha ley que permite varios tipos de sanciones, como son: apercibimiento; sanciones económicas; descenso de categoría; o la expulsión, temporal o definitiva, de la competición profesional. Por tanto, puede concluirse que medidas que impliquen el descenso de categoría por impagos frente a la Administración tributaria o la Seguridad Social (dos de las deudas más comunes de los clubes), permiten que la LNFP tenga respaldo legal suficiente para llevarlas a cabo sin conllevar una ilícita restricción del mercado. En otras palabras, sanciones deportivas basadas en reglas de equilibrio financiero que impliquen la pérdida de puntos en la clasificación o, en los casos más extremos, el descenso de categoría, estarían excluidas del control de las reglas de competencia al hallar una cobertura legal expresa. Además, en el fútbol español ya tenemos incluso algún pronunciamiento judicial que avala el descenso de categoría de un club por impagos a la Hacienda Pública. Este es el caso del Murcia C.F., donde la LNFP ante los graves impagos a Hacienda decidió imponer la sanción de descenso de categoría⁴⁷.

⁴⁷ Dicha decisión se encuentra todavía «litis pendiente» en cuanto al fondo principal, pero en sede de medidas cautelares ya se afirmó que este tipo de sanción no implicaría abuso de posición de dominio al existir la previsión legal *ad hoc* en la Ley del Deporte que permite a la LNFP determinar el descenso de categoría del club ante los impagos a la Administración. *Vid.* Auto del Juzgado de lo Mercantil de 21 de agosto de 2014 (JUR\2014\238309).

Por todo lo expuesto, queda claro que la imposición de una reglas sobre control económico financiero en el fútbol profesional plantea, cuando menos, dudas sobre si conlleva un abuso de posición de dominio (con la salvedad de las sanciones por impago a entes públicos). Por ello, estimo que las normas de equilibrio financiero, en lugar de acordarse en el seno de las organizaciones que rigen el mundo del fútbol, deben aprobarse en virtud del acuerdo unánime de los clubes adscritos a esas organizaciones. En contra de esta argumentación puede refutarse que son los propios clubes que integran las asociaciones deportivas los que se dan a sí mismos la normativa sobre equilibrio financiero. Sin embargo, al igual que otras medidas, no se requiere unanimidad, por lo que considero que únicamente si se fija para este tipo de acuerdos la exigencia de un consenso por parte de todos los clubes, será la única vía a través de la que se legitimará esta normativa, se garantizará que no existan abusos y se asegurará un mayor grado de cumplimiento. Un ejemplo del buen funcionamiento del sistema, si se alcanza un acuerdo de todos los clubes, es el instaurado en el deporte profesional estadounidense⁴⁸. El éxito de este modelo no radica solo en el consenso de todos los clubes competidores sino también en que el principal objetivo es procurar el equilibrio competitivo a través de acuerdos que limiten la posibilidad de que los equipos con más recursos y más posibilidades de invertir, lo hagan de manera desproporcionada creando una ventaja competitiva sobre el resto de participantes. Por tanto, lo que se busca es evitar la previsibilidad que existe en el modelo de fútbol español y europeo, donde pocos son los casos donde los clubes con menores medios económicos son los que ganan la competición. En Estados Unidos con su sistema de control financiero se pretende crear la incertidumbre en el resultado deportivo, de manera que los clubes estén en una verdadera igualdad competitiva.

No obstante lo anterior, el pleno consenso sobre la normativa de equilibrio financiero no supone una plena justificación del mismo, dado que algunas de sus medidas seguirían planteando dudas sobre si conllevan una restricción de la competencia. Tal sería el caso de las limitaciones respecto de los salarios que los clubes podrían pagar a sus deportistas. En este sentido, incluso la doctrina estadounidense se muestra dividida sobre si el conocido como *salary cap* supone una restricción del libre mercado en Estados Unidos⁴⁹.

