

LAS CUESTIONES PENDIENTES DESPUES DE LA SENTENCIA BOSMAN

Por

CARMEN CAMBA CONSTENLA
Becaria del Area de Derecho Administrativo
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. EL ASUNTO *BOSMAN*: BREVE RECORDATORIO Y CUESTIONES PENDIENTES.—2. EL ASUNTO *BALOG*: CONCRECIÓN DE CUESTIONES PLANTEADAS AHORA AL TJCE: a) *Resumen de los hechos*. b) *Resolución provisional y tutela cautelar de la situación del demandante*: b1) La urgencia y el *periculum in mora*. b2) La apariencia de buen derecho. c) *Cuestiones planteadas al TJCE y excepciones opuestas por la parte demandada*: c1) Los clubes de fútbol como entidades diferenciadas de las empresas. c2) La no existencia de acuerdo alguno entre empresas ni de práctica concertada. c3) La no afectación sensible ni de la competencia ni del comercio entre Estados miembros. c4) La imposibilidad en todo caso de impedirsele exigir el pago del traspaso si el jugador contrata con un club de un tercer Estado no comunitario.—3. LAS CUESTIONES CENTRALES DEL DEBATE.—4. PERSPECTIVAS EVOLUTIVAS.

INTRODUCCIÓN

De todos es conocido que la sentencia *Bosman*, dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el 15 de diciembre de 1995 (as. C-145/93), tuvo y continúa teniendo una gran trascendencia en el ámbito de la organización del deporte profesional, tanto en lo que se refiere a la pretendida autonomía de dicho ordenamiento y sus relaciones con el Derecho comunitario como en lo relativo a la compatibilidad de algunas de sus reglamentaciones con las reglas comunitarias atinentes a la libertad de circulación de trabajadores (1).

No es éste el lugar —ello ha sido hecho ya en repetidas ocasiones— para glosar los contenidos y la doctrina extraída de dicha sentencia seminal.

Era evidente, desde el momento mismo de su publicación, que algunas cuestiones habían quedado pendientes de resolución, y que aquellas que habían encontrado respuesta planteaban de inmediato nuevos interrogantes. Nadie desconocía que el Tribunal de Luxemburgo debería enfrentarse a ellas más pronto o más tarde, y eso precisamente es lo que ha ocurrido en este momento y lo que motiva este comentario.

(1) Cuestiones tan interesantes desde este punto de vista como la compatibilidad con el Tratado de la negación del acceso a competiciones deportivas, de carácter nacional o general, a los hijos de trabajadores migrantes, han sido ya planteadas al Tribunal (cuestión prejudicial presentada por el Tribunal de Primera Instancia de Namur, con fecha 1 de enero de 1998) y están actualmente también pendientes de resolución.

En efecto, el Tribunal de Primera Instancia de Charleroi (Bélgica) ha dirigido, en fecha 2 de julio de 1998, una cuestión prejudicial al Tribunal del Luxemburgo sobre la base del artículo 177 TCE, cuestión planteada en los siguientes términos:

«¿Es compatible con el artículo 85 del Tratado de Roma y/o con el artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que un club de fútbol establecido en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea pretenda, sobre la base de los reglamentos y circulares de las federaciones nacionales e internacionales (URBSFA, UEFA, FIFA), obtener el pago de una "cantidad por traspaso" con ocasión de la contratación de uno de sus antiguos empleados, jugador de fútbol profesional de nacionalidad no comunitaria, acaecida al finalizar el contrato, por un nuevo empleador establecido en el mismo Estado miembro, en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, o incluso en un tercer Estado?»

1. EL ASUNTO BOSMAN: BREVE RECORDATORIO Y CUESTIONES PENDIENTES

Esta fue, en efecto, la gran cuestión pendiente tras la sentencia del caso *Bosman*. A modo de breve recordatorio, veamos cuáles fueron las cuestiones suscitadas y cuáles las respuestas del Tribunal.

