

Recibido: 19 septiembre 2018
Aceptado: 12 diciembre 2018

Arbitraje, vol. XI, nº 3, 2018, pp. 703–734

Extensión y límites de la especificidad del deporte: arbitraje deportivo (TAS), normas FIFA sobre TPO y Derecho europeo

Juan José ÁLVAREZ RUBIO *

Sumario: I. Consideraciones preliminares. II. La especificidad del Derecho del deporte: ¿realidad o mito?. 1. Derecho del deporte y UE: interacción y compatibilidad entre ambos bloques normativos. III. Extensión y límites del Arbitraje Deportivo: el TAS y el Derecho suizo. IV. Acuerdos TPO: inversión privada y actividad económica vinculada al fútbol. 1. Funcionamiento práctico de los fondos de inversión a través de Acuerdos TPO: A) Una obligada cuestión previa: la diferenciación entre derechos económicos y derechos federativos; B) *Ratio* última de la prohibición de los TPO por la FIFA. 3. El necesario contraste de la prohibición de los TPO con la normativa europea. V. Consideraciones finales.

Resumen: Extensión y límites de la especificidad del deporte: arbitraje deportivo (TAS), normas FIFA sobre TPO y Derecho europeo

El caso *RFC Seraing v. FIFA* gira en torno a la prohibición del *Third Party Ownership (TPO)*, impuesta por la FIFA en el art. 18ter de su Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores (RETJ). La sentencia de 20 febrero 2018 del Tribunal Federal Suizo (TFS) reabre el debate acerca de la especificidad del Derecho del deporte y la proyección sobre el mismo de los principios y normas del Derecho europeo; en su decisión, el TFS desestima el recurso de anulación presentado por un club de fútbol de tercera división belga contra el laudo dictado por el Tribunal Arbitral de Deportes (TAS) el 9 marzo 2017.

La decisión del TFS considera, por un lado, que el TAS es un verdadero tribunal arbitral y confirma a su vez la validez de la prohibición impuesta por la FIFA a los TPO. El litigio abre de nuevo el debate centrado, por un lado, en el análisis de la compatibilidad de la normativa FIFA con la legislación europea que ampara la libre circulación de personas y capitales así como la protección de la libre competencia y por otro en la interacción entre las decisiones arbitrales del TAS y las de los respectivos tribunales estatales, junto al papel

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad del País Vasco (UPV / EHU).

decisorio final que previsiblemente habrá de jugar el TJUE en esta materia sobre la que todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse.

En paralelo, el RFC Seraing y Doyen Sports Ltd. iniciaron un procedimiento judicial en Bélgica contra la FIFA, la UEFA y la Federación Belga de Fútbol). Procesalmente, el tribunal belga tenía que determinar si podía declararse competente o si la excepción de arbitraje alegada por la FIFA (es decir, que la disputa tenía que dirimirse por arbitraje ante el TAS), era válida.

El 29 agosto 2018, la Corte de Apelación de Bruselas dictó una decisión declarándose competente al considerar que la cláusula de arbitraje contenida en los Estatutos de la FIFA no era válida al ser demasiado genérica. En su argumentación, y haciendo referencia al art. 1681 del Code judiciaire belga y al art. II del Convenio de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (CNY), la Corte de Apelación de Bruselas consideró que la cláusula de arbitraje TAS contenida en los Estatutos de FIFA no cumplía con el requisito de referirse a una relación jurídica determinada ("*rapport de droit détermine*").

Palabras clave: ARBITRAJE DEPORTIVO — ORDEN PÚBLICO Y DERECHO EUROPEO — ESPECIFICIDAD DERECHO DEL DEPORTE — NORMATIVA FIFA.

Abstract: *Extension and Limits of the Specificity of Sport: Sports Arbitration (TAS), FIFA Rules on TPO and European Law*

The case Rfc Seraing v. FIFA revolves around the ban of the Third Party Ownership (TPO), imposed by FIFA in art. 18 ter of its Regulations on the Statute and Transfer of Players (RETJ). The judgment of February 20, 2018 of the Swiss Federal Court (SFC) reopens the debate about the specificity/particularity of sports law and the projection on it of the principles and rules of European Law; in the decision, the SFC dismisses the appeal of annulment filed by a Belgian third division football club against the arbitral award issued by the Court of Arbitration for Sport (CAS) on March 9, 2017.

The decisions of the SFC considers, on the one hand, that the CAS it is a true arbitral tribunal and confirms in turn the validity of the prohibition imposed by FIFA on the TPO. The litigation opens again the debate centered, on the one hand, on the analysis of the compatibility of the FIFA regulations with European legislation that protects the free movement of people and capital as well as the protection of free competition and on the other hand in the interaction between the arbitral decisions of the CAS and those of the respective state courts, together with the final decision-making role that the CJEU will foreseeable have to play in this matter on which it has not yet had the opportunity to rule. Meanwhile, RFC Seraing and Doyen Sports Ltd. initiated legal proceedings in Belgium against FIFA, UEFA and the Belgian Football Federation.

*Procedurally, the Belgian court had to determine whether it could declare itself competent or whether the arbitration exception alleged by FIFA (that is, the dispute had to be settled by arbitration before the CAS) was valid. On August 29, 2018, the Brussels Court of Appeal issued a decision declaring itself competent when considering that the arbitration clause contained in the FIFA Statutes was not valid because it was too generic. In his argument, and making reference to art. 1681 of the Code judiciaire Belgian and to art. II of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958 (CNY), the Brussels Court of Appeal found that the TAS arbitration clause contained in the FIFA Statutes did not meet the requirement to refer to a specific legal relationship ("*rapport de droit détermine*").*

Keywords: SPORTS ARBITRATION — PUBLIC ORDER AND EUROPEAN LAW — SEPECIFICITY OF SPORTS LAW, REGULATION OF FIFA.

I. Consideraciones preliminares

La sentencia de 20 febrero 2018 del Tribunal Federal Suizo (TFS)¹ en materia de *Third-Party Ownerships* (TPO, art. 18ter RSTP, *Regulation on the Status and Transfer of Players*, texto aprobado en 2015 por el Comité Ejecutivo de la FIFA) avala la prohibición impuesta por la FIFA de recurrir a fondos de inversión para la adquisición de derechos económicos de los futbolistas. La decisión judicial suiza rechaza instaurar un concepto de orden público específico para el deporte (en este caso se trataba de un TPO en el marco de los clubes de fútbol). En otra decisión anterior, el propio TFS en sentencia de 13 diciembre 2016² había sostenido que el recurso a fondos de inversión (a través de TPO) no vulneraba en sí mismo ninguna norma suiza de orden público. En este nuevo caso el recurrente había sido sancionado por la FIFA por haber hecho uso de un TPO y lo que buscaba era que dicha sanción (en realidad, y por esa vía de recurso, el art. 18ter RSTP) fuese declarada contraria al orden público suizo³.

En conclusión y según la resolución del TFS, la suscripción de acuerdos de TPO no es, en principio, calificable como práctica contractual contraria al orden público suizo y pueden por tanto someterse a arbitraje disputas relativas a los mismos; afirmado lo cual, y en una decisión de dudosa coherencia interna, considera sin embargo que la prohibición establecida por la FIFA en el art. 18ter RSTP no resulta contraria al propio orden público suizo. ¿Cómo conciliar estos dos pronunciamientos contenidos en una misma decisión judicial, cuando por un lado se sostiene que una determinada práctica contractual (el recurso a fondos de inversión a través de los TPO) no resulta contrario al orden público suizo y por otro se afirma que la imposición de una sanción por haber utilizado tal figura contractual tampoco vulnera el orden público interno suizo?

En su sentencia el TFS desestima el recurso de anulación presentado por un club de la tercera división belga de fútbol contra el laudo dictado por el TAS con fecha 9 marzo 2017⁴, decisión arbitral que validaba parcialmente la resolución adoptada por la FIFA en virtud de la

¹ *Cour de droit civil*, número de sentencia 4A_260/2017, localizable en URN:LEX; ch; tribunal.federal.suisse.

² *Cour de droit civil*, número de sentencia 4A_116/2016, localizable en URN:LEX; ch; tribunal.federal.suisse.

³ Junto a otros fundamentos normativos, el recurrente invocaba una vulneración del art. 27.2º del Cc suizo relativo a los derechos de la personalidad.

⁴ TAS 2016/A/4490.

cual se sancionaba a dicho club por recurrir a un fondo de inversión en contra de la prohibición contenida en el art. 18ter Reglamento de la FIFA sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores (RSTP).

Tal y como más adelante será desarrollado, y en un contexto de auge del recurso a esta figura inversora en el mundo del fútbol⁵, en particular en Latinoamérica y España, la FIFA adoptó en un primer momento la incorporación al RSTP del art. 18 bis en virtud del cual ningún club o tercero podría influir en otro club sobre su independencia o política a la hora de realizar el traspaso de un jugador, y posteriormente incorporó al propio RSTP el art. 18 ter, con arreglo al cual ningún tercero podrá participar en el valor de un futuro traspaso o adquirir derechos con futuros fichajes o su valor. Dicho precepto entró en vigor el 1 mayo 2015⁶.

El 2 julio 2015 la FIFA abrió un expediente y tras conocer el segundo acuerdo TPO suscrito por el club belga le sancionó por violación de los arts. 18 bis y 18 ter del RSTJ con la prohibición de inscripción de los jugadores en cuestión durante cuatro periodos de traspasos y una multa de 150.000 francos suizos. La Comisión de Apelación de la FIFA confirmó dicha sanción.

El club sancionado recurrió en apelación ante el TAS alegando, entre otros argumentos, la directa afeción que tal sanción suponía para el desarrollo de la libre circulación de los trabajadores y la libre circulación y libre prestación de servicios en el seno de la UE, así como la potencial vulneración del art. 8 CEDH y del art. 7 CDFUE.

El club invocó igualmente en su defensa disposiciones de Derecho de la competencia, tanto a nivel europeo como de la propia normativa interna suiza. El TAS desestimó cada uno de estos argumentos⁷ condenándole en costas. El club belga presentó recurso de anulación ante el TFS alegando: (i) que el TAS no es un verdadero tribunal arbitral al

⁵ Una perfecta contextualización del complejo problema planteado *vid.* J.L. Pérez Treviño y E. Cañizares Rivas, "Algunos problemas jurídicos, sociales y económicos de la propiedad de terceros (TPO) en el fútbol", *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 48, 2015, pp.211–229.