En definitiva, debemos ser conscientes del modelo de fútbol europeo y español que existe y que parece pretenderse no solo por parte de las entidades encargadas de su gestión sino también por los aficionados. Por ello, plantearse un acuerdo unánime de los clubes a fin de alcanzar una igualdad competitiva en medios económicos que permita que un club que obtuvo malos resultados

⁴⁸ En Estados Unidos el deporte profesional se circunscribe a las cuatro «Major Leagues», abarcando los deporte de béisbol (Major League Baseball), fútbol americano (National Football League), baloncesto (National Basketball Association) y hockey sobre hielo (National Hockey League).

⁴⁹ A favor de la limitación de los salarios de los deportistas, *vid.* LIEBMAN, J. M.: «Tip Your "Cap" to the Players: 2007-2008 Off-Season Reveals NHs Salary Cap Benefits on Players», *Sports Lawyer Journal*, vol. 16:81, 2009, pág. 81 y ss. Por el contrario, entre quienes consideran que el *salary cap* restringe la competencia, *vid.* FORAKER, S. J.: «The National Basketball Association Salary Cap: An Antitrust Violation?», *Southern California Law Review*, vol. 59:157, 1985 pág., 156 y ss.; y PITCHER, T. C.: «Baseball's antitrust exemption repealed: An analysis of the effect on salary cap and salary taxation provisions», *Vermont Law Review*, vol. 20:559, 1995, pág. 559 y ss.

pueda ganar la competición la temporada siguiente puede ser inaplicable en la idea que se tiene del fútbol profesional en Europa y España. Y aun así, como demuestra la experiencia de Estados Unidos, ello no evitaría que siguieran existiendo dudas sobre medidas como la limitación de los salarios de los deportistas. Por ello, considero que para el caso de no poder alcanzar este acuerdo por parte de todos los clubes de fútbol para fijar el *fair play* financiero y establecer sus límites, debemos plantearnos si debe haber un control estatal al estilo del que se prevé para otras actuaciones a través de órganos como el Consejo Superior de Deportes. Bien es cierto que el Consejo Superior de Deporte dispone de un régimen de control de la normativa aprobada por federaciones y ligas profesionales en virtud del artículo 41.3 de la Ley del Deporte⁵⁰, pero es cuestionable si debería adoptar una postura de mayor implicación y control en la aprobación de la normativa sobre control financiero. De este modo, dicho incremento del control estatal tendría como finalidad acabar con las dudas que puede suscitar la regulación deportiva-federativa en cuanto a si encubre un abuso de posición de dominio por parte del órgano que la aprobó. En este sentido, cabe destacar que el desacuerdo de los clubes de fútbol es algo habitual, especialmente cuando hay importantes intereses económicos de por medio. Y es que, consecuencia del reiterado desacuerdo de los clubes en materia de reparto de derechos audiovisuales, el intervencionismo estatal en el mundo del fútbol profesional ha sido desplegado últimamente, como demuestra 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 profesional⁵¹.

4. ASPECTOS CLAVES EN EL DIFÍCIL CÁLCULO DEL EQUILIBRIO FINANCIERO: LA NOCIÓN DE DESVIACIÓN ACEPTABLE Y LOS LÍMITES SALARIALES

La normativa sobre *fair play* financiero establece unas reglas sobre control económico realmente complejas y cuyo estudio excede de lo estrictamente jurídico, requiriendo un exhaustivo examen económico⁵². Sin embargo, hay un concepto que debe destacarse, el cual, desde mi punto de vista, adquiere mayor relevancia, dado que es el que pone en relieve que la normativa está pensada en orden a favorecer a los clubes con mayores recursos económicos.

⁵⁰ Artículo 41.3 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte: «Los Estatutos y Reglamentos de las Ligas profesionales serán aprobados por el Consejo Superior de Deportes, previo informe de la Federación deportiva española correspondiente, debiendo incluir, además de los requisitos generales señalados reglamentariamente, un régimen disciplinario específico».