En aquella ocasión se preguntó al Tribunal acerca de la compatibilidad con el Tratado tanto de las reglas relativas a la alineación de jugadores extranjeros como de las reglas relativas a los traspasos de jugadores entre clubes, y ello desde un doble enfoque: el de la libertad de circulación de personas (art. 48 TCE) y el de las reglas de la competencia (arts. 85 y 86 TCE).

El Tribunal respondió efectivamente a las dos cuestiones, diciendo que ambos tipos de reglas son contrarios al Tratado (2), pero en atención úni-

(2) Esta toma de posición del Tribunal no es en absoluto novedosa, sino que es la ya adoptada hace más de veinte años en los asuntos *Walrave*, de 1 de diciembre de 1974 (asunto 36/74), y *Dona*, de 14 de julio de 1976 (asunto 13/76). En sendas ocasiones, el Tribunal había declarado aplicable el Derecho comunitario a las prácticas deportivas profesionales en tanto en cuanto constituyen actividades económicas en los términos del artículo 2 TCE (el problema subsiste entonces respecto del deporte *amateur*) y había considerado ilegales las cláusulas de nacionalidad por aplicación del principio general de interdicción de las discriminaciones en razón de la nacionalidad contenido en el artículo 7 TCE. Esta declaración categórica se vio no obstante matizada, hasta su completa desnaturalización, por cuanto que en ambas decisiones el Tribunal incorpora una limitación concebida en términos amplios: la interdicción de discriminación en razón de la nacionalidad no concierne la composición de equipos deportivos, en particular cuando se trata de equipos nacionales y de cara a la participación «en ciertos encuentros», en la medida en que la formación de dichos equipos es una cuestión puramente deportiva y extraña a motivaciones económicas. La vaguedad de estos pronunciamientos hizo que la doctrina general quedase inaplicada en su totalidad y que la cuestión hubiese de suscitarse de nuevo en 1993.

camente al primer enfoque señalado, por entender que la vulneración de las normas relativas a una de las libertades fundamentales entraña la invalidez de dichas reglas, sin que sea necesario plantearse la cuestión bajo el segundo enfoque mencionado.

Siendo el razonamiento técnicamente impecable, la solución incorporada es, sin embargo, alicorta por cuanto no resuelve los problemas suscitados más allá del supuesto en que el deportista afectado sea un nacional de uno de los Estados miembros de la Comunidad y, aun dándose dicho requisito, siempre que de las circunstancias del caso se deduzca una afectación actual o potencial de la circulación intracomunitaria de trabajadores. Quiere con ello decirse que, aun después de la importante decisión recaída en el caso *Bosman*, cuatro grandes interrogantes se encuentran todavía sin respuesta: ¿Son compatibles con el Derecho comunitario las cláusulas de nacionalidad respecto de jugadores no comunitarios? ¿Es compatible con el Derecho comunitario la exigencia de indemnizaciones por traspaso cuando el mismo se produce antes de la expiración del contrato que liga al jugador con el club? ¿Son compatibles con el Derecho comunitario las reglas de traspaso entre clubes de un mismo Estado miembro y respecto de jugadores no comunitarios con ocasión de una *transferencia al fin del contrato*? ¿Son compatibles con el Derecho comunitario las reglas de traspaso entre clubes de distintos Estados miembros y respecto de jugadores no comunitarios también al fin del contrato?

De los cuatro interrogantes señalados son los dos últimos los que han sido presentados en esta ocasión al Tribunal de Luxemburgo. Tratándose de un jugador de nacionalidad extracomunitaria es evidente que no puede examinarse el asunto a la luz del artículo 48 TCE, pero puede y debe hacerse bajo el prisma de las reglas de la competencia, y ello es exactamente lo que el Tribunal de Primera Instancia de Charleroi ha solicitado del Tribunal de Luxemburgo acogiéndose a la posibilidad abierta por el artículo 177, párrafo 2.º, del TCE.