⁶ En este caso, un club belga de tercera división había firmado un contrato (*Cooperation Agreement*) con un TPO por el que el club transfería a dicho fondo el 30% de los derechos de tres jugadores a cambio de 300.000 euros, exigibles en tres plazos (con efectos hasta el 1 julio 2018 y posibilidad de prórroga). El 7 julio 2015 las partes habían firmado un segundo acuerdo en el que el TPO adquiría el 25% de los derechos de un jugador portugués a cambio de 50.000 euros.

⁷ El 9 marzo 2018 el TAS dictó sentencia estimando parcialmente el recurso, reduciendo la sanción de 4 a 3 periodos de inscripción de los jugadores sobre la base del principio de proporcionalidad.

no ser independiente e imparcial, (ii) que el comportamiento del presidente del tribunal no había sido correcto durante el arbitraje (lo que en su opinión confirmaba la falta de imparcialidad) y (iii) que la sentencia era contraria al orden público, en los términos previstos en el art. 190.1º.e) Ley federal suiza sobre DIPr (LDIP), de 18 diciembre 1987, norma que establece los motivos de anulación de todo laudo dictado en Suiza, como son todos los del TAS⁸.

En paralelo, el club de fútbol belga sancionado (el RFC Seraing) y la entidad Doyen Sports Ltd (con quien el Club de fútbol concluyó una serie de acuerdos TPO) iniciaron un procedimiento judicial en Bélgica contra la FIFA, la UEFA y la propia Federación nacional belga de fútbol. Procesalmente, el tribunal belga tenía que determinar si podía declararse competente o si la excepción de arbitraje alegada por la FIFA era válida.

El 29 agosto 2018⁹, la Corte de Apelación de Bruselas dictó una decisión, que posteriormente será analizada en detalle, por la se declaraba competente al considerar que la cláusula de arbitraje contenida en los Estatutos de la FIFA no era válida al ser demasiado genérica.

Las cuestiones sustantivas o materiales invocadas por los demandantes pueden resumirse en la alegación de que los arts. 18 bis y 18 ter Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores (en adelante RETJ) de la FIFA vulneran diversos preceptos del Tratado

⁸ En cuanto al primer argumento, el club alegaba que el TAS estaría vinculado con la FIFA y por lo tanto tendría un conflicto de intereses, ya que la mayor parte de sus ingresos provienen de la FIFA. Esta teoría, sin embargo, fue desmontada por el TFS al demostrar que la FIFA no contribuye de manera principal al presupuesto total del TAS; éste obtiene la mayoría de sus ingresos a través de las costas de los arbitrajes. Por otro lado, el TFS recordó que en 2003 en el caso *Lazutina* (ATF 129 III 445), había confirmado que el TAS es un verdadero tribunal arbitral. En lo que se refiere al segundo argumento el club alegaba irregularidades en el comportamiento del presidente del colegio arbitral, quien supuestamente había violado el derecho a ser oído del club. El TFS también desestimó este argumento, precisando que en realidad el club estaba alegando la incorrecta composición del colegio arbitral y no una violación del derecho a ser oído, lo cuales son dos motivos de anulación distintos según el Derecho suizo. Por último, en cuanto al tercer argumento el club alegaba que el laudo era supuestamente contrario al orden público basándose en dos motivos. El primero se fundaba en el caso 4A_116/2016 mencionado anteriormente (en el que el TSF declaró que un acuerdo con un TPO no era contrario al orden público). El TFS desestimó este argumento, al considerar que se trataba de dos casos diferentes principalmente debido a que en el caso 4A_116/2016 los contratos de TPO no estaban bajo el marco regulatorio, *ratione temporis*, del art. 18ter RSTJ. Por otro lado, el club invocaba la desproporcionalidad de la sanción, motivo que el TFS no entró a valorar ya que consideró que el recurrente estaba confundiendo el procedimiento ante el TFS con un recurso ante un tribunal de apelación. En este sentido, el TFS confirmó que en el marco de un recurso de anulación contra un laudo internacional la Alta Corte suiza no interviene como una autoridad de apelación y que por este motivo su margen de revisión es muy limitado.

⁹ Corte de Apelación de Bruselas, 2016/AR/2048, 2018/6348.

de Funcionamiento de la Unión Europea, relativos a la libertad de circulación de capitales (art. 63 TFUE), libre circulación de trabajadores (art. 45 TFUE), y la libertad de prestación de servicios (art. 56 TFUE), por un lado; por otro se considera en su demanda ante los tribunales belgas que la imposición a los clubes por parte de FIFA de la obligación de publicar todos los acuerdos TPO constituye una infracción del art. 8 CEDH, y del art.7 CDFUE, en cuanto a la salvaguarda del derecho a la vida privada y familiar de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Y por último los demandantes instaban a los tribunales belgas a que estimasen la directa vulneración que tal prohibición del recurso a los acuerdos TPO entrañaba respecto a las normas en materia de Derecho de la competencia, contenidas en el propio TFUE y en el Derecho interno suizo.

Desde la óptica procesal civil internacional la decisión de la Corte de Apelación de Bruselas contiene un interesante planteamiento; en efecto, y tras desestimar (por el motivo antes expuesto y que será posteriormente desarrollado) la excepción de arbitraje planteada por la entidades demandadas, debía responder a la declinatoria internacional planteada a título subsidiario por la propia FIFA, la UEFA y la Federación Belga de Fútbol. Éstas sostenían también que, caso de que la Corte de Apelación de Bruselas determinase que el TAS no era competente para conocer del litigio, éste debería remitirse en todo caso al conocimiento de los tribunales suizos de Zúrich, sede de la FIFA, en aplicación de la previsión contenida en art. 2 del Convenio de Lugano, recurriendo así al foro general del domicilio del demandado, en este caso, la FIFA.

A juicio del tribunal belga tal foro es alternativo con otro previsto en el propio Convenio de Lugano, el fijado en su art. 6.1º, conforme al cual, en caso de pluralidad de demandados y siempre que, como concurre en el litigio ahora planteado, las demandas estuvieren vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser incompatibles si los asuntos fueren juzgados separadamente, será factible vincular a todos los demandados al domicilio de uno de ellos, que este caso radica en Bélgica, sede de la Federación Belga de Fútbol¹⁰.

¹⁰ Tras subrayar que las federaciones nacionales participan de la aplicación de las reglas de la FIFA y la UEFA (en este caso concreto, las reglas sobre el TPO, el *Fair Play* Financiero y los procedimientos arbitrales), el tribunal belga considera que la FIFA y la UEFA no pueden cuestionar que la solución elegida por el tribunal pueda permitir impugnar cualquier reglamento de la FIFA o de la UEFA ante las jurisdicciones de cualquier

Al haberse declarado totalmente competente, el Tribunal de Apelación de Bruselas ha fijado una nueva vista para el 4 de octubre, con el fin de “organizar la continuación del procedimiento”. Cabe recordar respecto al fondo que el RFC Seraing solicitó que se declaren ilegales (por vulneración de la legislación europea) los reglamentos que prohíben totalmente los TPO, el reglamento sobre el Fair Play Financiero y los reglamentos disciplinarios de las federaciones (FIFA, etc.) en la medida en que vulneran el art. 6 CEDH y el art. 47 CDFUE, en particular en la medida en que permiten sanciones contra terceros.

II. La especificidad del Derecho del deporte: ¿realidad o mito?

El ámbito del deporte ha venido caracterizado tradicionalmente por el amplio margen de libertad que las normas internas, las de origen internacional y las de fuente europea/comunitaria otorgan a la autonomía de la voluntad y a libre auto organización por parte de los entes federativos y asociaciones privadas respectivas.

Pese a esta suerte de consolidada autotutela normativa y organizativa, la actividad deportiva ha de quedar también sometida a las disposiciones imperativas del ordenamiento jurídico que resulte de aplicación a su práctica, lo cual desde la óptica de la proyección de los principios y normas europeas sobre tal dimensión deportiva se traduce en la indiscutible (pero sin embargo muy debatida) vigencia también para el ámbito del deporte de dos principios esenciales: la primacía del Derecho europeo–comunitario respecto a los ordenamientos internos y la plena operatividad de su “efecto directo”, o lo que es lo mismo, la posibilidad de que tales principios y normas puedan ser invocados directamente por los particulares¹¹.

Ya en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre “La Comunidad Europea y el deporte”, de 31 julio 1991¹² se manifestaba la importancia de la presencia del deporte para promover las actividades comunitarias en materia de salud, medio

país, dirigiendo también la acción contra la federación nacional en cuestión, dado que entorpecería las expectativas legítimas de la FIFA y de la UEFA de ser demandadas ante los órganos jurisdiccionales suizos.

¹¹ Un completo análisis centrado en este enfoque *vid.* el estudio de I. Agirrezkuenaga, “La transformación del Derecho deportivo por influencia de la Unión Europea”, *Revista de Administración Pública*, n° 200, mayo–agosto 2016, pp. 385–408.

¹² SEC (91) 1438, 31 de julio 1991.

ambiente, protección de los consumidores, turismo, transporte y educación¹³.

Sin embargo, ni en el Tratado de Ámsterdam ni en el de Niza se logró la inclusión de un precepto específico referido al deporte; en el primero de ambos Tratados se acordó incorporar la "Declaración relativa a las características específicas del deporte y a su función social en Europa, que deben tenerse en cuenta al aplicar las políticas comunes"¹⁴, texto que sirvió a su vez como precedente a la regulación posteriormente contenida en el vigente Tratado de Lisboa.

En efecto, solo tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa la UE ostenta una competencia específica en materia de deporte. El art. 6 TFUE califica al deporte como un ámbito en el que la UE tiene competencia para apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados, y el art. 165 TFUE dispone que la UE "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". La acción de la UE "se encaminará a desarrollar la dimensión europea del deporte, promoviendo la equidad y la apertura de las competiciones deportivas y la cooperación entre los organismos responsables del deporte, y protegiendo la integridad física y moral de los deportistas, especialmente de los más jóvenes". Todo ello en colaboración "con las organizaciones internacionales competentes en materia de educación y de deporte y, en particular, con el Consejo de Europa".