⁵¹ Aspecto que es incluso reconocido por la propia exposición de motivos al expresar que «las dificultades del sector para autorregularse han llevado a los actores a reclamar la actuación urgente del Gobierno, que únicamente accede a intervenir en atención a la dimensión y relevancia social del fútbol profesional en España, facilitando la superación del mayor obstáculo que esta actividad económica y que ocupa al tiempo un lugar importante entre los intereses de muchos ciudadanos pueda desarrollarse con normalidad, como en el resto de los países de nuestro entorno».

⁵² Para un análisis económico del *fair play* financiero, *vid.*, PEETERS, T. y SZYMANSKI, S.: *Financial FairPlay in european football*, Universidad de Antwerp, Facultad de Económicas Aplicadas, research paper 2013/021, septiembre de 2013.

Por ello, existe un método a través del cual la normativa sobre equilibrio financiero de la LNFP y de la UEFA pretende legitimarse además de dar la apariencia de que admite cierta flexibilidad, de modo que su finalidad no es restringir la competencia sino asegurar realmente que los clubes mantienen una actitud económicamente sostenible y no asumen obligaciones de pago de imposible cumplimiento. Se trata del concepto de «noción de desviación aceptable». Este sistema permite que haya una serie de supuestos complejos donde deben tenerse en cuenta numerosos aspectos contables, con base en los que un club pueda desviarse del límite de gasto impuesto por la normativa sobre equilibrio financiero. Esta situación también se denomina como «regla de punto de equilibrio» o como *break-even*, y se define como la diferencia entre los ingresos relevantes⁵³ y los gastos relevantes⁵⁴, y que se debe calcular en función del periodo contable correspondiente, donde a su vez se pueden tener en cuenta periodos inmediatamente anteriores⁵⁵. Igualmente, debe destacarse que en orden a establecer el cálculo no se deben tener en consideración, a efectos de la partida de gasto, las inversiones en estadios, campos de entrenamiento y desarrollo del fútbol juvenil o también llamada «cantera». En el caso de la LNFP, el límite de desviación aceptable de endeudamiento viene fijado en no más de 5 millones de euros para la Primera División y 2 millones de euros para el caso de la Segunda División española. No obstante, dentro de este complejo entramado para establecer los ratios económicos permitidos a los clubes, existen situaciones concretas donde la normativa sobre equilibrio financiero permite una desviación mayor, fijado para la temporada 2015/2016 en 30 millones de euros⁵⁶. Ahora bien, este último límite tiene que contar con un «aval», es decir, únicamente se admite dicha cantidad superior de gasto si está totalmente cubierta por aportaciones de accionistas o de partes relacionadas⁵⁷ y, al mismo

⁵³ De manera resumida, cabe definir los ingresos relevantes, entre otros, los derivados de ingresos de taquilla, derechos de retransmisión, patrocinio y publicidad, actividades comerciales y otros ingresos de explotación, beneficios procedentes de la enajenación o cesión de jugadores, plusvalías por la enajenación de inmovilizado material e ingresos financieros. No se incluirían partidas no pecuniarias ni determinados ingresos derivados de operaciones no relacionadas con el fútbol.

⁵⁴ Dentro de la noción de gastos relevantes, deben destacarse, principalmente, el coste de las ventas, los gastos en sueldos y salarios de empleados, los gastos de explotación, la amortización del inmovilizado material e intangible y los costes financieros. Dentro de este concepto no se incluye la amortización o desvalorización de inmovilizado inmaterial (distinto de fichas de jugadores), gastos en actividades de desarrollo de cantera, gastos en actividades de desarrollo comunitario y otras partidas no pecuniarias, costes financieros atribuibles a la construcción de inmovilizado material, gastos fiscales o algunos gastos provenientes de operaciones no relacionadas con el fútbol.

⁵⁵ Para un análisis exhaustivo de la *break even rule*, *vid.*, PEETERS, T. y SZYMANSKI, S.: *op. cit.*, pág. 3 y ss.