2. EL ASUNTO *BALOG*: CONCRECIÓN DE CUESTIONES PLANTEADAS AHORA AL TJCE

a) *Resumen de los hechos*

El señor Tibor Balog, de nacionalidad húngara, fue empleado como futbolista profesional por el Royal Charleroi Sporting Club en 1993 mediante sucesivos contratos, el último de los cuales expiraba el 30 de junio de 1997. El 21 de abril de 1997 el club le notifica su propuesta de renovar su contrato por una temporada más, lo cual el señor Balog rechaza.

Por su parte, el señor Balog había mantenido una serie de contactos con sendos clubes francés y noruego en vista de ser contratado, contactos que no llegaron a fructificar a causa de la cláusula de indemnización de traspaso de varios millones de francos belgas que el club de Charleroi había incluido en su contrato.

En diciembre de 1997, el señor Balog fue cedido por una temporada a un club israelí sin que el club de Charleroi reclamase cantidad alguna, pues se trataba de una cesión temporal.

En abril de 1998 el mencionado club le dirigió una nueva oferta contractual que, pareciéndole poco interesante, no fue aceptada por el jugador, el cual, en fecha de 23 de abril de 1998, introdujo una demanda en procedimiento de urgencia (3) contra el Royal Charleroi Sporting Club ante el Tribunal de Primera Instancia de Charleroi con el objeto de impedir que dicho club exigiese una indemnización por traspaso «*tendente a o que tenga por efecto, directa o indirectamente, ejercer presión u obstaculizar la libertad contractual del demandante y de todo club interesado a contratarle como futbolista profesional*». Paralelamente solicitó el pago de una cantidad mensual de 45.000 francos belgas hasta que recaiga decisión ejecutoria sobre el fondo de la cuestión y, subsidiariamente, que la cuestión prejudicial fuese planteada al Tribunal de Luxemburgo.

b) *Resolución provisional y tutela cautelar de la situación del demandante*

Tras examinar su propia competencia *ratione materiae*, así como las excepciones de improcedencia planteadas por la parte demandada, el Tribunal de Primera Instancia de Charleroi, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, acordó provisionalmente conceder la medida solicitada y cautelarmente instar al club de Charleroi para que se abstuviese de reclamar cualquier suma en concepto de indemnización de traspaso, al tiempo que remitía la cuestión prejudicial a Luxemburgo para su examen de fondo a la luz de los artículos 85 TCE y 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Respecto de la reclamación de cantidad mensual, el Tribunal estimó que sería prematuro fallar antes de conocer la interpretación del Tribunal de Luxemburgo.

No deja de plantear un cierto interés el examen de las motivaciones que llevan al órgano de instancia a decidir cautelarmente la suspensión de la vigencia de la cláusula de traspaso.

En efecto, dicho Tribunal alcanza la conclusión de que debe estimarse la pretensión del demandante de instar, conforme a las reglas de enjuiciamiento internas (4), el procedimiento de urgencia y de obtener efectivamente la protección cautelar de su situación. La pertinencia de dicha conclusión debe analizarse a la luz de los tres elementos de razonamiento que fundamentan la estimación de la demanda de protección cautelar, a saber: la urgencia, el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*.

(3) El demandante precisó en este momento que una demanda sobre el fondo de la cuestión había sido presentada ante el Tribunal civil correspondiente y que la reclamación planteada en esta instancia viene motivada por la urgencia y que sólo pretende la resolución cautelar de la cuestión.

(4) Artículo 584.1.º del Código de Enjuiciamiento belga.

b1) *La urgencia y el periculum in mora.*

En un análisis de conjunto de los dos requisitos materiales que justifican el otorgamiento de la tutela cautelar, el juzgador estima que se dan en el caso tanto la urgencia como el peligro de perjuicio irreparable en ausencia de resolución rápida, dado que la edad del jugador (5) —32 años— y la brevedad de las carreras deportivas de alto nivel, por una parte, y la naturaleza del litigio y la lentitud de los procedimientos judiciales ordinarios, por otra, hacen que al demandante no le sea posible obtener una decisión de fondo en tiempo útil (6).