En desarrollo de esta nueva competencia y junto a la aprobación del Libro Blanco del Deporte¹⁵ y la Comunicación de la Comisión Europea sobre el "Desarrollo de la dimensión europea del deporte"¹⁶, el Conse-

¹³ Con posterioridad, la Comisión, en el documento "Evolución y perspectivas de la acción comunitaria en el deporte", de 29 septiembre 1998 subrayó que el desarrollo del deporte tanto a nivel profesional como de aficionados concernía cada vez más a las distintas políticas Comunitarias. Tras el Consejo Europeo de Helsinki de diciembre 1999, el Informe Helsinki sobre el Deporte estableció que la Comisión pretende con este informe encontrar soluciones a los problemas de conciliación entre la vertiente económica de la actividad deportiva y el resto de dimensiones extraeconómicas: la educativa, la social y la cultural, entre otras.

¹⁴ Tal Declaración de 29 adjunta al Tratado de Ámsterdam previó que "La Conferencia pone de relieve la importancia social del deporte y, en particular, su función a la hora de forjar una identidad y de unir a las personas. Por consiguiente, la Conferencia insta a los Organismos de la Unión Europea a escuchar a las Asociaciones deportivas cuando estén tratándose cuestiones importantes que afecten al deporte. A este respecto, debería prestarse una atención especial a las características del deporte de aficionados".

¹⁵ SEC (2007), 935 Final, 11 julio 2007.

¹⁶ COM (2011) 12 final, 18 enero 2011.

jo de la UE aprobó un Plan de trabajo para el deporte (2014–2017)¹⁷ centrado en apoyar, coordinar y complementar la acción de los Estados, teniendo en cuenta la naturaleza específica del deporte, en particular en la lucha contra el dopaje y contra el amaño de los partidos, la protección de los menores, la financiación sostenible del deporte, el empleo y la formación.

1. Derecho del Deporte y UE: interacción y compatibilidad entre ambos bloques normativos

A lo largo de años la labor conjunta del Tribunal de Justicia y de la Comisión Europea ha ido perfilando el significado, extensión y límites de ese concepto jurídico indeterminado conocido como “especificidad del deporte”. Resulta una obviedad afirmar que el deporte se ha convertido en una industria de considerable relevancia económica y social.

Por ello, y a pesar de su especificidad o singularidad como actividad, ya desde los años 70 el TJCE reclamó la aplicación de las normas del Tratado CE al deporte sobre la base de su calificación como una actividad económica en el sentido del entonces vigente art. 2 del Tratado CE. La cristalización de esta doctrina ha sido relativamente abundante en lo referente a la aplicación y proyección sobre el deporte profesional de las normas del Tratado CE relativas a las cuatro libertades fundamentales. Así, por ejemplo, el Tribunal ha anulado una normativa por la que se limitaba el número de jugadores profesionales nacionales de otros Estados miembros que los clubes podían alinear en los equipos, o disposiciones por las que se fijaban plazos de transferencia diferentes para jugadores procedentes de otros Estados miembros, siempre que no estuvieran objetivamente justificadas.

Por el contrario, ha considerado como normas puramente deportivas fuera del alcance de las normas del Tratado aquéllas que tienen por efecto limitar el número de participantes en un torneo en la medida en que dicha limitación fuera inherente al desarrollo de una competición internacional de alto nivel o aquéllas otras por las que se excluya la participación de jugadores extranjeros de encuentros entre equipos nacionales de diferentes países, ya que tales medidas se justifican en motivos no económicos relativos al carácter y al marco específico de dichos encuentros.

Aplicado lo anterior a las normas del Tratado CE relativas al derecho de la competencia, y en la medida en que el deporte constituye

¹⁷ DOC 16–06–2014, C183/12.

una actividad económica y que las entidades asociativas y federaciones a través de las cuales se organiza y estructura constituyen en realidad empresas o asociaciones de empresas que desarrollan una actividad económica en el mercado, sus actuaciones deberán quedar sometidas también a dichas normas.

¿Cuáles son las transformaciones más relevantes introducidas en el ordenamiento jurídico deportivo como consecuencia de la aplicación del Derecho de la UE en ámbitos como la libre circulación de deportistas profesionales, de capitales y de servicios, o en el del control de las ayudas de Estado o en el de la aplicación de las normas sobre Derecho de la competencia?; ¿en qué ámbitos se ha apreciado una especial incidencia o proyección sobre el deporte de los principios y libertades previstos en el Derecho europeo?

El Derecho y principios europeos han proyectado de forma directa su operatividad sobre todos aquellos sectores con relevancia económica. La modulación o relativización del alcance de la especificidad del deporte en su contraste con las normas y principios de la UE se aprecia, entre otras, en el ámbito de las reglas de juego, en el de la autonomía y diversidad de las organizaciones deportivas, en su estructura piramidal y en la organización del deporte sobre una base nacional o la función de las respectivas federaciones en cada deporte. Ninguno de estos ámbitos ha sido entendido como marcos normativos de excepción a la aplicación del Derecho de la UE en su proyección sobre el deporte.

Sentada tal base, resulta sin duda indubitada y clara la aplicabilidad de las normas europeas de competencia a aquellas actividades que, aunque relacionadas con el deporte, tengan un carácter marcadamente económico. Al mismo tiempo, la calificación de una norma o actividad como meramente deportiva no basta para que ésta quede excluida del ámbito de aplicación de las normas de competencia de manera que, en el caso de que sea susceptible de dar lugar a una restricción a la competencia, ésta deberá ser analizada en el contexto en el que se adopte, atendiendo a los objetivos que persigue y a su proporcionalidad para alcanzarlos¹⁸.

Para apreciar en qué medida su inclusión como actividad sujeta al Tratado deviene de su importancia social cabe citar las sentencias dictadas en los asuntos *Christelle Deliège contra Ligue francophone*

¹⁸ Ya en la STJ 12 diciembre 1974, asunto C-36/74: *Walrave y Koch v Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie et Federación Española de Ciclismo* se estableció que el deporte está sometido a la legislación de la UE en la medida en que constituye una actividad económica.

*de judo et disciplines associées ASBL*¹⁹ y la célebre *Union royale belge des sociétés de football association ASBL y otros contra Marc Bosman y otros*²⁰.

La línea jurisprudencial seguida por el TJUE se condensa al afirmar que el hecho de que una norma tenga un carácter puramente deportivo no implica o excluye *per se* la inaplicación del Tratado a aquellos deportistas que se vieran afectados por dicha norma y cuya prestación de servicios tuviere un contenido económico²¹.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia introdujo a partir del caso *Walrave & Koch* la base objetiva para que una actividad deportiva quedara sujeta a la normativa comunitaria y posteriormente ha desarrollado las bases subjetivas para determinar la aplicación o no del Derecho europeo-comunitario a las normativas privadas de los distintos agentes del mundo del deporte.

En primer lugar se ha determinado por la jurisprudencia qué tipo de normas son susceptibles de verse afectadas por el Tratado en función de la naturaleza del órgano del que emanan. De nuevo es el ya citado caso *Walrave & Koch* el que nos da la piedra de toque para conocer qué tipo de normas, decisiones o reglamentaciones son susceptibles de control por el Derecho europeo-comunitario. En dicha sentencia se alude (aps. 17 y 18) a que sus principios y normas no se aplican sólo a las actuaciones de la autoridades públicas sino también

¹⁹ "Procede recordar que, habida cuenta de los objetivos de la Comunidad, la práctica del deporte sólo está regulada por el Derecho comunitario en la medida en que constituye una actividad económica en el sentido del art. 2 del Tratado CE (actualmente art. 2 CE, tras su modificación) (*vid.* SSTJ 12 diciembre 1974, *Walrave y Koch*, 36/74, Rec. p. 1405, ap. 4, y 15 diciembre 1995, *Bosman*, C-415/93, Rec. p. I-4921, ap. 73). Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha reconocido que la actividad deportiva reviste una considerable importancia social en la Comunidad (*vid.* sentencia *Bosman*, ap. 106)".

²⁰ "Habida cuenta de la considerable importancia social que revisten dentro de la Comunidad la actividad deportiva y, más especialmente, el fútbol, ha de reconocerse que los objetivos consistentes en garantizar el mantenimiento de un equilibrio entre los clubes, preservando cierta igualdad de oportunidades y la incertidumbre de los resultados, así como en alentar la selección y la formación de los nuevos jugadores son legítimos".

²¹ Así, en el asunto *David Meca Medina y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas* (TJCE 2006\216) y *Donà* se señala que: "por lo que se refiere a la dificultad de escindir los aspectos económicos y los aspectos deportivos de una actividad deportiva, el Tribunal de Justicia reconoció, en los aps. 14 y 15 de la sentencia *Donà* que las disposiciones comunitarias en materia de libre circulación de personas y de libre prestación de servicios no se oponen a reglamentaciones o prácticas justificadas por motivos no económicos, relativos al carácter y al marco específicos de determinados encuentros deportivos". El Tribunal de Justicia insistió, sin embargo, en que esta restricción del ámbito de aplicación de las disposiciones de que se trata debe limitarse a su propio objeto.

a la regulaciones de cualquier otra naturaleza que regulen prestaciones de servicios o relaciones de trabajo.

La razón de dicha extensión de la aplicación del Tratado a decisiones o regulaciones de organismos privados se entiende por el Tribunal sobre la base de que su no aplicación comprometería la abolición de obstáculos a la libre circulación, a la libre prestación de servicios y/o a la libertad de establecimiento del entonces vigente art. 3 del Tratado de Roma, pues de otro modo dichas barreras serían fácilmente construibles desde el ámbito privado²².

Particularmente interesante en este sentido es la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas en el caso *Laurent Piau contra Comisión de las Comunidades Europeas y FIFA*²³ por tratarse de un supuesto en el que se analizó de nuevo, y tras el impacto de la sentencia *Bosman*, las normas FIFA, en este caso las relativas a los agentes de jugadores²⁴. En esta sentencia se profundiza en el criterio establecido de que las normativas privadas deportivas son susceptibles de control y eventual anulación desde la dimensión del Derecho europeo-comunitario, en especial en relación a las normas sobre competencia y sobre abuso de posición dominante: en primer lugar, se declara la extensión y proyección de la aplicación del Tratado a decisiones, acuerdos o prácticas de empresas o de asociaciones de empresas²⁵. Y en segundo lugar, se califica a la FIFA y al resto de asociaciones nacionales o internacionales deportivas como empresas a la luz del Tratado²⁶.

²² STJ 12 diciembre 1974, *Walrave y Koch*. – *B.N.O Walrave and L.J.N Koch v Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie et Federación Española de Ciclismo*—asunto 36–74, ap. 17.

²³ STG 26 enero 2005, T–193/02.