⁵⁶ TORRES, L.: «El *fair play* financiero y el *affaire* Di María-PSG», en <http://iusport.com/not/2738/el-fair-play-financiero-y-el-affaire-di-maria-psg/>

⁵⁷ Esta vía de financiación adicional, que no supone incurrir en un incumplimiento de la normativa sobre equilibrio financiero, podría ser el cauce para que los equipos más modestos se financiaran a través de los fondos de inversión que existen en el fútbol profesional. En este sentido, los clubes más modestos obtenían financiación a través de fondos de inversión en orden a poder hacer frente al precio de fichaje de un jugador que de otro modo no podrían asumir [es decir, el precio de traspaso o de «cesión definitiva», término este último empleado en el artículo 13 a) del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales]. Así, el fondo de inversión asumía parte del coste de este precio y, a cambio, dicho fondo vería rentabilizada la operación una

tiempo, debe contemplarse en los estados financieros del club. En mi opinión, el referido sistema está pensado para los clubes de mayor tamaño y con mayor presupuesto, por lo que una vez más se demostraría cómo las reglas sobre equilibrio financiero están ideadas para favorecer a los grandes clubes en detrimento de los pequeños, en lugar de asegurar un auténtico control de gastos de los clubes a fin de evitar sobreendeudamientos.

Por todo ello, resulta patente la necesidad de que las reglas sobre *fair play* financiero estén adecuadamente graduadas. Y esta graduación no debe limitarse únicamente a los fines de establecer unos ratios económicos de ingresos y gastos que permitan cierto riesgo empresarial destinado a lograr una efectiva competitividad entre clubes grandes y pequeños, sino también respecto a las sanciones que están previstas para los casos de incumplimiento de las normas de equilibrio financiero. Desde mi punto de vista, no puede tener la misma gravedad y, por ende, la misma sanción, el incumplimiento de deudas derivadas del pago del precio de traspaso de un jugador que las producidas por el impago de los salarios de los futbolistas (quienes en la mayoría de los casos no cobran las astronómicas cifras de las «estrellas» del mundo del fútbol que se conocen). Sin embargo, las normas sobre *fair play* financiero conllevan la paradoja de que no se sancione el impago de un salario de un futbolista sino que se prohíba tramitar la licencia federativa de un jugador ya contratado por el argumento de que el salario pactado excede del monto global admitido por la normativa para el total de los salarios de los jugadores. Con ello, parecería que la normativa se está preocupando e, incluso, anticipando, ante un futuro impago de los salarios de los futbolistas. Pero el efecto que conlleva es el contrario, pues claramente se perjudica al jugador que no puede inscribirse en la competición deportiva, y se ve no solo ante el riesgo de que el club decida no abonarle su salario sino ante el desvalor profesional que conlleva no poder disputar partido alguno.

De esta manera y en conexión con el planteamiento previamente expuesto sobre que el control económico financiero afectaría negativamente en especial a los equipos pequeños, disminuyendo el equilibrio competitivo, debe destacarse la medida sobre el tope salarial. Uno de los supuestos típicos del *fair play* financiero está destinado a restringir el salario de los jugadores, de manera que un club no pueda fichar a deportistas cuyas retribuciones excedan del límite impuesto en función de los ingresos obtenidos y, en consecuencia, la presunta capacidad económica de dicho club. Ello significa que, de conformidad con la previsión de ingresos y gastos del club respectivo, se establece un límite salarial con el fin de que no gaste en este concepto más de lo previamente estipulado. Puede apreciarse que esta media no es igual para todos los clubes, sino que varía con base en unos ratios económicos que se pueden traducir en que se limita el gasto en salarios en función de los propios ingresos de cada equipo, lo cual desde mi punto de vista resul-

vez que el club traspasara o cediera nuevamente al jugador a un club tercero, recibiendo un porcentaje pactado previamente sobre el nuevo precio de cesión del jugador. Sin embargo, desafortunadamente los clubes pequeños ya no podrán recurrir a esta medida, debido a que la FIFA, en su reciente modificación de 2015 de su Reglamento sobre Estatuto y Transferencia de Jugadores, decidió prohibir las operaciones relacionadas con fondos de inversión al introducir un artículo 18 ter. Para mayor análisis sobre el proceder de los fondos de inversión y su conformidad a derecho, *vid.* SELIGRAT GONZÁLEZ, V. M.: «Los fondos de inversión en el deporte desde una perspectiva civilista: Un supuesto de ingeniería contractual. Especial referencia al fútbol profesional», *Actualidad Civil*, junio de 2015, pág. 22 y ss.

ta innecesario, ya que el propio mercado del fútbol limitará los jugadores que puedan ficharse y, por tanto, los salarios que recibirán conforme a su nivel deportivo.

