

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SECCIÓN 28

C/ Santiago de Compostela nº 100.

Teléfono: 91 4931988

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0199271

ROLLO DE APELACIÓN Nº 724/17.

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 910/2014.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid.

Parte recurrente: DON [REDACTED]

Procurador: Don [REDACTED].

Letrado: Don [REDACTED]

Parte recurrida: LIGA NACIONAL DE FÚTBOL PROFESIONAL

Procurador: Doña [REDACTED].

Letrado: Doña [REDACTED]

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. [REDACTED]

D. [REDACTED]

D. [REDACTED]

SENTENCIA Nº 75/2019

En Madrid, a quince de febrero de dos mil diecinueve.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados antes relacionados, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 724/17, interpuesto contra la sentencia de fecha 16 de marzo de 2017

dictada en el juicio ordinario núm. 910/2014 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid.

Han sido partes en el recurso, como apelante, el actor **DON** [REDACTED] [REDACTED]; y como apelada, la demandada **LIGA NACIONAL DE FÚTBOL PROFESIONAL**, ambos defendidos y representados por los profesionales antes relacionados.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por la representación de don [REDACTED] contra la entidad LIGA NACIONAL DE FÚTBOL PROFESIONAL en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba se dictase sentencia por la que:

“1.- Declare que la Liga Nacional de Fútbol Profesional abusa de su posición de dominio en el mercado nacional del fútbol profesional, al dictar y aplicar una normativa privada de control y restricción de las partidas presupuestarias relativas a la plantilla profesional de los clubes de fútbol y sociedades anónimas deportivas, infringiendo la prohibición del art. 2 LDC.

Subsidiariamente que la citada conducta supone un acuerdo o decisión colectiva de empresas en el mercado prohibida por el art. 1 LDC

2.- Que declare la nulidad de las normas o actos privados a que se refiere el número anterior por contrarios a la LDC y establecerlo el art. 6.3 del Código Civil.

3.- Que se ordene a la LNFP cesar de inmediato en las citadas prácticas permitiendo que los clubes y s.a.d. puedan contratar a los futbolistas profesionales y demás miembros de sus plantillas en las condiciones económicas que estimen convenientes y pacten con los mismos de acuerdo con las normas de libre competencia.

4.- Que declare que la LNFP al aplicar las repetidas normas y denegar el visado previo de la licencia federativa de D. [REDACTED] impidiendo su

alineación con el Gefe (sic) CF; SAD abusó de su posición dominante infringiendo la prohibición del art. 2 LDC.

Subsidiariamente que tal práctica se debió a una concertación contraria al art. 1 LDC

5.- *Que la práctica a la que se refiere el apartado anterior ha causado a D. [REDACTED] graves daños morales de los que deberá resarcirle en cuantía de 100.000 euros, condenando a la LNFP a su pago.*

6.- *Todo ello con la imposición de costas a la LNFP.”.*

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid dictó sentencia con fecha 16 de marzo de 2017, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

“DESESTIMO LA DEMANDA presentada a instancia de DON [REDACTED] [REDACTED] contra la LIGA NACIONAL DE FÚTBOL PROFESIONAL con expresa imposición de costas de la instancia a la demandante.”.

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandante se interpuso recurso de apelación al que se opuso la parte demandada. Admitido el recurso de apelación por el mencionado juzgado y tramitado en forma legal, ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los de su clase, señalándose para su deliberación y votación el día 14 de febrero de 2019.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Es magistrado ponente don [REDACTED] que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don [REDACTED] promovió demanda contra la LIGA NACIONAL DE FÚTBOL PROFESIONAL (en lo sucesivo, LNFP) para que se declarara, en esencia, la nulidad de las normas de elaboración de presupuestos aprobadas por LNFP que habían impedido que el “GETAFE CF, S.A.D.” pudiera inscribir al demandante -jugador de fútbol profesional de la plantilla del referido equipo al tiempo de la interposición de la demanda- para el campeonato nacional de fútbol de Primera División en la temporada 2014/2015, pese haberse expedido por la Real Federación Española de Fútbol la licencia del jugador. Todo ello al no haber otorgado la LNFP el previo visado a la licencia del jugador por sobrepasar el “GETAFE CF, S.A.D.” el límite máximo de gasto de la plantilla deportiva, aceptado por el órgano de validación de la LNFP, como parte del presupuesto del citado equipo para la temporada 2014/2015. Asimismo se interesaba la condena a la demandada al pago de una indemnización al actor por importe de 100.000 euros en concepto de daño moral.

La parte actora considera que las normas privadas dictadas por la LNFP, concretamente por su comisión delegada, por las que se establecen determinados ratios y criterios para limitar el gasto en la plantilla deportiva de los clubes y sociedades anónimas deportivas como parte de su presupuesto, así como su aplicación -que ha determinado la denegación del visado previo a la licencia federativa del actor, impidiendo su inscripción para poder participar en las competiciones oficiales que aquélla organiza y, por tanto, su alineación con el “GETAFE CF, S.A.D.”- constituye un abuso de su posición de dominio prohibida por el artículo 2 de la Ley 15/2007 de fecha 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

Subsidiariamente, la parte actora considera que la referida normativa y su aplicación constituyen un acuerdo o decisión colectiva de empresas en el mercado, prohibida por el artículo 1 LDC.

La parte demandada, también muy resumidamente, en su contestación a la demanda: a) niega la legitimación del actor para cuestionar las normas de equilibrio presupuestario de la LNFP con fundamento en las normas de defensa de la

competencia; b) considera que las normas de equilibrio presupuestario tienen amparo legal (artículo 41.4 de la Ley del Deporte y artículo 25 del Real Decreto 1835/1991, invocando también el artículo 76.3.a de la Ley del Deporte en su redacción dada por disposición final 2.4 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), lo que impide la aplicación de la prohibición de conductas colusorias y de abuso de posición de dominio, de conformidad con el artículo 4 LDC, por tratarse de conductas exentas legalmente; c) en todo caso, la demandada niega que abuse de su posición de dominio o que se le pueda imputar la comisión de una conducta colusoria en tanto que las normas de control presupuestario de la LNFP superan el test de legalidad aplicable, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, al implicar una restricción inherente y proporcionada al objetivo legítimo perseguido consistente en promover la solvencia de los clubes y la equidad financiera de la competición; y d) por último, se niega la existencia de daño moral.

La sentencia dictada en primera instancia tras una muy generosa transcripción literal en sus fundamentos de derecho de la demanda; de la contestación; del auto de medidas cautelares recaído en la instancia precedente y del auto dictado por este Tribunal resolutorio del recurso de apelación interpuesto contra la referida resolución –previa digresión sobre la Ley de Competencia Desleal–; de los escritos de conclusiones presentados tras la prueba practicada como diligencia final; y de los tres informes aportados por las partes como dictámenes periciales, así como del resumen de sus intervenciones con ocasión de su ratificación, desestima la demanda porque:

a) considera que *“La norma de equilibrio presupuestario de LLF gozaba de amparo legal en virtud del artículo 4 LDC ya que el **artículo 41 de la Ley 10/1990** atribuía a LLF la competencia de tutela, control y supervisión económica de los clubes, competencia que el **artículo 25.b del Real Decreto 1835/1991** permite expresamente a LLF desarrollar”* (énfasis en el original); y

b) rechaza que la demandada abuse de su posición de dominio al aplicarse las normas de control presupuestario de forma homogénea a todos los clubes y

sociedades deportivas, siendo aquéllas además eficaces, según concluye de las pruebas periciales practicadas.

Frente a la sentencia se alza la parte demandante que interesa su revocación y la íntegra estimación de su demanda sobre la base de las siguientes alegaciones: a) incongruencia y falta de motivación de la sentencia con infracción el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 209 del mismo texto legal; b) interpretación errónea del carácter provisional de las medidas cautelares con infracción del artículo 1 del Código Civil; c) interpretación errónea del artículo 2 LDC al rechazarse en la sentencia que la demandada incurra en abuso de su posición de dominio, lo que debe analizarse conjuntamente con la alegación relativa a la errónea valoración de la prueba practicada; d) inaplicación del artículo 1 LDC; y e) aplicación errónea del artículo 4 LDC en relación con el artículo 41 de la Ley del Deporte y del artículo 25 del Real Decreto 1835/1991.