²⁴ El caso versa sobre la reclamación del agente de futbolistas francés Laurent Piau, quien demandó a la Comisión Europea y a la FIFA frente una decisión de ésta última por la que se rechazó la denuncia presentada por el agente en relación a la anulación del Reglamento de agentes de futbolistas de la propia FIFA por contravenir el Derecho comunitario.

²⁵ La Sentencia señala que “El Derecho comunitario sólo es aplicable en la medida en que los actos o comportamientos examinados y sus autores entran dentro del ámbito de esta disposición. En el marco del presente recurso, la Comisión ha indicado que, según ella, la FIFA constituye una asociación de empresas y el Reglamento controvertido una decisión de empresas, confirmando así el análisis efectuado en el pliego de cargos, que el Sr. Piau comparte, pero que la FIFA discute”.

²⁶ Expresamente señala que “Por lo que respecta, en primer lugar, al concepto de asociación de empresas, y sin que sea necesario pronunciarse sobre la admisibilidad de la argumentación de una parte coadyuvante que va en contra de lo que sostiene la parte en cuyo favor interviene, está acreditado que la FIFA tiene por miembros a asociaciones nacionales que agrupan a clubes para los que la práctica del fútbol constituye una actividad económica. Estos clubes de fútbol son, por consiguiente, empresas en el sentido del

III. Extensión y límites del arbitraje deportivo: el TAS y el Derecho Suizo

Las Federaciones deportivas internacionales promueven como pauta general la resolución interna de sus conflictos *ad intra* y *ad extra* y exigen a sus miembros la exclusión “voluntaria” de las respectivas jurisdicciones ordinarias estatales como mecanismo de resolución de conflictos; por ejemplo, los Estatutos de la FIFA establecen en su art.59.2º la prohibición del recurso ante los tribunales ordinarios a menos que se especifique lo contrario en la reglamentación FIFA.

El propio precepto dispone en su apartado tercero que las respectivas Federaciones nacionales tendrán la obligación de incorporar a sus estatutos o su normativa una cláusula que “prohíba ampararse en los tribunales ordinarios”. Por tanto, y bajo una argumentación anclada en la idea autorregulación y de autonomía material de las partes restringen ampliamente la intervención de la justicia ordinaria y promueven encauzar los conflictos exclusivamente por la vía de la justicia arbitral deportiva de naturaleza privada.

En efecto, el sistema piramidal en que se basa el deporte internacional ha permitido crear un verdadero orden jurídico paralelo con reglas propias dictadas por las federaciones internacionales y aplicables a todo quien desee participar en el deporte organizado. Dentro de este sistema de resolución de conflictos altamente autónomo la práctica totalidad de los reglamentos de las federaciones internacionales prevén la sumisión al arbitraje TAS.

Debido a ello el ordenamiento jurídico suizo adquiere especial relevancia y protagonismo en el deporte internacional organizado y en la resolución de disputas internacionales en materia de deporte²⁷. El arbitraje ante el TAS se ha desarrollado sobre la base del Derecho suizo, más concretamente la ley de arbitraje suiza y la aportación de criterios hermenéuticos aportados por la jurisprudencia del Tribunal Federal suizo (TFS). Por ello, conocer las particularidades del ordenamiento jurídico suizo deviene fundamental para poder entender las características y el funcionamiento interno del arbitraje ante el TAS²⁸. En efecto, la centralización de los litigios en una única entidad cuyo

art. 81 CE (RCL 1999, 1205 ter y LCEur 1997, 3695) y las asociaciones nacionales que los reúnen son asociaciones de empresas en el sentido de esta misma disposición”.

²⁷ Sobre el particular, *vid.* A. Rigozzi, “L’importance du droit suisse de l’arbitrage dans la résolution des litiges sportifs internationaux”, *Rev. dr. suisse*, vol. 132, 2013–I, pp. 301–325.

²⁸ En tal sentido, H. Ben Abdallah, “Le TAS et l’ordre juridique sportif”, *Sport et Droit International.Aspects choisis* (F. Latty, J.–M. Marmayou y J.–B. Racine, dirs.), Aix–Marseille, Presses Universitaires d’Aix–Marseille, 2016, pp. 261–289.

Reglamento conduce a la aplicación del Derecho helvético y el hecho de que la gran mayoría de las federaciones internacionales se rijan por él hace que tal ordenamiento jurídico interno suizo goce de una posición de primer plano en la resolución de los conflictos en materia de deporte²⁹.

Desde su creación en 1984 por el Comité Olímpico Internacional el TAS se ha convertido en el órgano arbitral por excelencia para la resolución de conflictos internacionales en materia de deporte. El éxito de su implantación se debe en primer lugar a la gran variedad de litigios que pueden (o en muchos supuestos, deben) ser sometidos a arbitraje ante el TAS: potencialmente quedará adscrito al arbitraje ante el TAS cualquier conflicto relacionado con el deporte, incluyendo litigios comerciales y disputas disciplinarias. Todos los arbitrajes que se resuelven ante el TAS tienen su sede en Lausana (Suiza) conforme a la regla R28 del Código de Procedimiento del TAS. Como consecuencia de esta regla, la ley suiza pasa a convertirse en la ley del lugar del arbitraje o *lex arbitri*.

Su actuación arbitral será factible siempre que la misma quede vinculada o adscrita a materias que el Código refiere como "*questions de principe relatives au sport*", afecten bien a intereses pecuniarios o bien a otro tipo de intereses que resulten relevantes como consecuencia de la práctica o el desarrollo del deporte y, de manera general, a cualquier actividad relacionada con el deporte.

¿Qué cuestiones de ámbito material o sustantivo y procesal quedan regidas por dicha ley interna suiza? su *vis atractiva* es clave respecto a cuestiones troncales del desarrollo procesal y sustantivo o material del pleito arbitral: los requisitos de validez del convenio arbitral, las materias susceptibles de arbitraje (arbitrabilidad de la controversia), las reglas de constitución del tribunal arbitral y el nombramiento de árbitros, la competencia de los árbitros, las reglas de procedimiento (en defecto de acuerdo de las partes), la posibilidad de obtener medidas cautelares, la identificación de los tribunales competentes para auxiliar a los árbitros, la norma de conflicto de leyes que deberá determinar la ley aplicable al fondo o los requisitos del laudo, entre otras relevantes cuestiones.

Dicha *lex arbitri* queda, en el caso suizo, integrada entre otros por los arts.190 a 192 de la ley de arbitraje suiza, incorporada a su vez al

²⁹ Una completa visión acerca del Derecho suizo y su proyección sobre el ámbito del arbitraje deportivo internacional *vid.* el estudio de M. Vedovatti, "Aspectos relevantes de Derecho Suizo para el arbitraje internacional en materia de deporte", *Revista Aranzadi de Derecho del deporte y entretenimiento*, n° 52, julio–septiembre 2016, pp. 3–23.

capítulo 12 LDIP (arts. 176 a 194)³⁰; en ella se contiene el elenco cerrado de los posibles motivos de anulación de los laudos así como la facultad de las partes de renunciar al recurso de anulación.

Los laudos internacionales finales dictados en Suiza sólo pueden ser recurridos ante el Tribunal Federal Suizo (TFS) y por los siguientes motivos tasados: 1) que el árbitro o el tribunal arbitral hubiere sido constituido irregularmente; 2) que el tribunal arbitral se hubiere declarado competente o incompetente; 3) que el tribunal arbitral hubiere resuelto sobre pretensiones que no le habían sido sometidas o ha omitido pronunciarse sobre algunas de las pretensiones que le fueron planteadas; 4) que se hubiere vulnerado el principio de igualdad de partes o el derecho a ser oído en un procedimiento contradictorio; 5) que el laudo arbitral fuese contrario al orden público.

El Derecho suizo establece dos marcos normativos distintos para el arbitraje, uno aplicable al arbitraje interno y otro que proyecta su operatividad sobre el arbitraje internacional. Como antes ha sido indicado, el arbitraje internacional se rige por los arts. 176 a 194 LDIP. Conforme al art. 176.1º LDIP el arbitraje es internacional cuando al momento de concluir el convenio arbitral al menos una de las partes no tenga ni su domicilio ni su residencia habitual en Suiza.

La LDIP (art. 176.2º) prevé un sistema de *opting-out*, es decir, ofrece a las partes la posibilidad de excluir la normativa que normalmente sería de aplicación. La elección tiene que resultar de una declaración expresa en el convenio arbitral o en un acuerdo ulterior y el TFS se ha mostrado muy estricto en las condiciones de validez de una cláusula de *opting-out*.

Conforme al art. 177.1º LDIP en el marco de un arbitraje internacional se puede someter a arbitraje cualquier objeto de naturaleza patrimonial. Es indiferente, por tanto, que la materia sea o no de libre disposición para las partes: lo que importa es que la causa tenga un valor patrimonial para las partes. La ventaja que brinda el art. 177.1º LDIP para el arbitraje deportivo internacional es evidente, ya que en principio se puede someter a arbitraje ante el TAS cualquier tipo de litigio en materia de deporte de naturaleza disciplinaria o mercantil.

De acuerdo con lo previsto en el art. 186 LDIP el Tribunal Arbitral decide sobre su propia competencia. En marzo de 2007 entró en vigor

³⁰ Sobre el particular, y en su proyección al ámbito deportivo, *vid.* C. Müller, "Ad Art. 178 LDIP", *Arbitration in Switzerland. The Practitioner's Guide* (M. Arroyo, ed.), Ginebra, Wolters Kluwer, 2013, p.4.

la nueva redacción del art. 186.1º bis LDIP³¹, conforme al cual el Tribunal Arbitral decide sobre su propia competencia independientemente de que una demanda sobre el mismo objeto y entre las mismas partes esté pendiente ante un juez ordinario, salvo cuando motivos serios justifiquen la suspensión del procedimiento arbitral. Esta modificación es muy importante para el arbitraje ante el TAS ya que impide que las partes adopten estrategias dilatorias u obstructivas al presentar una demanda judicial con el único objetivo de retrasar u obstaculizar el procedimiento arbitral.

¿Qué repercusiones podría llegar a tener el litigio antes citado, el caso *RFC Seraing vs. FIFA* seguido ante la Corte de Apelación de Bruselas?, ¿puede llegar a suponer, como ciertos análisis ya han afirmado, el fin del sistema arbitral del TAS? parece una afirmación prematura, porque la cautela jurídico-técnica derivada del hecho de que el pleito no esté todavía resuelto aconseja prudencia en el análisis. A ello cabe añadir que el alcance y la repercusión del fallo que en su momento se dicte sobre el fondo del litigio podría llegar a dar un giro importante si la Corte de Apelación de Bruselas optase por elevar una cuestión o varias cuestiones prejudiciales ante el TJUE, tal y como ha sugerido la representación procesal de la parte actora, para confrontar así las cuestiones procesales y sustantivas planteadas en el marco del litigio con su adecuación o no a las normas de la UE.