De inicio, puede decirse que la fijación de límites salariales puede entrañar una vulneración del artículo 45 del TFUE, por cuanto supondría una restricción a la libertad de movimiento de los trabajadores. Así, la restricción a esta libertad se hallaría en que el club que pretende contratar a un futbolista no solo tiene que tener el dinero para poder abonar el precio de traspaso, sino también tener suficiente dinero como para incluir el salario del jugador dentro de un límite predeterminado⁵⁸.

Pero el problema radica en otro punto, dado que con esta medida, además de la posible restricción en materia de competencia entre clubes que se estaría generando, se puede perjudicar al trabajador, esto es, el deportista profesional, puesto que la consecuencia del incumplimiento de este tope salarial implica la imposibilidad de tramitar la licencia federativa de todos aquellos jugadores que superen el salario que pueda permitirse el club con base en la normativa sobre equilibrio financiero⁵⁹. Bien es cierto que, desde otra perspectiva, el jugador podría reclamar una indemnización por el daño causado. Sin embargo, el deportista no tendrá legitimación frente al ente que haya establecido la regulación sobre equilibrio financiero sino que su acción de resarcimiento tendrá que dirigirse frente al club que no pudo tramitar la licencia federativa. En otras palabras, el deportista deberá ejercitar una acción de resolución contractual basada en una falta de ocupación efectiva del artículo 7.4 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, a fin de reclamar la indemnización pactada o, en su defecto, la correspondiente al despido improcedente⁶⁰. Al respecto, el club podría argumentar que él no causó el daño, sino quien aprobó la normativa que finalmente le impide tramitar la licencia. Sin embargo, en aras de la protección de la parte más débil debe interpretarse que en el club concurre imprudencia al no valorar adecuadamente los salarios de la

⁵⁸ Vid. LINDHOLM, J.: *op. cit.*, pág. 201. En similar sentido, aunque en referencia al sistema de *salary cap* de la NBA vid. FORAKER, S. J.: *op. cit.*, pág. 158. Este autor considera que con el establecimiento de topes salariales también se quebranta el derecho de competencia.

⁵⁹ Debe matizarse que el sistema de concesión de licencias federativas es complejo, pues la concesión en sentido estricto no lo otorga la LNFP sino la RFEF. Así, la LNFP tiene competencia para tramitar la inscripción, y de otorgar la correspondiente licencia provisional (o visar previamente la licencia). Sin embargo, no estamos ante la licencia definitiva, cuya concesión corresponde en exclusiva a la LNFP. Ahora bien, resulta claro que si la LNFP decide no tramitar la inscripción de un futbolista en la Liga española porque su salario conlleva superar el límite impuesto al club al que pertenece, no podrá obtener la licencia definitiva por la RFEF. Asimismo, destacar que el sistema de concesión de licencias federativas a nivel español esté en conexión con el sistema de concesión de licencias que tiene establecido la UEFA respecto de las asociaciones de los distintos países europeos integradas en este órgano. Para un análisis detallado de las reglas sobre licencias establecidas por la UEFA, vid. GARCÍA RIVAS, D.: «Normativa sobre Licencias y *Fair Play* Financiero de la UEFA 2010», *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento*, núm. 30, 2010, pág. 73 y ss.