La parte demandada se opone al recurso de apelación e interesa su desestimación y la confirmación de la sentencia por las razones que se analizarán, en lo que resulte necesario, al hilo de los diferentes motivos del recurso de apelación.

SEGUNDO.- Para la adecuada resolución del recurso de apelación y la debida comprensión de esta resolución conviene fijar desde este momento los siguientes antecedentes fácticos que no son discutidos por las partes.

1.- Don ██████████ es jugador de futbol profesional, que ostenta la oportuna licencia profesional expedida por la Real Federación Española de Fútbol, con contrato en vigor, al tiempo de la interposición de la demanda, con el "GETAFE CF, S.A.D.", equipo que participó en el campeonato nacional de liga en primera división durante la temporada 2014/2015.

2- La LNFP es una asociación deportiva de derecho privado integrada exclusiva y obligatoriamente por todas las sociedades anónimas deportivas y clubes que participan en competiciones oficiales de fútbol de ámbito estatal y carácter profesional (Campeonatos Nacionales de Liga de Primera y Segunda División A),

que ostenta una posición de dominio en el mercado relevante, cuestión que posteriormente será analizada con más detalle. Basta ahora señalar que la demandada-apelada no ha cuestionado su posición de dominio en el mercado relevante definido por la actora en su demanda.

3.- La LNFP ejerce desde la temporada 2012/2013 un control económico sobre los presupuestos de los clubes y sociedades anónimas deportivas fijando para cada uno de ellos un límite al gasto neto de la plantilla deportiva conforme a determinados ratios de gasto y la denominada ecuación de equilibrio presupuestario (que, en esencia, como luego se explicará con más detalle, determina que los clubes y sociedades anónimas deportivas no puedan gastar más de lo que ingresan en un escenario trienal que comprende los dos ejercicios pasados y aquel para el que se elaboran los presupuestos, a no ser que los accionistas cubran la diferencia mediante aportaciones no reembolsables en los tres años siguientes, lo que implica que la diferencia entre el gasto neto en la plantilla deportiva –diferencia entre los gastos correspondientes a la plantilla de jugadores, entrenadores y técnicos, y los ingresos por cesión de jugadores- no puede ser superior a la diferencia entre el resto de los ingresos y gastos presupuestado).

4.- Dichas normas de control presupuestario han sido aprobadas por la Comisión Delegada de dicha LNFP, que es el órgano de gobierno y administración ordinaria de la referida asociación (documento nº 1 de la demanda).

5.- La LNFP denegó el visado previo de la licencia federativa de don ██████████ para la temporada 2014/2015, porque el “GETAFE CF, S.A.D.” incurrió en un exceso sobre el límite máximo de gasto salarial de su plantilla respecto de lo que le fue autorizado por el órgano de validación de LNFP, como parte de su presupuesto para la temporada 2014/2015.

6.- Dicho visado, denegado al solicitante por la LNFP, es un requisito sin el cual la licencia federativa no permite la alineación del jugador en competiciones organizadas por la LNFP, por lo que el “GETAFE CF, S.A.D.”, de contar con el

jugador en los partidos a disputar en esas competiciones, hubiera incurrido en alineación indebida, lo que está tipificado como una infracción grave en los estatutos con la consecuente sanción disciplinaria para la entidad.

TERCERO.- La parte apelante bajo la rúbrica de incongruencia y falta de motivación de la sentencia con infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con relación al artículo 209 de ese mismo texto legal, efectúa un crítica general a la redacción de la sentencia –bajo el subapartado “*Incongruencia total de la Sentencia a la vista del itinerario de cuestiones y razonamientos que establece*”- para, a continuación, denunciar la incongruencia omisiva en que a juicio del actor-apelante ha incurrido la sentencia al no pronunciarse sobre lo que califica de excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada-apelada al contestar a la demanda y sobre la pretensión formulada con carácter subsidiario por la que se consideraba que las normas de control presupuestario de la LNFP y su aplicación infringían el artículo 1 LDC que prohíbe las conductas colusorias, tachando aquellas normas y su aplicación -por la que se negó el visado previo de la licencia federativa del demandante-, como un acuerdo o decisión colectiva de empresas que producía el efecto de restringir la competencia. En consecuencia, pedía con este fundamento subsidiario la nulidad de las referidas normas y el cese de la conducta colusoria. También se reprocha a la sentencia haber confundido la normativa de competencia desleal con la de defensa de la competencia incurriendo así en otra incongruencia más.

1.- El reproche de *incongruencia total* de la sentencia.

La parte apelante censura la forma en que el juzgador de la instancia precedente ha redactado la sentencia efectuando una descripción del contenido de los fundamentos de derecho de la sentencia (en realidad y en contra de los que se mantiene en el recurso, tres correlativamente numerados, aunque se comprende la confusión dada la mezcla de los fundamentos de derecho de la sentencia con los propios de los escritos de alegaciones que transcribe). Crítica que, en términos generales, se puede compartir por lo antes indicado –la abundante e innecesaria transcripción literal de los escritos de alegaciones, de las resoluciones que resolvieron sobre las medidas cautelares y de los informes periciales, sobre todo si

comparamos la extensión de esas transcripciones con los razonamientos propios del juzgador.

No obstante lo anterior, esta circunstancia, por sí misma y sin perjuicio de la concreta denuncia de incongruencia omisiva que luego se analizará, no determina que la sentencia haya incurrido en ninguna de las modalidades de incongruencia externa -esto es, *ultra petitum* o por exceso, que tiene lugar cuando la sentencia otorga más de lo que se pidió, o bien infra o *citra petitum* cuando se omite el pronunciamiento, explícita e implícitamente, sobre alguna de las pretensiones, o, por último, *extra petitum*, cuando se pronuncia sobre un extremo que no ha sido objeto de las pretensiones de las partes-, ni tampoco interna por contradicción entre la fundamentación y el fallo de una resolución, lo que además no es un vicio de incongruencia, sino de motivación.

De la técnica de redacción y de los razonamientos de la sentencia –itinerario de cuestiones y razonamientos empleados, en términos del recurrente- tampoco resulta un defecto de motivación.

Como resume la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2013, la motivación de las sentencias tiene como finalidad exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permitir su eventual control jurisdiccional –sentencias del Alto Tribunal de 1 de junio de 1999 y de 22 de junio de 2000-, así como la crítica de la decisión y su asimilación por quienes integran el sistema jurídico interno y externo, garantizando el cumplimiento del principio de proscripción de la arbitrariedad que se proyecta sobre todos los poderes públicos y también sobre el poder judicial (sentencias del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2007, 13 de noviembre de 2008 y 30 de julio de 2008).

Concurre motivación suficiente para satisfacer estas finalidades siempre que la argumentación de la sentencia sea racional y no arbitraria y no incurra en un error patente (pues entonces no cabe decir que se halla fundada en Derecho –sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 2005-), aun cuando la

fundamentación jurídica pueda calificarse de discutible –sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2000 y de 12 de febrero de 2001-.

La exigencia de motivación no impone el deber de realizar una argumentación extensa ni de dar una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino que basta que la respuesta judicial esté argumentada en Derecho y ofrezca un enlace lógico con los extremos sometidos a debate (sentencias del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2007, 13 de noviembre de 2008 y 30 de julio de 2008).

En definitiva, como indican las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2001, 1 de febrero de 2002, 8 de julio de 2002 y 3 de febrero de 2005, con cita de las del Tribunal Constitucional de 10 de julio y 18 de septiembre de 2000, por motivación debe entenderse *“la respuesta razonada a la pretensión de la parte, sin necesidad de contestar a cada uno de los argumentos ni de dar una desmesurada extensión a la ratio decisoria”*.

Perfilado el deber de motivación en los términos indicados y sin perjuicio de la denuncia de incongruencia omisiva que a continuación se analizará, la sentencia sí da una respuesta razonada a la pretensión principal formulada en la demanda y que determina la desestimación de la declaración de abuso de posición dominante y de la nulidad de las normas de control presupuestario de la LNFP.