Como ha sido indicado, el 29 agosto 2018 la Corte de Apelación de Bruselas dictó sentencia por la que se declaraba competente al considerar que la cláusula de arbitraje contenida en los Estatutos de la FIFA no era válida al ser demasiado genérica. En su argumentación, y haciendo referencia al art. 1681 del *Code judiciaire* belga y al art. II del Convenio de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (CNY), la Corte de Apelación de Bruselas consideró que la cláusula de arbitraje TAS contenida en los Estatutos de FIFA no cumplía con el requisito de referirse a una relación jurídica determinada ("*rapport de droit déterminé*").

La argumentación jurídica que contiene tal decisión judicial subraya que dicho requisito, concretado en la necesaria determinación o concreción de la relación jurídica susceptible de sometimiento a arbitraje, está fundamentado en la salvaguarda del derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 6 CEDH y en el art. 47 CDFUE³².

³¹ Incorporado mediante Ley Federal de 6 octubre 2006, en vigor desde el 1 marzo 2007 (RO 2007 387 388; FF 2006 4469 4481).

³² Tal y como señala la citada decisión judicial belga, la cláusula contenida en los Estatutos de la FIFA es general y no se refiere a una relación jurídica determinada: ("*14. La*

En su decisión, la Corte belga explica que el compromiso del club de acudir a arbitraje resulta de un mecanismo "piramidal", articulado a modo de cascada, que es típico del deporte internacional, en el que los estatutos del club y de las federaciones inferiores se comprometen a adaptarse cuasi miméticamente a los estatutos de la federación internacional³³. Por tanto, el factor clave o determinante como motivación jurídica trocal y que justifica la sentencia de la Corte de Apelación de Bruselas radica en calificar el tenor de la cláusula de arbitraje incorporada a los estatutos de la FIFA como demasiado general. No hay, por tanto, un reproche judicial relativo a una supuesta falta de consentimiento ni tampoco se formula un juicio general o global en torno al TAS.

La cuestión clave es, por tanto, la de si esta argumentación judicial belga es generalizable a futuro y ante otras jurisdicciones nacionales; cabe afirmar que, salvo que sobre el particular llegara a haber un pronunciamiento del TJUE a raíz de una hipotética cuestión prejudicial que el tribunal belga elevara al mismo, en cuyo caso tal orientación adquiriría el rango de doctrina jurisprudencial vinculante para todos los tribunales nacionales de Estados pertenecientes a la UE, la decisión ahora dictada circunscribe sus efectos exclusivamente al ámbito territorial y jurisdiccional belga.

Tal y como antes se ha indicado, todo arbitraje ante el TAS queda regido siempre y sin excepción alguna por la ley de arbitraje suiza (Lausana es la sede de todo arbitraje sometido al TAS); por tanto, la validez de una cláusula arbitral se analiza siempre conforme al Derecho suizo (art. 178 LDIP, en particular su párrafo dos que trata de la validez material de la cláusula de arbitraje)³⁴.

clause d'arbitrage résultant de la combinaison de différentes dispositions statutaires des parties et en vertu de laquelle les parties ont en principe accepté que le litige soit de la compétence du TAS (cfr para 31 de l'arrêt interlocutoire, en particulier les arts. 66 et 50 des statuts de la FIFA) est générale, et ne comporte aucune référence à un rapport de droit déterminé).

³³ A juicio del tribunal belga, en este supuesto no hay una sumisión a un litigio específico ("14. [...] Ainsi, la soumission à l'arbitrage est prévue de manière générale à tout litige entre certaines parties, incluant la FIFA, l'UEFA, l'URBSFA et les clubs de football (donc le RFC Seraing) mais sans aucune précision ou indication quant au rapport de droit concerné. L'arbitrage du TAS est ainsi prévu comme mode de règlement pour tout litige entre ces parties, avec une portée générale, sous réserves de dispositions différentes concernant des litiges de type particulier").

³⁴ En lo que se refiere a las cláusulas arbitrales incorporadas por referencia (técnica importada desde el derecho internacional privado) a los respectivos estatutos de las federaciones internacionales, el TFS ya ha confirmado que dichas cláusulas son válidas, justamente un caso que involucraba a la FIFA (decisión del TF 4A_548/2009 de 20 enero 2010).

Más allá de cómo finalice el proceso abierto ante los tribunales belgas, y con la razonable expectativa de que el TJUE sea interpelado a través del planteamiento de una o varias cuestiones prejudiciales por parte del tribunal belga, sí cabe prever una reacción por parte del TAS en el sentido, tal vez, de reformular el actual tenor de las cláusulas arbitrales recogidas en los estatutos de tales entidades y federaciones nacionales, como medio para tratar de aportar mayor seguridad jurídica al alcance y validez de las mismas.

IV. Acuerdos TPO: inversión privada y actividad económica vinculada al fútbol

1. Funcionamiento práctico de los fondos de inversión a través de Acuerdos TPO

Las exigencias de sostenibilidad de un desorbitado negocio como el que representa el fútbol a nivel europeo y mundial ha ido generando la sucesión de toda una serie de prácticas mercantiles orientadas a la búsqueda de financiación. En este contexto los clubes (a cuyo favor quedan adscritos los derechos federativos de los futbolistas) han encontrado en terceros inversores una vía para rentabilizar la "cosificación" del futbolista (en el sentido de que se le califica como un "activo patrimonial" en el mundo del fútbol y aporta así un modelo adicional de negocio alternativo a las tradicionales fuentes de financiación); se abre así una nueva vía, un novedoso medio a través del cual lograr por un lado financiación dentro de un mercado desatado como es actualmente el del fútbol y por otro un mecanismo de obtención de beneficios futuros para poder sostener la estructura deportiva y societaria de cada club³⁵.

¿Cómo articular tal relación financiera y mercantil? mediante la formalización de un acuerdo de carácter privado a través del cual terceros inversores, agrupados normalmente en torno a un fondo, adquieren un porcentaje sobre los derechos económicos (que a su vez derivan de los derechos federativos, como posteriormente será expuesto) de un determinado o determinados futbolistas.

Tal acuerdo posibilita la materialización de una toma de participación en los beneficios económicos que pudieran derivarse de una futura operación de transferencia temporal o definitiva de los derechos federativos del citado futbolista. Así articulada la relación mercantil,

³⁵ En tal sentido *vid.* J. Valdés Escalona, "Los TPO en el fútbol: derechos económicos y fondos de inversión", *Revista Española de Derecho Deportivo*, n.º 38, 2016, p. 71.

queda claro que esas terceras personas físicas o jurídicas (entidad financiera privada o fondos de inversión) en ningún caso adquiere titularidad alguna sobre los derechos federativos de tal jugador. Éstos siguen correspondiendo exclusivamente al club en el que milita el futbolista; únicamente devienen titulares de parte de esos derechos económicos que a su vez emergen o se activan solo cuando se produzca una transferencia de los denominados derechos federativos, lo que coloquialmente se conoce como un traspaso futbolístico, es decir, la salida a otro club del futbolista o futbolistas en cuestión³⁶.

¿Cómo aportar dosis de seguridad al inversor en un contexto mercantil vinculado a factores tan aleatorios como el rendimiento deportivo del futbolista en cuestión o la ausencia, por ejemplo, de lesiones que eventualmente frenen su progresión e imposibiliten su posible traspaso? los acuerdos TPO representan una importante oportunidad de negocio para esos inversores externos y ese grado de riesgo se atenúa mediante la inclusión de cláusulas garantizándose un retorno mínimo de la cantidad invertida o el abono de intereses incluso en el supuesto de que el futbolista cuyos derechos económicos fueron adquiridos por un tercero no fuese transferido en un futuro³⁷.

Un TPO puede por tanto definirse de forma sintética como el acuerdo a través del cual se transfiere por parte de un club de fútbol (titular de los derechos federativos, los que le posibilitan al futbolista competir) la propiedad total o parcial a favor de terceros de los dere-

³⁶ La compleja casuística de las operaciones TPO puede subsumirse en alguna de estas tres modalidades: en primer lugar los TPO de financiación o *Financing TPO* cuyo objetivo es la participación del fondo de inversión en el club de fútbol para financiar obligaciones económicas corrientes, ordinarias y regulares. A cambio de ello el fondo de inversión percibe un porcentaje de los derechos económicos de uno o varios jugadores. En definitiva, esta operación se realiza cuando hay una necesidad inmediata de liquidez. En segundo lugar cabe aludir a los TPO de inversión o *Investment TPO*, en los cuales la inversión del fondo tiene por objeto que el club pueda fichar a un jugador determinado y a cambio el fondo se reserva un porcentaje de los derechos económicos del citado jugador. Se suele dar este tipo de operación bien porque el club no tiene dinero suficiente para acometer el fichaje o bien porque teniéndolo prefiere compartir el riesgo del fichaje con un tercero. Y una tercera modalidad se concreta en los TPO de formación o *Recruitment TPO*, donde el fondo de inversión abona una determinada cantidad de dinero al jugador, a su familia o a su entorno más cercano o a una institución deportiva formadora con el único fin de costear la formación académica y deportiva del jugador o jugadores. Como contraprestación, y al igual que en los casos anteriores, el fondo recibe un porcentaje sobre los derechos económicos que se materializarán en caso de traspasos futuros.

³⁷ Todo ello con los matices derivados de la diferenciación jurídica existente entre las diversas modalidades de tales fondos, que pueden resumirse en su modalidad de inversión (*third party investment*) y de cotitularidad (*third party ownership*) sobre esos derechos federativos de contenido económico.

chos económicos de un determinado jugador de fútbol profesional³⁸. Dicha propiedad puede ser entendida como una forma de inversión alternativa realizada habitualmente por fondos de inversión, entidades privadas, agencias deportivas, agentes de jugadores o incluso inversores particulares privados.

La contraprestación sinalagmática a la inversión realizada por parte de estos terceros se traduce en la adquisición de un determinado porcentaje en la participación de los derechos económicos de uno o varios jugadores, según haya sido acordada su inversión en el correspondiente acuerdo TPO, obteniendo con ello el derecho a percibir una determinada cantidad, según el porcentaje adquirido, sobre el precio de transferencia que sea negociado en el futuro traspaso de dicho jugador o jugadores.