⁶⁰ Cuantía indemnizatoria a favor del deportista profesional que difiere de la de un trabajador laboral común y que viene fijada por el artículo 15.1 del Real Decreto 1006/1985 consistente en «al menos dos mensualidades de sus retribuciones periódicas, más la parte proporcional correspondiente de los complementos de calidad y cantidad de trabajo percibidos durante el último año, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, por año de servicio».

plantilla, atisbando de este modo que sobrepasaba el tope salarial impuesto y, por ende, viéndose imposibilitado para tramitar la licencia federativa del jugador que ha quedado excluido de participar en la competición deportiva oficial para la que fue contratado.

El establecimiento de este límite salarial conllevará en la práctica que las reglas sobre *fair play* financiero sean puestas en tela de juicio no solo por las protestas de los clubes, sino también por parte de los propios futbolistas que se vean perjudicados por esta normativa. En España ya contamos con un precedente conocido al que todavía no se ha dado una respuesta definitiva. Se trata del caso «Pedro León», jugador del Getafe C.F., y cuya licencia federativa fue denegada en su tramitación por la LNFP debido a que su salario excedía del que se le permitía abonar al club de fútbol en virtud de las reglas sobre equilibrio financiero aprobadas. En el procedimiento de medidas cautelares, aunque en primera instancia se dio la razón al jugador, permitiendo provisionalmente su alineación, sin embargo la Audiencia Provincial, en su Auto 41/2015, de 10 de julio, al resolver el recurso de apelación desestimó la medida cautelar sobre la base de que no existía *fumus boni iuris* por parte del jugador. Es decir, estaba avalando las reglas sobre control económico de la LNFP. No obstante, el citado auto aclara que su juicio es provisional por lo que quedaría por ver en el pleito principal si, como alega la defensa del jugador, la normativa de la LNFP encubre un abuso de posición de dominio.

En definitiva, y como muestra la experiencia estadounidense en relación con el llamado *salary cap*⁶¹, la resolución sobre la validez legal del *fair play* financiero vendrá de la mano de la interpretación que los tribunales den a esta normativa frente a las reclamaciones que interpongan tanto jugadores como clubes de fútbol. Por este motivo, y como se puso de manifiesto *ut supra*, es fundamental que exista un pleno consenso entre todos los agentes del fútbol profesional, es decir, no solo clubes y asociaciones deportivas sino también los propios jugadores, de cara al establecimiento de reglas que limiten el salario de los jugadores con el fin de contribuir a un modelo económico sostenible dentro del fútbol profesional. Por tanto, como demuestra HELLER⁶² en relación con la liga de hockey sobre hielo profesional en Estados Unidos (NHL), la aceptación de las reglas sobre limitación de los salarios (y demás sobre control económico) se consiguió creando un sistema donde todos ganaban (en alusión al concepto *win-win*, tan empleado en métodos alternativos de resolución de conflictos como la mediación). Para este autor, ayudaría que el consenso llegara a través de la negociación colectiva. Ahora bien, desde mi punto de vista ello no es lo más importante. Lo realmente fundamental es alcanzar una competición más atractiva para el consumidor, lo cual se traduciría en un incremento de ingresos para todas las partes dedicadas al fútbol profesional. Sin embargo y desafortunadamente, con el modelo actual de *fair play* financiero no se fomenta una competición deportiva más atractiva. Más bien al contrario, ya que se promueve la consolidación del *statu quo* de los grandes clubes existente hasta la fecha, donde

⁶¹ *Vid.*, al efecto, los asuntos Mackey v. NFL, 543 F.2d 606 (8th Cir. 1976); Brown v. Pro Football, Inc., 518 U.S. 231 (1996); Wood v. NBA, 809 F.2d 954 (2d Cir. 1987).