Como ya hemos indicado en el fundamento anterior, la sentencia –si prescindimos de lo que es mera transcripción de alegaciones o actuaciones- expone sucintamente, eso sí, las razones que determinan la desestimación de la pretensión principal. Los fundamentos que sostienen la desestimación de la demanda, como conoce y asume el recurrente que luego los combate, son los siguientes: (i) la norma de equilibrio presupuestario goza de amparo legal, de conformidad con el artículo 41 de la Ley del Deporte que atribuye a la demandada la competencia de tutela, control y supervisión económica de los clubes, competencia que el artículo 25.b del Real Decreto 1835/1991 permite expresamente desarrollar a la demandada; y (ii) la demandada no ha incurrido en abuso de su posición de

dominio al aplicarse las normas de control presupuestario de forma homogénea a todos los clubes y sociedades anónimas deportivas, siendo aquéllas además eficaces, lo que concluye tras analizar la prueba practicada.

2.- incongruencia omisiva por falta de pronunciamiento sobre la falta de legitimación activa denunciada por la demandada y sobre la pretensión subsidiaria de infracción del artículo 1 LDC

Conforme a reiterada jurisprudencia, la incongruencia omisiva o *ex silentio* "se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales" (sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2012 con cita de las del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 2006 y 27 de febrero de 2012).

En el supuesto de autos resulta palmaria la omisión de pronunciamiento respecto de la falta de legitimación activa invocada por la parte demandada al contestar a la demanda y sobre la pretensión subsidiaria deducida en la demanda para que se incardinase la conducta de la demandada en el ámbito de la prohibición del artículo 1 LDC como un acuerdo o decisión colectiva de empresas.

El juzgador de la anterior instancia prescinde en su resolución de dar respuesta alguna a las dos cuestiones enunciadas sin que quepa entender que hay una desestimación implícita derivada claramente de lo razonado en el cuerpo de la resolución porque se omite por completo la cuestión de la legitimación, sin que ningún razonamiento permita entender que ha quedado desestimada, y porque no

existe motivo que permita inferir que el juzgador quiso extender los razonamientos que determinaron el rechazo de la apreciación de abuso de posición dominante a la pretensión subsidiaria ejercitada en la demanda. Por el contrario, en la sentencia apelada, sencillamente, se prescinde de la petición subsidiaria que no es analizada por el juzgador.

Ahora bien, si el apelante consideraba que la resolución había omitido algún pronunciamiento, como de hecho así ha sido, debería haber denunciado la infracción procesal cometida en la instancia precedente mediante la petición del oportuno complemento y, al no haberlo hecho así el apelante, no puede en segunda instancia hacer valer la infracción cometida.

Esto es, la denuncia de la incongruencia omisiva en apelación exige que se hubiera intentado remediar la infracción procesal en la instancia precedente mediante la oportuna solicitud de complemento de la sentencia al amparo del artículo 215.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en tanto que el artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil subordina el éxito del recurso de apelación por infracción de normas o garantías procesales a que el apelante, entre otros requisitos, acredite que denunció oportunamente la infracción procesal, si hubiere tenido la oportunidad para ello.

En este sentido el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de junio de 2010 señala que: *“El artículo 215.2 LEC otorga a las partes una vía para instar la subsanación de la incongruencia de la sentencia, por omisión de pronunciamiento, ante el mismo juez o tribunal que la dictó. Su utilización es requisito para denunciar la incongruencia de la sentencia en los recursos de apelación, conforme al artículo 459 LEC, y extraordinario por infracción procesal, conforme al artículo 469.2 LEC, de forma que la falta de ejercicio de la petición de complemento impide a las partes plantear en el recurso devolutivo la incongruencia omisiva (SSTS de 12 de noviembre de 2008 RC n.º 113/2003 y 16 de diciembre de 2008, RC n.º 2635/2003)”*.

En todo caso y en lo que afecta a la legitimación activa, el demandante carece de gravamen para denunciar la omisión en tanto que ningún perjuicio le causa el hecho de que el juzgador no haya resuelto sobre la misma.

Para concluir esta cuestión, y en la medida en que la falta de legitimación puede ser apreciada de oficio (sentencias del Tribunal Supremo de 21 febrero 2000, 12 de octubre de 2002, 12 y 13 de diciembre de 2006, 22 de abril de 2013, 2 de abril de 2014, 14 de julio de 2015 y 15 de junio de 2016, entre otras), conviene indicar, como ya anticipamos en nuestro auto resolutorio del recurso de apelación contra el auto dictado por el Juzgado en sede de medidas cautelares, que no se aprecian obstáculos que justifiquen rechazar la legitimación del actor.

La demandada negó la legitimación del demandante –lo que mantiene en el escrito de oposición pese a entender que no existe incongruencia omisiva y, por tanto, que ha sido rechazada por la sentencia apelada, sin impugnar pese a ello la resolución (véanse sentencias del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2013, 19 de mayo de 2016 y 24 de febrero de 2017)- al considerar que el efecto eventual e indirecto de las normas de control económico fijadas por la LNFP respecto de los equipos de fútbol profesional sobre la situación laboral del demandante no le atribuye la necesaria legitimación activa para impugnar dichas normas por ser contrarias al derecho de la competencia. Indicaba la demandada que se trata de normas adoptadas en el seno de la LNFP por todos los clubes y, concretamente, por el “GETAFE CF, S.A.D.” que había votado favorablemente dicha norma y aceptado el importe máximo de gasto en plantilla inscribible fijado por el Órgano de Validación de Presupuestos, colocando en último lugar a don ██████████, primando la inscripción de otros jugadores, sin que tampoco recurriera la entidad el rechazo de la solicitud de inscripción de don ██████████.

La aplicación de las normas sobre control presupuestario que a juicio del actor constituyen una infracción de las normas de defensa de la competencia impidieron la inscripción del actor y su alineación en los partidos de Primera División de la temporada 2014/2015 (hasta la adopción por el Juzgado de las oportunas medidas cautelares, luego revocadas por este Tribunal), por lo que la actuación que se

considera anticompetitiva, afecta y perjudica directamente al solicitante, lo que le atribuye la necesaria legitimación para promover la demanda.

Resulta por completo ajena a la legitimación para el ejercicio de acciones judiciales la práctica administrativa de las autoridades de competencia relativa a la personación como interesados de terceros en expedientes sancionadores, lo que responde a las reglas de personación de interesados en procedimientos administrativos y nada tiene que ver con la legitimación del artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tampoco guarda relación con la legitimación para el ejercicio de acciones judiciales las reglas contenidas en la Comunicación de la Comisión sobre tramitación de denuncias, en tanto que la legitimación para el ejercicio de las acciones judiciales está sujeta al artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En todo caso, lo que se deduce de dicha comunicación es que para formular denuncia se requiere que la práctica denunciada pueda afectar directa y adversamente a los intereses del denunciante sin que se pueda actuar sobre la base de consideraciones relativas al interés general y en el supuesto enjuiciado ya hemos indicado que la conducta que se considera anticompetitiva ha repercutido directa y negativamente en el actor, que actúa para la defensa de sus propios intereses.

3.- De la referencia contenida en la sentencia apelada a la Ley de Competencia Desleal

Al comienzo del segundo fundamento de derecho de la sentencia apelada se afirma que: *“Vistos los contenidos de los escritos de demanda y de contestación de la demanda la Litis se circunscribe en el ámbito de la competencia desleal”*, para a continuación realizar un excurso sobre la Ley de Competencia Desleal en general y sobre la cláusula general en particular.

Sin perjuicio de la censurable mención a la Ley de Competencia Desleal cuando no se ha ejercitado acción alguna fundada en dicha normativa, lo cierto es que no cabe tachar la sentencia de incongruente porque más allá de esa errónea cita –que parece obedecer a un “corta y pega” de otra resolución- la sentencia resuelve el

litigio desde el punto de vista de las normas de defensa de la competencia sin analizar ningún ilícito concurrencial desleal, desde luego, ajeno a la presente litis.

Por si hubiera alguna duda, al delimitar el objeto del proceso la sentencia señala al principio del tercer fundamento de derecho que lo que alega el demandante es que las normas de equilibrio presupuestario de la LNFP vulneran los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, para luego, rechazar que aquéllas puedan implicar un abuso de posición dominante, negando que con ellas se infrinja la prohibición contenida en el artículo 2 LDC.