No hay por tanto fraccionamiento de los derechos federativos del futbolista (que provienen a su vez de la relación contractual laboral que vincula al club con el futbolista de que se trate, vínculo contractual bilateral entre jugador y club que queda registrado por el club ante la respectiva federación para el ejercicio por parte de éste de su actividad profesional); éstos siguen en manos del respectivo club de fútbol y lo que se establece es en definitiva un condominio, una propiedad fraccionada sobre el porcentaje total de los derechos económicos de un jugador determinado que sea objeto del acuerdo suscrito con el tercero y consecuentemente el club no tendrá derecho al 100% de los beneficios que pudieran llegar a obtenerse con la futura transferencia de dicho jugador o jugadores.

A) Una obligada cuestión previa: la diferenciación entre derechos económicos y derechos federativos

Los derechos federativos de los jugadores de fútbol profesional son aquéllos que vinculan directamente al jugador con el club con el cual éste suscribe y formaliza su preceptivo contrato de trabajo, quedando este último posteriormente registrado en la asociación o federación nacional de fútbol que en su caso corresponda. Son estos derechos federativos los que facultan al jugador a participar en representación de su club o entidad deportiva en todas las competiciones de carácter oficial.

Con frecuencia estos derechos federativos son también conocidos como "derechos de transferencia" o "derecho de pase". Las únicas

³⁸ Así lo expresa M. García Caba, "El fútbol profesional ante los fondos de inversión. Hacia una necesaria regulación", *Revista Jurídica del Deporte*, n° 40, 2013, p. 324.

partes en el contrato de trabajo del que traen causa los mismos son el club y el jugador. Por ello, tan sólo los clubes pueden ser los titulares de los derechos federativos de los jugadores de fútbol. Y estos derechos no pueden ser objeto de división ni fraccionamiento alguno con la finalidad de ser participados por parte de terceros ya que es un derecho que nace precisamente de la relación laboral club–jugador.

Por tanto, y respecto a estos derechos federativos cabe concluir que sólo los clubes de fútbol pueden ostentar la propiedad sobre los mismos y que un jugador debe necesariamente estar registrado bajo determinada federación o asociación nacional de fútbol con el fin de poder ejercer su actividad profesional por y para un club de fútbol, según lo establecido en el párrafo 1º del art. 5 Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de FIFA.

Derivados de estos derechos federativos pero con una caracterización subjetiva y obligacional muy diferente surge la vertiente conocida como “derechos económicos de los futbolistas”. Estos derechos económicos pueden definirse como cualquier tipo de derecho de carácter financiero o económico derivado de la negociación o transferencia de los derechos federativos de un jugador. En la práctica los derechos económicos del jugador conllevan la facultad por parte del club de recibir una determinada cantidad económica derivada de la pérdida de la titularidad de los derechos federativos de un determinado jugador hecha efectiva a partir del pago al club de una compensación económica en contraprestación por la terminación anticipada del contrato de trabajo o la transferencia temporal (cesión) o definitiva de un jugador a otro club.

¿Quiénes son los titulares de tales derechos? en principio los propios clubes de fútbol, ya que esos derechos económicos provienen de los derechos federativos; ¿Cuál es la gran diferencia entre ambos? que los derechos económicos sí pueden ser objeto de división para su consiguiente adquisición por parte de un tercero distinto al club, siendo en este caso posible la cotitularidad y copropiedad de los mismos en los porcentajes que las partes acuerden.

La calificación jurídica de esa relación que se establece entre el club y el tercero que desea invertir en los referidos derechos económicos del jugador es de índole exclusivamente económica, no federativa, y está representada de forma separada en un contrato privado de naturaleza mercantil entre dichas partes. No hay impedimento legal alguno para que esos terceros ajenos a la relación laboral entre un club y un jugador puedan participar en la titularidad y propiedad de parte de los derechos económicos del jugador a partir de la firma

de un contrato privado de financiación o inversión, configurado en todo caso como una relación contractual de carácter mercantil y no laboral.

B) *Ratio* última de la prohibición de los TPO por la FIFA

¿Existe base normativa de fuente estatal, convencional o europea que permita fundamentar jurídicamente la prohibición sobrevenida del uso de los TPO adoptada por la FIFA?; ¿puede una simple Circular acordada por los organismos internos de la FIFA adquirir rango de norma de *ius cogens* aplicable de forma imperativa a los contratos suscritos entre clubes de fútbol y terceros inversores prohibiendo tal práctica contractual?; ¿es posible restringir a través de esta prohibición la libertad o la autonomía contractual de las partes, repercutiendo de forma negativa todo ello en la propia movilidad deportiva del futbolista?.

La respuesta jurídica a estas cuestiones ha de ser negativa. No cabe imponer tal restricción material absoluta e incondicionada a la libre materialización de la autonomía de la voluntad de las partes. Tal práctica comercial ni pervierte ni desvirtúa por sí misma la competición deportiva ni incumple normativa estatal, internacional o europea alguna; cabe recordar de nuevo que la titularidad de los derechos federativos la ostenta el club o asociación deportiva, que el derecho económico existe y deriva del derecho federativo, que se trata de su faceta patrimonial, que está supeditado a la previa existencia del mismo y que no hay impedimento legal alguno de naturaleza imperativa que lo restrinja o limite; por tanto es posible realizar negocios jurídicos sobre el contenido patrimonial del derecho federativo y no procede calificar dicho derecho como *res extra commercium*.

Con anterioridad a la prohibición de su práctica adoptada por la FIFA, el propio TAS había reconocido en varias decisiones arbitrales la conformidad de este tipo de acuerdos TPO con lo estipulado en el art. 18 bis Reglamento FIFA sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores, en la medida en que mediase el oportuno consentimiento del jugador y existiera un contrato de trabajo entre el jugador y el club³⁹.

³⁹ La primera decisión del TAS relativa a la práctica de TPO fue el conocido procedimiento *TAS 2004/A/635 RCD Espanyol de Barcelona SAD v. Club Atlético Vélez Sarsfield*, en virtud del cual estableció que "en opinión del Panel, en el fútbol profesional debe realizarse una distinción entre el registro de un jugador y los derechos económicos relativos a tal jugador [...]. Un club que tiene un contrato de trabajo con un jugador puede asignar, con el consentimiento del jugador, los derechos surgidos de tal contrato a otro

El TAS realizaba una clara distinción entre la existencia de los derechos de registro (comúnmente denominados derechos federativos) y el contenido financiero de dichos derechos, habitualmente conocidos como derechos económicos. Y reconoció la existencia y validez de los acuerdos de TPO en la medida que éstos cumplieran con los requisitos antes citados (consentimiento del jugador y existencia de un contrato de trabajo válido), admitiendo que los acuerdos de TPO debían ser considerados como operaciones de naturaleza mercantil y financiera⁴⁰.

La posterior prohibición del recurso a este instrumento contractual a nivel internacional por parte de FIFA a través de su circular n° 1464 debe ser analizada desde una perspectiva estrictamente jurídica⁴¹; es conocido que a nivel internacional la FIFA preveía en su Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores (art. 18 bis) que quedaba prohibido para cualquier tercera parte (entre otros, para los fondos de inversión o entidades privadas) el ejercicio de cualquier tipo de “influencia” sobre la actividad de los clubes en asuntos laborales y en materia de transferencias relacionadas con la independencia, la política o la actuación de los equipos del club.

De hecho, y siguiendo esta conocida interpretación realizada por la FIFA en esta materia, en la mayor parte de los países europeos (a excepción de Polonia, Francia y Reino Unido) la práctica de TPO no había venido prohibiéndose por las respectivas asociaciones nacionales y se había implementado sin impedimento legal alguno. A nivel europeo el máximo organismo representativo del fútbol, la UEFA, mostró su oposición al hecho de que terceros pudieran ostentar la

club a cambio de una determinada suma de dinero u otra consideración, y estos derechos del contrato son los denominados derechos económicos de un jugador”.

En idénticos términos se pronunció en el caso *TAS 2004/A/662/ RCD Mallorca v. Club Atlético Lanús*, en el que señaló que “un club que tiene un contrato de trabajo con un jugador puede asignar, con el consentimiento del jugador, los derechos contractuales a otros clubes a cambio de una determinada suma de dinero u otra consideración, y estos derechos contractuales son los denominados derechos económicos del jugador [...] los derechos económicos, tratándose de derechos contractuales ordinarios, pueden ser parcialmente asignados y, por lo tanto, distribuidos entre diferentes propietarios [...]. Esta operación mercantil es posible legalmente solo en relación con aquellos jugadores que se encuentran con contrato en vigor”.

⁴⁰ Sobre el particular, *vid.*, M. Nadal Charco, “La legalidad e idoneidad de la prohibición de los TPO según TAS (TAS 2016/A/4490 RFC Seraing c. FIFA)”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, n° 57, 2017, pp. 417–431.

⁴¹ Sobre el particular, *vid.* J.–M. Marmayou, “Lex sportiva et investissements: interdiction du Third party player ownership”, *Sport et Droit international. Aspects choisis* (F. Latty, J.–M. Marmayou y J.–B. Racine, dirs.), Aix–Marseille, Presses Universitaires d’Aix–Marseille, 2016, pp. 69–147.

propiedad u otro tipo de derechos sobre los derechos económicos de futbolistas desde el momento en que comenzó a proliferar esta práctica, posicionándose como la organización que más ha venido impulsando la necesidad de prohibir la práctica de los TPO a nivel internacional.

Así, la UEFA realizó un ajuste en los parámetros y requisitos establecidos en su Reglamento de Juego Limpio Financiero (comúnmente denominadas *Financial Fair Play Regulations*) ante el creciente impacto del fenómeno de los TPO. Este ajuste no implicaba, en principio, una prohibición de dicha práctica pero sí la búsqueda de una mayor transparencia, tratando de asegurar que el recurso a los TPO no fuese utilizado para eludir los parámetros del juego limpio financiero⁴². Nada que objetar, al contrario, a esta propuesta de mayor control y transparencia, sin duda, pero de ahí a una prohibición absoluta e incondicional, adoptada sin cobertura normativa jurídica alguna, hay un salto en el vacío tan injustificado como desproporcionado.