⁶² HELLER, A. W.: «Creating a Win-Win Situation Through Collective Bargaining: The NFL Salary Cap», *Sports Lawyer Journal*, vol. 7, 2000, pág. 375 y ss.

solo despiertan interés en el espectador los encuentros entre los equipos que cuentan con mayores presupuestos, relegando, de esta manera, a los clubes más modestos que no pueden promocionar en la competición deportiva ante su escasez de recursos económicos. En definitiva, si se busca un verdadero *fair play* o juego limpio que no se circunscriba al ámbito financiero, alcanzando a la competición deportiva en sí misma y creando un verdadero equilibrio competitivo, deberíamos fijarnos en el modelo de Estados Unidos donde existen las mismas posibilidades de que un equipo gane la Super Bowl, no siendo simplemente una cuestión de dinero o de qué ciudad es más grande, pues se fomenta que todos los clubes partan de una paridad competitiva temporada tras temporada. Cuestión distinta es que el modelo europeo y español busque que solo existan un pequeño número de equipos que ostenten siempre las más altas posiciones de la tabla clasificatoria. En ese caso, las reglas sobre equilibrio financiero coadyuvarán a este fin en gran medida.

5. CONCLUSIONES

1. Considero que en el ámbito de la UEFA la regulación sobre el *fair play* financiero conlleva un abuso de posición de dominio que iría en contra el artículo 102 del TFUE. La única vía para salvar esta ilegalidad sería aceptar que existe una «excepción deportiva» a través de la que se legitima el propósito de esta asociación futbolística europea, que impone unas reglas sobre la base del principio de proporcionalidad al no existir otro medio menos perjudicial para alcanzar su fin de una competición sin sobreendeudamientos de los clubes y sin impagos a terceros.

2. Desde mi punto de vista, en el terreno español, es decir, la LNFP, las reglas impuestas por este organismo sobre equilibrio financiero entrañan un abuso de posición de dominio que no puede encontrar excepción en el artículo 4.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, pues no existe respaldo legal con base en la legislación deportiva ni en ninguna otra ley. La única excepción sería la relativa a los impagos de los clubes frente a la Administración pues, en virtud de la Ley del Deporte, la LNFP estaría facultada para imponer sanciones deportivas tan graves como el descenso de categoría.

3. Tanto en instancias internacionales de la UEFA como a nivel nacional de la LNFP, puede plantearse si el *fair play* financiero no es en realidad aprobado y desarrollado por estos entes deportivos, sino por los clubes de fútbol que los integran. Ante esta hipótesis podría concluirse que estamos ante un abuso de posición de dominio de carácter colectivo por parte de los clubes más grandes y potentes en términos económicos, en perjuicio de los clubes más modestos que estarían imposibilitados para competir frente a los primeros.

4. A fin de justificar y legitimar el *fair play* financiero, las normas que de este mecanismo se deriven deben implantarse mediante el acuerdo unánime de los clubes de fútbol, no por imposición de los organismos encargados de la gestión de la actividad deportiva.

5. En caso de no establecer unos ratios adecuados de gasto que permitan un riesgo empresarial sostenible, el *fair play* financiero esconderá la ayuda en perpetuar la posición de los clubes con

mayores presupuestos en detrimento de aquellos otros más modestos en términos económicos, los cuales se verán imposibilitados en el progreso en la competición deportiva y condenados a permanecer en la misma posición o, incluso en los peores casos, al descenso de categoría o su desaparición.

6. El establecimiento de límites salariales, además de perjudicar la competitividad de los clubes más modestos, puede conllevar graves perjuicios para los futbolistas que vean que su salario excede del límite fijado para el club que lo ha fichado en virtud de la normativa sobre equilibrio financiero, con el resultado de la imposibilidad de tramitar su licencia federativa y, en consecuencia, participar en la competición deportiva.

7. Igualmente, y en el supuesto de admitir la procedencia de la normativa sobre equilibrio financiero, se debe ser cauto con las sanciones a imponer por su incumplimiento, dado que pueden perjudicar a terceros. Sanciones tan graves como el descenso de categoría provocan daños colaterales a los futbolistas, quienes no tendrán ninguna culpa en el motivo que provocó dicha sanción, principalmente impagos a otros acreedores públicos o privados.

8. La «noción de desviación aceptable» es un mecanismo que teóricamente está previsto para dotar de mayor flexibilidad al control entre ingresos y gastos derivados del *fair play* financiero. Sin embargo, desde mi punto de vista, estaría pensado a fin de beneficiar en mayor medida a los clubes con mayores recursos económicos en perjuicio del resto de clubes más modestos.