Por ello cuando poco después se dice que *“La demandante –rectius, la demandada- alega que no se produce una vulneración de las normas de competencia desleal y para ello concluye...”*, la alusión a esta normativa no deja de ser un mero *lapsus calami* pues es palmario que la demandada lo que rechaza es la vulneración de los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia sin referencia alguna a las normas de competencia desleal.

CUARTO.- La parte apelante imputa a la sentencia haber efectuado una interpretación errónea del carácter provisional de las medidas cautelares al atribuir, con desconocimiento del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico fijado en el artículo 1 del Código Civil, carácter vinculante al auto de este Tribunal que resolvió en apelación sobre la petición cautelar.

La sentencia apelada afirma que: *“No puede la presente resolución partir obviando los diferentes considerandos de la resolución dealzada de las medidas cautelares instadas por la demandante –que con carácter previo habían sido parcial y literalmente transcritos-, en tanto en cuanto que vincula a la decisión de fondo cuantas premisas se sentaron en dicha resolución.”*

Desde luego, asiste la razón al recurrente cuando niega el carácter vinculante de las resoluciones dictadas en sede cautelar para resolver el litigio del que la tutela cautelar resulta accesoria.

Aunque no hace falta insistir mucho sobre esta cuestión por evidente, el artículo 726.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ya destaca el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento de las medidas cautelares. Y por si hubiera alguna duda, el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil evidencia que la resolución cautelar se dicta sin prejuzgar el fondo del asunto y que lo que se efectúa en esa sede es un juicio provisional e indiciario del fundamento de la pretensión del actor a la vista de las alegaciones y material probatorio aportado por las partes en ese momento procesal.

Como es natural, la resolución dictada en sede cautelar no vincula para resolver el fondo del asunto en tanto que las conclusiones que se hubieran podido alcanzar sobre la apariencia de buen derecho pueden quedar desvirtuadas por lo actuado en los autos principales que han de decidirse conforme a lo alegado y probado en estas actuaciones.

Ahora bien, tampoco es contrario a norma alguna que la sentencia definitiva recaída en el litigio asuma y se remita a las conclusiones del auto de medidas cautelares, pudiendo ser incluso suficiente para sostener los pronunciamientos de la sentencia cuando esas conclusiones no han sido desvirtuadas en los autos principales.

La –impropia- alusión que efectúa la sentencia apelada al carácter vinculante de determinadas premisas sentadas en el auto dictado por este Tribunal por el que se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el auto de medidas cautelares, debe entenderse en el sentido de que, en su caso, las asume como propias y no en el sentido de que sean jurídicamente vinculantes.

La prueba más evidente de que el juzgador no se ha considerado vinculado por la resolución dictada por este Tribunal en sede de medidas cautelares es que ha considerado la conducta de la demandada exenta de la prohibición de abuso de posición de dominio en aplicación del artículo 4 LDC, lo que había sido, indiciariamente, rechazado en el auto dictado por este Tribunal en sede cautelar.

Por lo demás, la sentencia rechaza que la demandada haya abusado de su posición de dominio en el mercado relevante en virtud de los razonamientos que efectúa a la vista de las pruebas practicadas en los autos principales y no porque estuviera vinculado por la resolución dictada por este Tribunal en la que, indiciariamente, se llegó a esa misma conclusión con carácter provisional.

QUINTO.- Por razones de orden práctico –que no sistemático- analizaremos a continuación la alegación efectuada por la parte apelante por la que se denuncia la aplicación errónea del artículo 4 LDC en relación con el artículo 41 de la Ley del Deporte y del artículo 25 del Real Decreto 1835/1991.

La conveniencia práctica de anteponer el análisis de esta alegación deriva de que si se mantiene la conclusión alcanzada en la sentencia sobre este particular, nos conduciría directamente y sin necesidad de mayores razonamientos a la desestimación del recurso de apelación y confirmación de la sentencia apelada, aun cuando desde el punto de vista sistemático debiera analizarse primero si la conducta de la demandada incurre en abuso de posición dominante para luego examinar si, pese a ello, la conducta está exenta de la prohibición por tener amparo legal. Es más, en rigor, solo tendría sentido excluir la infracción del artículo 2 LDC, previa afirmación de la explotación abusiva de una posición de dominio.

La sentencia apelada, como ya hemos apuntado con anterioridad, considera que: *“La norma de equilibrio presupuestario de LLF gozaba de amparo legal en virtud del artículo 4 LDC ya que el **artículo 41 de la Ley 10/1990** atribuía a LLF la competencia de tutela, control y supervisión económica de los clubes, competencia que el **artículo 25.b del Real Decreto 1835/1991** permite expresamente a LLF desarrollar”* (énfasis en el original).

No compartimos la conclusión alcanzada en la sentencia, sin que en este particular existan razones que nos hagan separarnos de la valoración efectuada en sede cautelar sobre esta cuestión.

Se trata ahora de analizar si la conducta que se imputa a la demandada, de ser abusiva, quedaría excluida de la prohibición por resultar de la aplicación de una ley, todo ello de conformidad con el artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia.

El precepto mencionado bajo la rúbrica *“Conductas exentas por ley”* establece en su apartado 1 que: *“Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo (acuerdos colusorios, abuso de posición dominante y falseamiento de la libre competencia por actos desleales que afectan al interés público) no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley.”*

El Tribunal considera que la conducta que se imputa a la LNFP, la aprobación y aplicación de normas de control presupuestario que establecen un límite al gasto destinado a la plantilla deportiva, no viene impuesta por una norma con rango de ley formal que la de cobertura.

La exclusión del ilícito en aplicación del artículo 4.1 LDC debe resultar de una norma con rango de ley. Así se deduce con claridad de la propia redacción de la norma y de la no exclusión de la prohibición a *“situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin amparo legal.”* (apartado 2 del artículo 4).

La necesidad de amparo legal para la exclusión de la prohibición de abuso de posición dominante no puede quedar satisfecha, como pretende el apelado, por el artículo 41.4 de la Ley del Deporte y, concretamente, por su 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”*.

Entre las funciones de tutela, control y supervisión establecidas en dicha ley no se encuentra, ni deriva de ella, la de establecer restricciones presupuestarias, ni límite de gastos de plantilla.

Es el Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones deportivas españolas el que atribuye a las Ligas profesionales competencia para: *“b) 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.”*.

Dado el carácter reglamentario de la norma, su amparo no determina la exclusión del ilícito en virtud del artículo 4 LDC. Por lo demás, la norma no impone o exige que se establezca ningún límite de gasto de plantilla.

Tampoco resulta de aplicación la doctrina de la Sala 3^a del Tribunal Supremo citada por la demanda en su contestación sobre los actos administrativos de las administraciones públicas o las disposiciones generales de rango inferior a ley que puedan restringir la competencia y la imposibilidad de su anulación por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Aquí no se está enjuiciando ningún acto de la administración ni ninguna disposición general, sino si la conducta que se reprocha a la LNFP implica o no abuso de posición de dominio, sin que su ilicitud, de serlo, pueda quedar excluida por una norma reglamentaria que no tenga amparo legal.

Por último, la cobertura legal tampoco puede encontrarse en el artículo 76.3 de la Ley del Deporte en su redacción dada por la disposición final 2.4 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 referido precepto, tras la citada modificación, establece que: *“... son infracciones específicas muy graves de los Clubes deportivos de carácter profesional y, en su caso, de sus administradores o directivos:*

a) El incumplimiento de los acuerdos de tipo económico de la Liga profesional correspondiente, incluido cualquier acuerdo válidamente tomado por los órganos de

representación de dichas entidades que afecte al control económico y presupuestario de sus entidades asociadas”.

Con independencia del alcance que pudiera darse a la norma en lo que aquí interesa, lo cierto es que no es aplicable al supuesto de autos por razones temporales, hasta el punto de que es posterior no sólo a los hechos enjuiciados sino incluso a la presentación de la demanda origen de las presentes actuaciones, lo que tuvo lugar con fecha 16 de diciembre de 2014.