Con ello, en una actitud digna de elogio, realiza un examen realista y desligado de exacerbaciones formalistas al entender, por ejemplo, que no puede considerarse que la situación de urgencia haya sido creada por el propio actor pues éste, antes de iniciar el presente procedimiento, intentó la resolución del conflicto por medios extrajudiciales.

b2) *La apariencia de buen derecho.*

Este es, a mi modo de ver, el punto más delicado del análisis efectuado por el órgano juzgador a la hora de conceder la protección cautelar. Sin intentar volver sobre la configuración general del *fumus boni iuris* como elemento fundamentador, junto con los dos anteriormente reseñados, del otorgamiento de dicha protección en la jurisprudencia comunitaria, entiendo que puede ser objeto de crítica el hecho de que el Tribunal de instancia adopte una óptica de análisis centrada únicamente en la situación concreta del demandante, lo cual no es objetable en sí mismo —es incluso loable por cuanto que se escapa de consideraciones formalistas (7)—, sino por la dosis de voluntarismo que incorpora, pues parece fundamentarse en una traslación automática de la doctrina extraída del caso *Bosman*. Dicha traslación no está exenta de problemas por cuanto que la *ratio decidendi* del Tribunal en el caso *Bosman* se encuentra en la afectación de las normas comunitarias relativas a la libertad de circulación de trabajadores comunitarios, normas que por definición no son aplicables a los trabajadores no comunitarios, como por otra parte no se le escapa al propio demandan-

(5) El Tribunal tiene en cuenta que sus expectativas de obtener un contrato interesante decrecen con el paso del tiempo.

(6) No olvidemos que la decisión judicial en el caso *Bosman* vino precedida de un procedimiento que duró más de cinco años, lo que ha puesto en cuestión si el efecto directo del artículo 48 TCE no es finalmente una libertad formal y si la facultad de invocar los derechos que concede no depende de la capacidad económica del demandante, que se arriesga además a la exclusión social. Vid. J.-L. DUPONT, *Deporte profesional y ordenamiento jurídico comunitario después del caso Bosman*, «Revista de Instituciones Europeas», núm. 2, 1996, págs. 487 a 504.

(7) Entre otras consideraciones, estima que no puede reprocharse al demandante el no haber aceptado una nueva oferta contractual por parte de su antiguo empleador, siendo así que las condiciones de la misma no le resultaban interesantes.

te, que por ello plantea la cuestión desde el punto de vista de la afectación de las normas de la competencia.

Si bien es cierto que los poderes suspensivos del juez nacional no se vinculan con carácter general al derecho fundamental comunitario a obtener la tutela cautelar de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico comunitario (8), no parece de recibo el otorgamiento de la medida cautelar toda vez que no puede entreeverse un derecho del actor derivado de la libertad de circulación de trabajadores, derecho fundamental que, como ciudadano no comunitario, no puede derivar de dicho ordenamiento.

Podríamos plantearnos si el Tribunal de instancia no ha ido demasiado lejos en la consideración *negativa* de la apariencia de buen derecho como estimación de que la demanda principal no resulte manifiestamente infundada, descartando abiertamente una consideración *positiva* entendida como la previsibilidad de obtención de una resolución estimatoria de la demanda principal, previsibilidad más que discutible en el caso que nos ocupa, sobre todo si tenemos en cuenta que la propia formulación de la cuestión prejudicial parte de la constatación de que la doctrina invocada no es aplicable al caso y lo que se pregunta es si una doctrina paralela podría ser derivada de unas normas diferentes en su estructura y en su orientación a las normas comunitarias de la libertad de circulación de trabajadores, como son las normas comunitarias de la competencia.

c) *Cuestiones planteadas al TJCE y excepciones opuestas por la parte demandada*

Hemos visto hasta aquí las motivaciones que han llevado al Tribunal de Primera Instancia de Charleroi a estimar la pretensión del demandante y a otorgarle la tutela cautelar de su situación jurídica al tiempo que dirige al Tribunal de Luxemburgo la cuestión prejudicial en los términos en que ha sido expuesta más arriba.