Posteriormente el máximo organismo del fútbol a nivel internacional, la FIFA, remitió a todas sus asociaciones adheridas una Circular–Comunicación (nº 1464) de 22 diciembre 2014, relativa a la modificación de algunos aspectos de su Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores y, en particular, en lo relativo al modo de regular la prohibición de la propiedad de los derechos económicos de jugadores por parte de terceros (TPO), y se informó a todos los miembros de FIFA que el Comité Ejecutivo del citado organismo había aprobado nuevas disposiciones sobre la materia de TPO quedando incluidos en el Reglamento FIFA sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores un nuevo art. 18 ter (en vigor desde el 1 mayo 2015) que prohíbe a clubes y jugadores firmar un contrato con un tercero que conceda a éste el derecho de participar del valor de un traspaso del jugador o que le otorgue derechos relacionados con futuros fichajes o con el valor de estos fichajes⁴³ y una segunda modificación sobrevenida en la redacción del preexistente art. 18 bis⁴⁴.

⁴² En tal sentido, G. Rabu, “Lex sportiva et investissements: le Fair–play financier”, *Sport et Droit international. Aspects choisis* (F. Latty, J.–M. Marmayou y J.–B. Racine, dirs.), Aix–Marseille, Presses Universitaires d’Aix–Marseille, 2016, pp. 147–213.

⁴³ Conforme al tenor literal del art. 18 ter, relativo a la *Propiedad de los derechos económicos de jugadores por parte de terceros*.

“1. Ningún club o jugador podrá firmar un contrato con un tercero que conceda a dicho tercero el derecho de participar, parcial o totalmente, del valor de un futuro traspaso de un jugador de un club a otro, o que le otorgue derechos relacionados con futuros fichajes o con el valor de futuros fichajes.

La citada Circular nº 1464 de la FIFA dispuso asimismo que el nuevo art. 18 ter del citado Reglamento debía quedar incluido en la lista de disposiciones vinculantes en el ámbito nacional y que habría, por tanto, que incluirse en los Reglamentos y normas internas de las respectivas asociaciones nacionales⁴⁵.

3. El necesario contraste de la prohibición de los TPO con la normativa europea

¿Cabría encontrar un equilibrio entre ambas lógicas, la económica y la deportiva, que no condujese a una prohibición total e incondicionada del uso de los TPO como la decretada por la FIFA y que a su vez permitiera ampliar controles o incluso restricciones proporcionales al uso de la figura de los TPO en el mundo del fútbol?

La redacción vigente del Reglamento FIFA sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores plantea un problema jurídico claro derivado de la clara vulneración de las normas europeas de derecho de la competencia; en efecto, tal prohibición supone una restricción infundada y limitativa con clara afección a la libre competencia e implica una directa limitación a la inversión y al libre movimiento o circulación de servicios y de capitales en el seno de la Unión Europea.

Tal y como antes ha sido analizado, y conforme a la jurisprudencia del TJUE, las asociaciones deportivas como la FIFA constituyen operadores económicos a los efectos de la aplicación de las normas de competencia, y sus acuerdos y normas internas deben respetar dichas normas. La entronizada especificidad del deporte no comprende ni aporta fundamento alguno que permita o ampare exceptuar la vigencia de tales principios y libertades europeas en su proyección sobre este ámbito de actividad económica.

2. La prohibición del apdo. 1 entrará en vigor el 1 mayo 2015.

La Comisión Disciplinaria de la FIFA podrá imponer medidas disciplinarias a los clubes y jugadores que no cumplan las obligaciones estipuladas en este artículo”.

⁴⁴ Cuya redacción vigente establece que “Ningún club concertará un contrato que permita al/los club(es) contrario(s) y viceversa o a terceros, asumir una posición por la cual pueda influir en asuntos laborales y sobre transferencias relacionadas con la independencia, la política o la actuación de los equipos del club.

La Comisión Disciplinaria de la FIFA podrá imponer sanciones disciplinarias a los clubes que no cumplan las obligaciones estipuladas en este artículo”.

⁴⁵ En último lugar, la Circular nº 1464 emitida por FIFA proporciona una definición del concepto de tercero, entendiendo como tal “la parte ajena a los dos clubes entre los cuales se traspa a un jugador, o a cualquiera de los clubes anteriores en los que el jugador estuvo inscrito previamente”.

La prohibición de los TPO por parte de la FIFA restringe además la libertad económica y decisional de los clubes, jugadores y terceros sin ninguna justificación ni proporcionalidad. Esta prohibición perjudica a los clubes, principalmente a aquéllos con menores recursos económicos, impidiéndoles compartir con terceros los derechos económicos de los jugadores profesionales que militan en sus filas y poder así gestionar de forma más prudente el cumplimiento de sus obligaciones financieras. Esta prohibición incide además de forma negativa (y deviene por tanto perjudicial) sobre la propia formación de los jugadores, cuyas carreras profesionales se apoyan en los medios humanos, técnicos y económicos de terceros. Y además tal prohibición excluye totalmente a los terceros de la gestión de derechos económicos de futbolistas, una actividad que llevan realizando legítimamente en la inmensa mayoría de ligas profesionales del mundo hasta la fecha.

En particular esta restricción de la libre competencia puede infringir los arts. 101 y 102 TFUE sobre la prohibición de acuerdos anti-competitivos y sobre el abuso de posición dominante (en este caso por parte de la FIFA) así como otras libertades fundamentales de la UE, tal y como a continuación se argumentará.

V. Consideraciones finales

La prohibición de los fondos de inversión por parte de la FIFA no deja de suscitar una compleja polémica jurídica. Tanto la UEFA como la FIFA abogan por la supresión total del recurso o uso de los mismos por parte de los clubes de fútbol, y en el caso español (al igual que ha ocurrido en otras ligas europeas) la Federación española de Fútbol (RFEF), siguiendo las directrices de la FIFA, procedió a modificar su Reglamento General (art. 102 bis Reglamento General de la RFEF⁴⁶) en lo referente a los TPO.

⁴⁶ Conforme al tenor del art. 102 bis, bajo el título de *Propiedad de los derechos económicos de jugadores por parte de terceros*,

“1. Ningún club o jugador podrá firmar un contrato con un tercero que conceda a dicho tercero el derecho de participar, parcial o totalmente, del valor de un futuro traspaso de un jugador de un club a otro, o que le otorgue derechos relacionados con futuros fichajes o con el valor de futuros fichajes.

2. La prohibición del ap. 1 entrará en vigor el 1 mayo 2015.

[...].

6. El órgano disciplinario podrá imponer medidas disciplinarias a los clubes y jugadores que no cumplan las obligaciones estipuladas en este artículo”.

Desde el momento de la adopción de esta prohibición por parte de la FIFA la Liga de Fútbol Profesional española (LFP) se opuso a la misma y defendió la legalidad de tal práctica contractual prohibida. Sobre esta misma cuestión y con fecha 2 julio 2015 la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) emitió, a petición del Consejo Superior de Deportes (CSD), un informe⁴⁷ acerca de la prohibición de la propiedad de los derechos económicos de los jugadores de fútbol por parte de terceros, con el fin de obtener una respuesta jurídica argumentada ante las modificaciones sobrevenidas introducidas por la RFEF en su normativa.

La conclusión a la que llegó la CNMC es que “la prohibición del TPO es perjudicial para el sector del fútbol, tanto para la competición en sí como para sus clubes y profesionales. La menor remuneración y generación de talento supondrá menor competitividad y calidad del sector, lo que acabará perjudicando en última instancia al bienestar del consumidor”⁴⁸.

Como corresponde a la naturaleza y funciones de tal organismo, la CNMC orientó su examen y emitió su informe con el objetivo de discernir en qué medida y manera los TPO pueden afectar a los clubes de fútbol en tanto que sociedades mercantiles y no tanto en su vertiente de clubes deportivos insertos en una competición con una serie de rasgos muy particulares. A partir de esta premisa y con los fundamentos jurídicos esgrimidos en el mismo la CNMC llegó a la conclusión de que “no procedería ratificar el cambio en el Reglamento de la RFEF conducente a la prohibición de la figura de los TPO”.

En particular, la premisa fundamental que utilizó la CNMC en su informe para justificar sus argumentos en contra de la prohibición de los TPO fue que la misma vulnera principios normativos básicos recogidos por las más altas instancias nacionales y de la UE, puesto que se atenta contra la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado garantizada constitucionalmente y porque la prohibición vulnera libertades fundamentales del Mercado Único de la UE como la libre circulación de capitales y de trabajadores. Todo ello al entender que el fútbol profesional constituye una actividad económica y, como empresas que son los clubes, ven restringida su competitividad

⁴⁷ Informe cuya referencia es *INF/CNMC/0002/15*. Su contenido se centró en varios puntos: 1) el encaje legal de la prohibición del TPO; 2) la protección de la integridad de la competición; 3) la protección de los clubes de fútbol, y 4) la protección de los futbolistas.

⁴⁸ Sobre el particular *vid.* M. Goyos, “El informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre la prohibición de la propiedad de los derechos económicos de jugadores de fútbol por parte de terceros”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, n° 49, 2015, pp. 311–326.

al no poder disponer libremente del mecanismo de financiación que les proporcionan los fondos de inversión.

Ante la disconformidad de la prohibición de la TPO con la normativa de FIFA las Ligas de Fútbol Profesional Española y Portuguesa interpusieron a principios del año 2015 una denuncia–reclamación ante la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea alegando que dicha prohibición transgrede la normativa sobre libre competencia de la Unión Europea así como derechos fundamentales que afectan al empleo, la libre circulación de capitales y la libre competencia⁴⁹.

Ambas organizaciones consideraban que las asociaciones deportivas privadas como la FIFA son operadores económicos y que en cuanto tales deben respetar esos principios básicos que garantizan la libre competencia. A su entender, la decisión de prohibir la TPO restringe las libertades económicas de los clubes, de los jugadores y de terceras partes sin justificación alguna, perjudicando así a aquéllos con más dificultades para obtener fuentes de ingresos, ya que los clubes no pueden, en virtud de tal prohibición, compartir con terceros los derechos económicos de sus jugadores, viendo así limitada o cercenada en algunos casos sus posibilidades de financiación.

En definitiva y de acuerdo con la postura de los denunciantes, la prohibición de los TPO por parte de la FIFA contravendría tanto la normativa europea en materia de competencia como las libertades fundamentales de establecimiento, prestación de servicios, trabajo y circulación de capitales.

En particular, y en relación a la vulneración de las libertades de circulación inherentes al mercado interior único de la UE, la decisión de la FIFA se traduce jurídicamente en la prohibición de un determinado tipo de inversiones; en este caso, la prohibición de invertir en derechos económicos de los jugadores de fútbol supone una clara y directa restricción a la libre circulación de capitales dentro de la UE (art. 63 TFUE).