SEXTO.- En el recurso de apelación la parte actora considera que la sentencia apelada ha efectuado una errónea interpretación del artículo 2 LDC al rechazar que la demandada incurra en abuso de su posición de dominio, alegación que debe analizarse conjuntamente con aquella por la que el demandante imputa a la resolución una errónea valoración de la prueba practicada, en esencia, de las periciales obrantes en autos.

La parte apelante considera que la LNFP al imponer limitaciones al gasto de la plantilla profesional, impidiendo la alineación de jugadores profesionales contratados, abusa de su posición de dominio distorsionando la libre competencia en contra de los clubes más modestos y del colectivo de futbolistas profesionales a los que afecta dicha limitación, rechazando que la conducta tenga una justificación objetiva y razonable.

No se discute, hasta el punto de que ha sido admitido por la propia LNFP, que ésta ostenta posición de dominio en el mercado relevante.

En la demanda ya se delimitó expresamente el mercado de producto identificándolo con el del fútbol profesional, destacando que la LNFP organiza las competiciones profesionales de primera y segunda división A de fútbol, con obligación de todos los clubes y sociedades anónimas deportivas que participen en la competición de pertenecer a la referida asociación. Desde el punto de vista geográfico se determinó que la extensión de la práctica anticompetitiva afectaba a todo el territorio nacional.

En la contestación a la demanda no se efectuó objeción alguna al mercado de producto y geográfico delimitado en los términos indicados en la demanda, ni existen elementos de prueba que conduzcan a definirlo de otra forma, por lo demás, repetimos, asumido por las partes.

El hecho de que en el auto de medidas cautelares dictado en primera instancia no se definiera el mercado de producto en estos mismos términos, lo que fue aceptado por la resolución dictada en segunda instancia sin que este particular fuera objeto del recurso, no determina que deba ser también asumido en esta resolución por el hecho de que, como mantiene la apelada en el escrito de oposición, la actora no recurriera en este extremo el auto del Juzgado que acordó las medidas cautelares, cuando resulta más que evidente que la actora carecía de gravamen para recurrir la resolución.

En todo caso, no discutiendo la demandada que tiene posición de dominio en el mercado relevante, no se ofrece explicación alguna sobre cómo podría variar la resolución si, en lugar de delimitar el mercado relevante en los términos indicados, se mantuviera el definido en sede cautelar que se refería a: *“... los intereses económicos implicados en la oferta de entretenimiento deportivo, prestada por los empresarios que intervienen en dicho ámbito, clubs, y dirigida a la demanda de los consumidores de tal servicio, el cual genera un tráfico económico proveniente del precio de acceso a los recintos de disputa de las competición deportiva, la negociación de la comercialización de los derechos de imagen de tales competiciones, e ingresos accesorios, por venta de productos promocionales.”*

Precisado lo anterior, debemos recordar que lo que sanciona el artículo 2 LDC de la Competencia no es la existencia de una posición de dominio en el mercado relevante sino la explotación abusiva de la misma.

La aplicación de la prohibición del citado artículo 2 no nace de la mera constatación de la posición dominante de una empresa en un mercado determinado sino del abuso de esa posición, que se configura con carácter netamente objetivo.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, con relación al contenido del actual artículo 102 TFUE, el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en situación de posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trata, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada y que obstaculizan, recurriendo a medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios basada en las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de dicha competencia (sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión, 85/76, Rec. p. 461, apartado 91; de 9 de noviembre de 1983, Michelin/Comisión, 322/81, Rec. p. 3461, apartado 70; de 3 de julio de 1991, AKZO/Comisión, C-62/86, Rec. p. I-3359, apartado 69; y de 30 de septiembre de 2003, Manufacture française des pneumatiques Michelin/Comisión, T-203/2001, párrafo 54; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de octubre de 1999, Irish Sugar/Comisión, T-228/97, Rec. p. II-296, 9, apartado 111).

Para que la conducta de una empresa en posición de dominio sea calificada de abusiva es necesario que carezca de justificación objetiva y razonable (sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2009 y 1 de junio de 2010, entre otras).

Las normas de control presupuestario fijando límites de gasto salarial de la plantilla deportiva de los equipos profesionales no responde a la simple restricción de la competencia en el mercado sino al necesario saneamiento de las finanzas de los clubes de fútbol profesional, habiendo manifestado la Comisión Europea a través de su vicepresidente: *“... su preocupación por el hecho de que, a corto plazo, algunos clubes desembolsen por los jugadores traspasos y salarios inflados, a pesar de que su situación financiera real no debiera permitirselo, con la consiguiente ventaja que ello les otorga sobre el terreno de juego”*, añadiendo que: *“... la forma de actuar de esos clubes resulta especialmente injustificada en el*

contexto actual de recesión económica, que ha visto la adaptación de medidas de austeridad en todos los Estados miembros.

En estas circunstancias, considero primordial apoyar plenamente los objetivos del FFP (normas de juego limpio financieras de la FIFA) y reconocer el valor de unos sistemas sólidos de concesión de licencias, incluidos mecanismos de control de costes, con el fin de fomentar la gobernanza en el ámbito del deporte.

Ese principio guarda también coherencia con los objetivos de política de la Unión Europea en el ámbito de ayudas estatales...” (documento nº 4 de la contestación a la demanda).

La decisión de la Comisión Europea de 14 de octubre de 2014 por la que se aprueba el Acuerdo de Colaboración entre la Comisión Europea y la UEFA (que se invoca en el párrafo 71 de la contestación a la demanda y se aportó como documento nº 13 de en el acto de la vista de medidas cautelares por la LNFP) establece en su apartado 2.7 que: *“El deporte puede gozar de estabilidad financiera, transparencia y gobernanza mediante una autorregulación responsable. En este sentido, y con arreglo al cumplimiento de la legislación en materia de competencia, la adopción de medidas destinadas a fomentar un mayor nivel de racionalidad y disciplina en las cuentas de los clubes, con hincapié en el largo plazo y no en el corto, como la iniciativa de Juego Limpio Financiero, contribuye al desarrollo sostenible y al crecimiento sano del deporte en Europa.”.*

En similar sentido, ya en el año 2012 se firmó un protocolo entre el Ministerio de Educación Cultura y Deporte, el Consejo Superior de Deportes y la LNFP en el que se expresaba la especial urgencia de establecer con carácter inmediato un plan de reducción de las deudas que se mantenían por los diferentes clubes y sociedades anónimas deportivas con las administraciones públicas, en general y con la Agencia Tributaria en particular (documento nº 17 de la contestación a la demanda).

El Consejo Superior de Deportes en su resolución de fecha 30 de octubre de 2014, al resolver el recurso interpuesto por don ██████████ contra la denegación por parte de la LNFP del visado de su licencia federativa, señaló en XIV de sus

Fundamentos de Derecho lo siguiente: *“De esta manera, cabe concluir que tanto la LNFP, como la RFEF (Real Federación Española de Fútbol), tal y como hemos visto anteriormente, han introducido en su normativa interna una serie de requisitos económicos que deben cumplir los clubes y SAD que deseen una licencia a favor de un futbolista para participar en competición profesional. Un análisis de la normativa, tanto de RFES, como de LNFP, nos lleva a concluir que estos requisitos económicos se han introducido en aras de lograr la sostenibilidad del fútbol profesional. El control del gasto de los clubes y SAD se presenta como imprescindible por parte, especialmente, de la LNFP..., especialmente en un contexto socio-económico gravemente afectado por una situación de crisis económica en el que venimos asistiendo en los últimos años a casos de importantes desequilibrios económicos en numerosos equipos de fútbol que les ha llevado a instar el concurso de acreedores órgano de constitución obligatoria.”* (documento nº 1 de la contestación a la demanda).

La sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de julio de 2006, C-519/04 P, asunto Meca Medina indica en su apartado 26 y siguientes que: *“ 26.- Por lo que se refiere a la dificultad de escindir los aspectos económicos y los aspectos deportivos de una actividad deportiva, el Tribunal de Justicia reconoció, en los apartados 14 y 15 de la sentencia Donà, antes citada, que las disposiciones comunitarias en materia de libre circulación de personas y de libre prestación de servicios no se oponen a reglamentaciones o prácticas justificadas por motivos no económicos, relativos al carácter y al marco específicos de determinados encuentros deportivos. El Tribunal de Justicia insistió, sin embargo, en que esta restricción del ámbito de aplicación de las disposiciones de que se trata debe limitarse a su propio objeto. Por consiguiente, no puede ser invocada para excluir toda una actividad deportiva del ámbito de aplicación del Tratado (sentencias, antes citadas, Bosman, apartado 76, y Deliège, apartado 43).*

27.- En vista del conjunto de estas consideraciones resulta que la mera circunstancia de que una norma tenga carácter puramente deportivo no excluye, sin embargo, del ámbito de aplicación del Tratado a la persona que practica la actividad regulada por esa norma o al organismo que la adopta.

28.- Si la actividad deportiva de que se trate entra en el ámbito de aplicación del Tratado, entonces las condiciones de su práctica están sujetas a todas las obligaciones que resultan de las distintas disposiciones del Tratado. Por consiguiente, las normas que regulan dicha actividad deben cumplir los requisitos de aplicación de estas disposiciones que, en particular, buscan garantizar la libre circulación de los trabajadores, la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios o la competencia".

La referida sentencia añade en su apartado 30 que: *"Asimismo, en el caso de que la práctica de dicha actividad deportiva deba ser examinada a la luz de las disposiciones del Tratado relativas a la competencia, habrá de verificar si, habida cuenta de los requisitos de aplicación propios de los artículos 81 CE y 82 CE, las normas que rigen dicha actividad emanan de una empresa, si ésta restringe la competencia o abusa de su posición dominante, y si esta restricción o este abuso afecta al comercio entre los Estados miembros",* para añadir en el apartado 42 lo siguiente, en relación a los acuerdos colusorios del entonces artículo 81 CE: *"A continuación, debe señalarse que la compatibilidad de una normativa con las normas comunitarias sobre competencia no puede apreciarse de manera abstracta (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de diciembre de 1994, DLG, C-250/92, Rec. P. I-5641, apartado 31). No todo acuerdo entre empresas ni toda decisión de una asociación de empresas que restrinjan la libertad de acción de las partes o de una de ellas están comprendidos necesariamente en la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1. En efecto, para aplicar esta disposición a un caso concreto, debe tenerse en cuenta el contexto global en que se adoptó la decisión de la asociación de empresas de que se trate o en que produce sus efectos, y más en particular, sus objetivos. A continuación deberá examinarse si los efectos restrictivos de la competencia que resultan son inherentes a la consecución de dichos objetivos (sentencia Wouters y otros, antes citada, apartado 97) y proporcionales a estos objetivos".*

A la vista de lo hasta ahora expuesto, el Tribunal considera, como ya apuntamos indiciariamente en sede cautelar, que las normas de equilibrio presupuestario que

limitan el coste de plantilla inscribible responden a un objetivo legítimo cual es luchar contra el excesivo endeudamiento de los clubes y sociedades anónimas deportivas en una situación de crisis económica y, en definitiva, tienden a fomentar la sostenibilidad del fútbol profesional.

La propia exposición de motivos de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, recuerda que: *“Efectivamente, el acceso y participación en una competición deportiva de carácter profesional depende de los resultados deportivos, pero también exige cumplir, entre otros, con determinados criterios de tipo económico que garanticen que quien participa en la competición está en condiciones de hacer frente a los compromisos y obligaciones económicas que se exigen para tomar parte en la misma, pues ello exige realizar importantes inversiones. Asimismo, debe tenerse presente que el incumplimiento de las obligaciones asumidas en este contexto por una entidad deportiva desvirtúa y desnaturaliza la competición y el singular marco de competencia establecido por las normas deportivas. El principio que caracteriza y define la competición deportiva es el de la paridad de los competidores, en cuya virtud todos los participantes han de hacerlo en condiciones de igualdad, que debe respetarse también por las entidades deportivas que se encuentren en situación concursal. Porque esa igualdad se quiebra cuando un competidor que cumple con los requisitos establecidos por el organizador compite, en desventaja, con quien no atiende a las obligaciones económicas y de otra índole establecidas y busca aprovecharse de ser declarado en concurso para no tener que respetar los mismos requisitos que los demás participantes.*

En definitiva, con esta reforma se pretende evitar las distorsiones que pueden plantear tanto la aplicación de una lógica exclusivamente económica a las actividades deportivas, como la preterición absoluta de legislación que regula la participación en competiciones deportivas, evitando así el uso indeseado o abusivo de ciertos instrumentos previstos en la Ley Concursal, garantizando la estabilidad e igualdad en las competiciones deportivas.”.

Los efectos restrictivos de la competencia derivados de la limitación del coste de plantilla inscribible son, por tanto, inherentes a la consecución del saneamiento del fútbol profesional y proporcionales a dicho objetivo.

La consecuencia aplicada por superar el límite del coste de plantilla inscribible es que la LNFP deniega el visado de la licencia federativa solicitada para el jugador o jugadores cuyos salarios determinen la superación del límite, según el orden de inscripción propuesto por el club o sociedad anónima deportiva, los cuales no pueden ser alineados con el equipo en las correspondientes competiciones, todo ello sin perjuicio de los derechos laborales de los jugadores afectados que podrán ejercitar las acciones oportunas ante la jurisdicción social si considerasen que su empleador infringe sus derechos de naturaleza laboral.

El apelante no considera objetivo ni razonable que las entidades tengan que pagar los emolumentos pactados con el jugador sin poder alinearlo, sin embargo, esta consecuencia también se estima proporcional e inherente al objetivo perseguido en tanto que los equipos evitarán superar el límite marcado, adecuando sus presupuestos a los límites fijados so riesgo de tener que pagar el salario al jugador y no poder alinearlo. Esto es, la obligación de pagar el salario sin alinear el jugador no deriva tanto de la norma de equilibrio presupuestario sino de su evitable incumplimiento por el club o sociedad anónima deportiva en cuestión.

La parte recurrente también rechaza que las normas de control económico de la LNFP se asemejen a las de la UEFA, señalando que aunque ambas tienen por finalidad lograr el punto de equilibrio presupuestario, las de la LNFP en caso de incumplimiento conllevan sanciones mientras que las de la UEFA tratan el incumplimiento en positivo, esto es, tratan de ayudar para que se consiga el objetivo y sólo en supuestos de incumplimiento sucesivo se aplican sanciones.

La tesis de la parte apelante se sostiene sobre las Normas de Procedimiento que rige el Comité de Control Financiero del Club UEFA correspondientes a la edición de 2014.

Sin embargo esas normas no han sido aportadas a los autos ni, en consecuencia, puede analizarse en las actuaciones su texto en castellano, efectuando el apelante una particular traducción que la parte apelada no comparte.

En estas circunstancias no cabe exigir al Tribunal que efectúe comparación alguna, lo que basta para rechazar la tesis de la recurrente.

En todo caso, en la tesitura de localizar las reglas y traducirlas se llega a la conclusión contraria a la predicada por la parte apelante.

El recurrente afirma sin base alguna que las normas de la UEFA sólo imponen sanciones en supuestos de incumplimientos sucesivos.

El artículo 28 de las referidas normas establece bajo la rúbrica *“Fixing of disciplinary measures”* (Fijación de medidas disciplinarias) que: *“The adjudicatory chamber determines the type and extent of the disciplinary measures to be imposed according to the circumstances of the case”*, esto es que: La cámara decisoria determina el tipo y la extensión de las medidas disciplinarias que pueden ser impuestas de acuerdo con las circunstancias del caso.

A continuación el artículo 29 bajo la rúbrica *“List of disciplinary measures”* (Relación de medidas disciplinarias), tipifica las distintas medidas que pueden imponerse distinguiendo las que pueden aplicarse a quienes no sean persona natural (apartado 1, a) advertencia, b) amonestación, c) multa, d) deducción de puntos, e) retención de los ingresos obtenidos en competiciones UEFA, f) prohibición de registrar a nuevos jugadores en competiciones UEFA, ..., h) descalificación de las competiciones en curso y/o de futuras competiciones e i) retirada del título o premio) y las que pueden imponerse a individuos (apartado 2).