Bibliografía

COLOMA, G. [2005]: *Economía de la organización industrial*, Buenos Aires: Temas.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A. [2014]: «La gestión colectiva obligatoria de derechos de propiedad intelectual a la luz de la reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014», *Diario La Ley*, n.º 8.313, 19 de mayo.

FORAKER, S. J. [1985]: «The National Basketball Association Salary Cap: An Antitrust Violation?», *Southern California Law Review*, vol. 59:157.

FRANCK, E. y LANG, M. [2013]: *A Theoretical Analysis of the Influence of Money Incentives on Risk Taking in Football Clubs*, Universidad de Zúrich, Institute for Strategy and Business Economics, research paper, 27 de marzo.

GARCÍA RIVAS, D. [2010]: «Normativa sobre licencias y fair play financiero de la UEFA 2010», *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento*, núm. 30.

GARDINER, S. [2006]: «Sport and competition policy», en VV. AA., *Sports Law*, Londres: Cavendish.

GERADIN, D.; HOFER, P.; LOUIS, F.; PETIT, N. y WALKER, M. [2005]: «The Concept of Dominance», *GCLC Research papers on Article 82 EC*.

HELLER, A. W. [2000]: «Creating a Win-Win Situation Through Collective Bargaining: The NFL Salary Cap», *Sports Lawyer Journal*, vol. 7.

- IBÁÑEZ COLOMO, P. [2012]: «Rules of purely sporting interest an EU competition Law: Why Wouters exception is not necessary», *Competition Law International*, enero.
- KILB, S. [2014]: «Fixing financial play. How to make european's soccer salary cap stick», *The Indonesian Journal of International & Comparative Law*, junio.
- LIEBMAN, J. M. [2009]: «Tip Your "Cap" to the Players: 2007-2008 Off-Season Reveals NHs Salary Cap Benefits on Players», *Sports Lawyer Journal*, vol. 16:81.
- LINDHOLM, J. [2011]: «The Problem With Salary Caps Under European Union Law: The Case Against Financial Fair Play», *Texas Review of Entertainment & Sports Law*, vol. 12.2.
- MADDEN, P. [2012]: «Welfare Economics of "Financial Fair Play"», *Sports League with Benefactor Owners*, Universidad de Manchester, economics discussion paper series, octubre.
- ODRIZOLA, M. e IRISSARRY, B. [2008]: *Derecho español de la competencia*, Barcelona: Bosch.
- PARADELA AREÁN, P. [2009]: «La sujeción de las entidades de gestión colectiva de derechos de autor a las reglas de competencia (A propósito de la Decisión de la Comisión de 16 de julio de 2008, caso CISAC)», *Diario La Ley*, n.º 7.185, 29 de mayo.
- PASCUAL Y VICENTE, J. [2001]: «Abuso de posición dominante en mercados conexos: Doctrina reciente del Tribunal de Defensa de la Competencia», *Anuario de la Competencia*, n.º 1.
- PEETERS, T. y SZYMANSKI, S. [2013]: *Finacial FairPlay in european football*, Universidad de Antwerp, Facultad de Económicas Aplicadas, research paper 2013/021, septiembre.
- PELLISÉ, J. [2002]: *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y 6 LE DC*, Madrid: Civitas.
- PICHER, T. C. [1995]: «Baseball's antitrust exemption repealed: An analysis of the effect on salary cap and salary taxation provisions», *Vermont Law Review*, vol. 20:559.
- SELIGRAT GONZÁLEZ, V. M. [2015]: «Los fondos de inversión en el deporte desde una perspectiva civilista: Un supuesto de ingeniería contractual. Especial referencia al fútbol profesional», *Actualidad Civil*, junio.
- UREÑA SALCEDO, J. A. [2011]: *Régimen público de la gestión colectiva de derechos de autor*, Madrid: Iustel.