En segundo lugar, y como ha sido anticipado, la prohibición podría vulnerar el ámbito de aplicación de las normas de Derecho europeo de la competencia (arts. 101 y 102 TFUE), sector que tiene especial repercusión en el ámbito del deporte profesional en general y del fútbol

⁴⁹ M.A. Bolsa Ferruz, "Las Ligas de fútbol profesional española y portuguesa denuncian ante la Comisión Europea la prohibición por parte de la FIFA de la TPO (Third-Party Ownership)", *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 50, 2016, pp. 559–561.

en particular. El acuerdo de prohibición de los TPO adoptado en el seno de la FIFA queda englobado en la calificación de acuerdos restrictivos de la competencia. No hay que olvidar que proyecta su operatividad práctica gracias a su adopción colegiada, a partir de la propuesta de la FIFA, por una asociación de federaciones y asociaciones. Y cabe apreciar, sin duda, un abuso de tal posición de dominio en el mercado referido a la organización de competiciones deportivas (en este caso, futbolísticas).

¿Cómo se materializa en realidad tal práctica restrictiva de la competencia? mediante la concertación de todo un conjunto de operadores económicos (las asociaciones integradas en la FIFA) concretada en negar el acceso a una concreta vía de financiación perfectamente legal y viable. ¿Y qué se logra así? se reserva de este modo a favor de los clubes de forma no ya solo preferente sino exclusiva y excluyente la participación en el mercado de fichajes y se impide de este modo concertado el acceso al mismo a cualquier otra tercera entidad.

Frente a tales argumentos que parecen evidenciar claramente que la prohibición de la venta de derechos económicos de futbolistas a inversores terceros supone una infracción *prima facie* de las normas de los Tratados UE, ¿cabría argüir como posible justificación de la misma que tal prohibición está destinada a la consecución de un interés general y que por tanto deviene adecuada a la consecución de dicho fin y que a su vez puede ser calificada como proporcionada, es decir, que la medida o práctica supone la mínima restricción imprescindible?

La decisión de la Comisión Europea adoptada en 2017 en el sentido de no incoar expediente sancionador contra la FIFA parece, sin argumentarlo expresamente, avanzar en esta línea. Su decisión de archivo del expediente sorprende desde un punto de vista jurídico y supone un respaldo tácito a la validez jurídica de la prohibición de este tipo de contratos TPO, al menos cuando se refieren a un único jugador.

Tal vez a juicio de la Comisión Europea podrían existir motivos que justificaran la proporcionalidad de la medida y que, por tanto, la competencia pudiera estimarse como no afectada por la mencionada prohibición. Pero no hay argumentos que permitan sostener esta argumentación. A la luz de los precedentes en Derecho de la UE hubiera resultado más acorde al equilibrio de todos los intereses en presencia la adopción de medidas alternativas al rechazo de la prohibición absoluta y que a su vez pudiesen limitar los efectos negativos del recurso a tal forma de financiación que los partidarios de su prohibición le atri-

buyen y al mismo tiempo aprovechar las ventajas que este tipo de financiación son susceptibles de ofrecer para el sector.

La visión de la Comisión Europea al adoptar el archivo de la denuncia choca con la de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), quien avalaba, en su calidad de órgano consultivo, este tipo de contratos en pro de la libertad de empresa. La autoridad española consideraba que los TPO eran positivos para la competitividad y calidad del sector. Es decir, en opinión de la CNMC una prohibición como la adoptada de forma incondicional y absoluta por parte de la FIFA en cuanto al recurso contractual a los TPO no es calificable como ajustada a criterios de proporcionalidad atendiendo a los fines perseguidos con la misma, al contrario del argumento que ha esgrimido la Comisión Europea para archivar el expediente sancionador abierto contra la prohibición de los TPO por parte de la FIFA.

¿Dónde cabe ubicar un posible hilo argumental para la motivación de la decisión de la Comisión Europea al archivar el expediente y dejar pasar la ocasión de sentar su criterio sobre tal práctica restrictiva de la competencia? sin duda, una vez más, en la extensión del concepto abordado en estas reflexiones acerca de la "especificidad" del deporte.

Cabría proponer una alternativa viable: eliminar la vigente prohibición que viene caracterizada por su carácter absoluto, incondicional y por tanto desproporcionado y acordar frente a la misma una nueva regulación de los acuerdos TPO que incorpore previsiones en virtud de las cuales los fondos inversores no puedan ejercer influencia alguna en las decisiones deportivas, o mediante las cuales se someta a los TPO a ciertas limitaciones, fijando, por ejemplo, un número máximo de jugadores por equipo de cuyos derechos económicos puedan ser titulares, o establecer concretas condiciones de financiación.

En particular, y en su proyección sobre este hecho social total que es el fútbol, (una actividad económica que mueve ingentes cantidades de millones de euros) desde ciertos sectores del mundo del fútbol parece seguir queriéndose defender que la aplicación en este ámbito de la normativa europea sobre competencia debe relativizarse o al menos flexibilizarse en la medida en que, como ocurre al menos hasta el momento en este sector (y sin todavía pronunciamiento alguno sobre esta cuestión por parte del TJUE), se admiten restricciones a la libertad de empresa que serían difícilmente justificables en otros sectores económicos "tradicionales".

Los argumentos de los defensores de la prohibición de los TPO se basan en la protección a los clubes y a su estabilidad financiera, junto

al recurrente discurso acerca de la necesidad y oportunidad de reducir el riesgo de manipulación de las competiciones. Ni con TPO ni sin ellos esa práctica desviada dejará desgraciadamente de existir. La prohibición de los TPO no acaba con otras potenciales influencias indebidas sobre la competición, como podría ser el caso de los representantes (cuyos jugadores representados compiten en equipos rivales) o el de las entidades financieras (que pueden ser los principales acreedores de clubes rivales).

La solución en ningún caso pasa por limitar las inversiones dentro del mercado interior ni por eliminar, como *de facto* implica la prohibición de los acuerdos TPO, la figura del inversor privado que opera en condiciones normales en una economía de mercado. Resulta incongruente que desde la UE se busque consolidar el mercado interior y a la vez se valide una infundada restricción de la libertad de capitales en la industria del fútbol.

¿Cómo promover la libre competencia entre empresas o asociaciones de empresas con una norma que obstaculiza el acceso a las inversiones privadas, medio habitual de cualquier actividad mercantil?; ¿puede la defensa de la especificidad del deporte llegar hasta el extremo de justificar jurídicamente tal prohibición absoluta a los acuerdos TPO?

Cabe concluir que no hay, desde la órbita del Derecho europeo, argumento jurídico solvente que permita justificar la defensa y la continuidad de tal radical prohibición de esta modalidad inversora privada en su proyección sobre la "industria" del fútbol y que tal vez habrá de ser, una vez más, el TJUE quien finalmente clarifique este debate y sienta las bases hermenéuticas para una reforma futura de este importante sector vinculado a las vías de financiación de los clubes de fútbol a nivel europeo que respete las libertades, normas y principios vigentes e inherentes al ejercicio de actividades económicas en el seno de la UE.

El litigio abierto ante los tribunales belgas puede representar la vía procesal a través de la cual elevar el debate ahora expuesto ante el TJUE, quien deberá, si así fuera, volver a delimitar una vez más la extensión, alcance y límites de la invocada especificidad del deporte en su proyección sobre la vigencia superior de los principios y de la normativa europea.

Bibliografía

- AGIRREZKUENAGA, I.: "La transformación del Derecho deportivo por influencia de la Unión Europea", *Revista de Administración Pública*, n° 200, mayo–agosto 2016, pp. 385–408.
- BEN ABDALLAH, H.: "Le TAS et l'ordre juridique sportif", *Sport et Droit International. Aspects choisis* (F. Latty, J.–M. Marmayou y J.–B. Racine, dirs.), Aix–Marseille, Presses Universitaires d'Aix–Marseille, 2016, pp. 261–289.
- BOLSA FERRUZ, M.A.: "Las Ligas de fútbol profesional española y portuguesa denuncian ante la Comisión Europea la prohibición por parte de la FIFA de la TPO (Third–Party Ownership)", *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, n° 50, 2016, pp. 559–561.
- GARCÍA CABA, M.: "El fútbol profesional ante los fondos de inversión. Hacia una necesaria regulación", *Revista Jurídica del Deporte*, n° 40, 2013.
- GOYOS, M.: "El informe de la Comisión nacional de los mercados y la competencia sobre la prohibición de la propiedad de los derechos económicos de jugadores de fútbol por parte de terceros", *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, n° 49, 2015, pp. 311–326.
- MARMAYOU, J.–M. : "Lex sportiva et investissements: interdiction du Third party player ownership", *Sport et Droit International. Aspects choisis* (F.Latty, J–M Marmayou y J–B Racine, dirs.), Aix–Marseille, Presses Universitaires d'Aix–Marseille, 2016, pp. 69–147.
- MÜLLER, C.: "Ad Art. 178 LDIP", *Arbitration in Switserland. The Practitioner's Guide* (M. Arroyo, ed.), Ginebra, Wolters Kluwer, 2013.
- NADAL CHARCO, M.: "La legalidad e idoneidad de la prohibición de los TPO según TAS (TAS 2016/A/4490 RFC Seraing c. FIFA)", *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, n° 57, 2017, pp. 417–431.
- PÉREZ TREVIÑO; J.L. y CAÑIZARES RIVAS, E.: "Algunos problemas jurídicos, sociales y económicos de la propiedad de terceros (TPO) en el fútbol", *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, n° 48, 2015, pp.211–229.
- RABU, G.: "Lex sportiva et investissements: le Fair–play financier", *Sport et Droit International. Aspects choisis* (F. Latty, J.–M. Marmayou y J.–B. Racine, dirs.), Aix–Marseille, Presses Universitaires d'Aix–Marseille, 2016, pp. 147–213.
- RIGOZZI, A.: "L'importance du droit suisse de l'arbitrage dans la résolution des litiges sportifs internationaux", *Revue de droit suisse*, vol. 132, 2013–I, pp. 301–325.
- VALDÉS ESCALONA, J.: "Los TPO en el fútbol: derechos económicos y fondos de inversión", *Revista Española de Derecho Deportivo*, n° 38, 2016.
- VEDOVATTI, M.: "Aspectos relevantes de Derecho Suizo para el arbitraje internacional en materia de deporte", *Revista Aranzadi de Derecho del deporte y entretenimiento*, n° 52, julio–septiembre 2016, pp. 3–23.