Entre las que pueden imponerse a los que no sean persona natural (*“1.The following disciplinary measures may be imposed against any defendant other than an individual”*) y que antes no se ha mencionado para destacar ahora su relevancia, se contempla en el apartado g) la siguiente: *“restriction on the number of players*

that a club may register for participation in UEFA competitions, including a financial limit on the overall aggregate cost of the employee benefits expenses of players registered on the A-list for the purposes of UEFA club competitions”.

La parte apelante efectúa una traducción propia de este apartado g) conceptualmente ininteligible cuando sostiene que debe traducirse por: *“restricción en el número de jugadores que un club puede inscribirse para participar en las competiciones de la UEFA, Incluido un límite financiero para el coste total agregado de los gastos de los beneficios de los empleados y de los jugadores inscritos en la lista A para los propósitos de las competiciones de clubes de la UEFA.”* (énfasis añadido).

En este caso el Tribunal no tiene ni que efectuar una traducción propia –que, repetimos, no resulta exigible- para cuestionar la versión del apelante, pues obra en autos un documento en el que figura traducido el referido apartado g. Se trata del documento nº 8 de la contestación a la demanda, obtenido de la página web oficial de la UEFA, en el que se explica en formato de preguntas y respuestas *“Todo lo que necesita saber sobre el juego limpio financiero”*.

La traducción del apartado g, que asumimos, es la siguiente: *“restricción del número de jugadores que el club puede registrar para participar en competiciones UEFA, incluyendo un límite en el gasto global de los salarios de los jugadores registrados en la lista A de las competiciones de clubes de UEFA”* (énfasis añadido).

Partiendo de su errónea traducción, la parte apelante sostiene que la norma UEFA no es equiparable a la de la LNFP porque imputa el gasto de jugadores y empleados conjuntamente, añadiendo que esta sanción nunca ha sido aplicada.

Ni consta que no haya sido aplicada la sanción ni, como ya hemos expuesto, la norma UEFA computa el gasto de jugadores y demás empleados conjuntamente.

Tampoco las medidas disciplinarias de la UEFA se aplican en supuesto de incumplimientos sucesivos. Lo que establece el artículo 2 de las Normas de Procedimiento es que la cámara resolutoria determina el tipo y la extensión de las medidas disciplinarias que pueden ser impuestas de acuerdo con las circunstancias del caso y además el apartado 3 del artículo 29 establece de forma expresa que las medidas disciplinarias contempladas en la norma pueden ser combinadas, esto es, aplicarse dos o más de forma cumulativa (*3. Disciplinary measures may be combined*”).

La parte apelante también rechaza que las normas que limitan la partida destinada al pago de la plantilla profesional sean justas y razonables porque ni siquiera son idóneas para cumplir su objetivo: el saneamiento económico del fútbol profesional.

Para ello toma en cuenta determinados datos del Balance de la Situación Económico –Financiera del Fútbol Español, realizado por el Consejo Superior de Deportes y que obra unido a los folios 413 a 461 de los autos, tomando determinados datos de la temporada 2014/2015.

Concretamente, se afirma que se ha incrementado el déficit en un 5,6% y la deuda en un 37% (página 28 del recurso) y ello a pesar de haber aumentado los ingresos, para mayor confusión luego se indica (página 32 del recurso) que lo que creció un 5,6% es la deuda y más de un 37% la deuda financiera.

No puede compartirse la valoración de la parte apelante por muy diversas razones:

- 1.- Como se destaca en el informe pericial aportado por la parte demandada emitido por don ██████████, el núcleo medular de la normas de la LNFP es la llamada ecuación de equilibrio presupuestario que obliga a las entidades a no gastar más de lo que ingresan en un escenario trienal, compuesto por las dos temporadas anteriores y la siguiente que es para la que se confeccionan los correspondientes presupuestos, salvo que los accionistas cubran la diferencia mediante aportaciones no reembolsables en los tres años siguientes (artículo 3 de las Normas para la Elaboración de los Presupuestos de los Clubes Asociados, aportadas como documento nº 1 de la demanda) y así lo ratificó en el acto del juicio

el referido perito destacando que al ser el escenario trienal pueden producirse desviaciones un año siempre que se compensen en los siguientes (01:01:50 y ss y 01:03:20 y ss de la grabación del acto del juicio). Por ello, tomar determinados datos de una sola temporada no ilustra sobre la bondad o idoneidad de las normas.

2.- El apelante indica que el déficit ha aumentado en la temporada 2014/2015 un 5,6 % lo que no es así. Lo que ha aumentado un 5,6% no es el déficit sino el endeudamiento, como luego indica el recurrente, y se trata de un dato parcial al contemplar solo el relativo a los clubes de la primera división. De tomarse los datos de las dos divisiones que integran el fútbol profesional, el endeudamiento, que no el déficit, se habría incrementado sólo en un 1,15% al pasar de 3.403.520.769,95 euros (2.827.229.241,61+576.291.528,34) en la temporada 2013/2014 a 3.442.756.753,38 euros en la temporada 2014/2015 (2.984.623.371,36+458.133.382,02).

Tampoco se tiene en cuenta la explicación que se ofrece en el informe sobre el incremento del endeudamiento de los clubes de primera división, destacando que obedece sólo a cuatro clubes y que uno de ellos, el F.C. Barcelona, acapara el 67,6% del incremento total.

En todo caso, en escenario trienal, lo que se constata es una evidente reducción del endeudamiento. Mientras que en las temporadas anteriores a la de 2012/2013 el endeudamiento crecía constantemente situándose en la temporada 2011/2012 en la cantidad de 3.666.511.375,72 euros (3.099.229.712,13+567.281.663,59), transcurridas tres temporadas, el endeudamiento se sitúa al término de la temporada 2014/2015 en 3.442.756.753,38 euros, por lo que no sólo se ha logrado detener el crecimiento de la cifra de endeudamiento sino que ha disminuido en un 6,10%.

3.- El apelante también destaca que la deuda ha aumentado en la temporada 2014/2015 un 37% lo que no es así. Lo que ha aumentado un 37% tampoco es la deuda financiera (deuda bancaria y la derivada de emisiones de títulos), como luego se indica, sino los gastos financieros (gastos en que se incurre por la financiación ajena que incluye lo que debe abonarse en el ejercicio por intereses y devolución de capital, por efectuar aquí una aproximación a ambos conceptos con

la sola intención de distinguirlos) y de nuevo sólo se toman los datos de la primera división, lo que en este caso ni siquiera favorece la tesis del apelante, al ser aún mayor la carga financiera si consideramos la de las dos divisiones.

En todo caso, el dato aisladamente considerado es irrelevante a los efectos que aquí analizamos y se prescinde también de las explicaciones que el informe ofrece sobre las razones del incremento de los gastos financieros en primera división que obedece en gran parte a una serie de correcciones de valor que han afectado al Valencia C.F., S.A.D., tratándose de operaciones puramente contables que no han supuesto un gasto real. Además, como explicó el perito Sr. [REDACTED] en el acto de la vista ese incremento puede tener justificación en la conversión de deuda a corto plazo en deuda a largo plazo, como sucede en la temporada 2014/2015, por incrementarse en ese caso la carga financiera (01:02:12 y ss de la grabación del acto del juicio).

4.- Destacar por lo demás, que en las temporadas 2012/2013, 2013/2014 y 2014/2015, los clubes y sociedades anónimas deportivas de primera y segunda división, en su conjunto, han mostrado beneficios frente a la situación de pérdidas de las temporadas anteriores, concretamente de unos beneficios de 154.653.577,43 euros en la temporada 2014/2015 frente a unas pérdidas de en la temporada 2011/2012 de 78.847520,17 euros.

Por último, no resulta convincente el informe técnico aportado por la parte actora como documento nº 10 de la demanda suscrito por don [REDACTED] socio de la entidad "ACORDE ASESORES, S.L."

Resulta cuestionable que se le pueda atribuir la consideración de informe pericial cuando, a diferencia de los informes periciales presentados por la demandada, no se ha dado cumplimiento a las previsiones del artículo 335.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo la mención de que el autor actuará con objetividad. Es más, se indica que ACORDE se da por informada de la posibilidad de que *"la presente carta"* se incluya en el seno de un procedimiento legal y que *"no aceptará responsabilidad u obligación alguna en relación con la exactitud o suficiencia de la*

información incluida en este documento” que se califica como “carta” o “carta de opinión”.

En todo caso, nada impide valorarlo como tal informe técnico que además ha sido sometido a contradicción con intervención de la persona que lo emitió en trámite de diligencias finales y sin que en la instancia precedente se haya discutido su consideración de informe pericial.

De la lectura del informe se llega a la conclusión, quizá por la propia configuración que el autor da a su *carta*, de que se trata de una opinión sin contraste alguno en datos objetivos, fundada en la autoridad que pueda atribuirse a quien la emite, que incide sobre: a) la falta de idoneidad del control económico de la LNFP para asegurar la solvencia futura de la entidades sujetas a la norma por consistir en una colección de ratios fundamentalmente estáticos cuando debieran aplicarse ratios dinámicos, de flujos de caja o tesorería; b) insuficiencia de la normativa contable para asegurar la homogeneidad de la información; y c) el injustificado trato discriminatorio de la partida de gastos de la primera plantilla respecto de otros gastos operativos o financieros.

Al margen de que las anteriores críticas han resultado contradichas por los informes periciales de la parte demandada emitidos por el ya citado don [REDACTED] y don [REDACTED], socio director de la entidad “BDO AUDITORES, S.L.P.”, la opinión del Sr. [REDACTED] parte de una premisa errónea como es que las normas de control económico de la LNFP pretenden asegurar o garantizar la solvencia futura de las entidades. Como ya hemos apuntado, en realidad, las normas de equilibrio presupuestario que limitan el coste de plantilla inscribible responden al objetivo de reducir el excesivo endeudamiento de los clubes y sociedades anónimas deportivas en una situación de crisis económica y, en definitiva, a fomentar la sostenibilidad del fútbol profesional. Como es natural, ninguna norma puede asegurar o garantizar la solvencia de ninguna entidad.

Por lo demás, como se constató en la intervención del Sr. [REDACTED] en su intervención para aclaraciones en trámite de diligencias finales, éste es un claro

defensor del sistema de flujos de caja para el control económico de las entidades, sin embargo ello no excluye que puedan utilizarse otros que, por lo demás y como ya se ha explicado, han resultado efectivos y no pueden calificarse de meramente estáticos como se analiza en los informes periciales de la parte demandada al estar basados tanto en cuentas de balance como de resultado.

En el propio informe del Sr. ██████████ se destacan las bondades de las normas de control financiero de la UEFA frente a las de la LNFP cuando aquéllas tampoco se construyen sobre ratios dinámicos, de flujos de caja o tesorería, sino sobre las cuentas de los tres últimos ejercicios. Además, esa valoración positiva se efectúa sobre la base de que la normativa UEFA fija unos indicadores que si no se cumplen no determinan sanciones, añadiendo que tampoco se contemplan restricciones a la alineación de jugadores por exceso de coste de la plantilla, como afirmó en el acto de la ratificación y aclaraciones a su informe como diligencia final (00:07:58 y ss y 00:15:18 y ss de la grabación audiovisual), lo que, sencillamente, no es cierto al contemplar la normativa UEFA sanciones para el caso de incumplimiento, como luego tuvo que admitir a preguntas del letrado de la demandada, medidas que también incluyen un límite en el gasto global de los salarios de los jugadores que un club puede inscribir para participar en las competiciones de la UEFA, como ya hemos analizado.

No puede compartirse la afirmación sobre la insuficiencia de la normativa contable para asegurar la homogeneidad de la información sobre la que se efectúa el control cuando, como se indica en el informe de BDO, existe una razonable garantía de uniformidad y homogeneidad sobre la información financiera y contable en el sector porque la totalidad de los clubes y sociedades anónimas deportivas se encuentran bajo el Plan General de Contabilidad, además de estar sujetos a auditoría. También existen normas sectoriales, aprobadas en la Orden ministerial de 27 de junio de 2000, por la que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las Sociedades Anónimas Deportivas, aplicables en todo lo que no se opongan al Código de Comercio, al texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y al Plan General de Contabilidad, en tanto no sean modificadas (Disposición Transitoria Quinta del Real Decreto 1514/2007).

También se considera razonable que los criterios de cálculo de la partida de gastos de la primera plantilla tenga un tratamiento diferenciado respecto del resto de los gastos en tanto que es esa partida la que integra la mayoría de los gastos de la entidades (véase página 19 del informe pericial de BDO al folio 276 de los autos).

Por lo demás, como se indica en el informe pericial del Sr. ■■■■■, la única limitación al gasto neto en la plantilla deportiva, es decir, la diferencia entre los gastos correspondientes a la plantilla de jugadores, entrenadores y técnicos, y los ingresos por cesión de jugadores, es que el importe presupuestado no puede ser superior a la diferencia entre el resto de los ingresos y gastos presupuestados. Además, se trata de una fórmula flexible que permite a las entidades que hayan cerrado con beneficios las cuentas de las dos últimas temporadas, aprobar un presupuesto deficitario para la siguiente, siempre y cuando la cuantía del déficit previsto sea inferior a la suma de los beneficios obtenidos en las dos temporadas anteriores.

Tampoco podemos obviar que, aun cuando no consta su firmeza, la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictada con fecha 28 de marzo de 2016 (folios 385 a 404 de los autos), con ocasión de la impugnación del acto administrativo consistente en la resolución dictada por el presidente del Consejo Superior de Deportes por la que se desestimó el recurso de alzada interpuesto por el aquí demandante y la ASOCIACIÓN DE FUTBOLISTAS PROFESIONALES contra la denegación por la LFP del visado previo de la licencia de don ■■■■■ como jugador del "GETAFE. CF, S.A.D.", también ha rechazado la allí alegada infracción del Derecho de la competencia (folio 402 de los autos).

SÉPTIMO.- Aunque ha quedado fuera del objeto de esta resolución la pretensión subsidiaria planteada por la parte demandada, al haberse omitido todo pronunciamiento sobre ella en la sentencia de primera instancia sin que se hubiera intentado remediar la infracción procesal en la instancia precedente, pudiendo hacerlo el demandante, tal y como ya se ha explicado en el punto 2 del tercer

fundamento de derecho de esta resolución, conviene indicar que de poder examinarse esa pretensión subsidiaria, por la que se interesaba que se incardinase la conducta de la demandada en el ámbito de la prohibición del artículo 1 LDC como un acuerdo o decisión colectiva anticompetitiva, no podría ser acogida.

Sin perjuicio de otras razones, el propio planteamiento del actor en su demanda impediría el éxito de la acción pues pese a formular la pretensión con carácter subsidiario, en la fundamentación jurídica de la demanda el propio demandante rechaza que la conducta de la LNFP pueda subsumirse en el artículo 1 LDC. Así, considera que las normas de control financiero se adoptan por la Comisión Delegada de la LNFP y de ello concluye que: *“No cabe concertación entre los miembros de un mismo órgano de gobierno de una entidad que actúa colegiadamente, por lo que su decisión debe interpretarse como emanada de la propia Comisión y por tanto constitutiva de un abuso de su posición de dominio que lleva a cabo la Asociación a través de su órgano de dirección”*. Es la propia parte actora la que razona en su demanda (páginas 17 y 18, sin que antes ni después se mantenga otra cosa) que la conducta no puede integrar un acuerdo o decisión colectiva anticompetitiva, planteamiento que, directamente, conduciría al rechazo de la pretensión subsidiaria formulada por el actor en su demanda.

Los razonamientos expuestos determinan la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia apelada.

OCTAVO.- Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso, tal como prevé el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación al artículo 394 del mismo texto legal.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el procurador don ██████████ ██████████ en nombre y representación de **DON ██████████ ██████████** contra la sentencia dictada el día 16 de marzo de 2017 por el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid, en el procedimiento núm. 910/2014 del que este rollo dimana.

2.- Confirmar la resolución recurrida.

3.- Imponer a la apelante las costas derivadas de su recurso.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos señores magistrados integrantes de este Tribunal.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.