El club demandado se ha defendido ya en la instancia alegando: 1) que no es una empresa sino una asociación sin ánimo de lucro y sin finalidad económica; 2) que no ha habido acuerdo alguno entre empresas ni práctica concertada; 3) que no hay afectación sensible ni de la competencia ni del comercio entre Estados miembros, autocalificándose de club modesto e incluso «menesteroso», y 4) que en todo caso no podría impedirle exigir el pago de un traspaso si el demandante contrata con un club de un tercer Estado no comunitario.

Se trata, en términos generales, de las mismas alegaciones que en su día había hecho el club de Lieja para oponerse a las pretensiones actoras de idéntico fundamento en el caso *Bosman*.

No se trata, obviamente, de hacer aquí una predicción de cuál pueda ser la solución que el Tribunal de Luxemburgo alcanzará, pero no está de más un examen de la cuestión a la luz de la doctrina general de dicha ins-

(8) Vid. M. BACIGALUPO, *La justicia comunitaria*, Madrid, 1995, pág. 123.

tancia jurisdiccional acerca de las reglas de la competencia y de las conclusiones del Abogado General Lenz cuando esta cuestión, entre otras, fue planteada al Tribunal hace cinco años. Seguiremos para ello el orden expositivo derivado de las objeciones planteadas por la parte demandada en este litigio.

c1) *Los clubes de fútbol como entidades diferenciadas de las empresas.*

Esta objeción es fácilmente salvable a la luz de la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Luxemburgo, que entiende que el concepto de «empresa» comprende «cualquier entidad que ejerza una actividad económica», con independencia de su estatuto y forma jurídicos (9) y de sus modos de financiación (10). En efecto, como pusiera de manifiesto el Abogado General Van Gerven en sus conclusiones en el caso *Schmidt* (11), el Tribunal viene refiriendo el concepto de empresa al concepto más amplio de entidad económica, concepto que remite a la existencia de un mínimo de *autonomía organizativa*.

El hecho de no perseguir la entidad ánimo de lucro es también irrelevante a los efectos que nos ocupan, toda vez que lo relevante es el carácter económico de la actividad por ella desarrollada (12), y dicho carácter económico de la actividad viene definido por el hecho de participar en los intercambios económicos, abstracción hecha de la persecución de un beneficio (13).

Así las cosas, es hoy por hoy difícilmente discutible que la actividad deportiva tiene una dimensión económica (14) y que los clubes de fútbol profesionales, como partícipes necesarios que son de esa actividad, actúan como operadores económicos (15) o, si se quiere para mayor precisión, su actividad deportiva tiene unas repercusiones económicas claras (16) y no se trata de unas repercusiones que escapan a la voluntad de estas entidades, sino que ellas mismas —a través de la participación en competiciones organizadas, el patrocinio, la publicidad, la venta de los derechos televisivos—

(9) Sentencia *Dansk Pelsdyravlforening*, de 2 de julio de 1992 (asunto 61/89).

(10) Sentencias *Höfner y Elser*, de 23 de abril de 1991 (asunto 41/90), y *Pistre*, de 17 de febrero de 1993 (asunto 160/91). Asimismo, en la sentencia *Poucet & AGF*, de la misma fecha que la anterior (asunto 159/91), el Tribunal entendió que una caja privada de previsión social no puede ser considerada empresa precisamente porque no desarrolla una actividad económica.

(11) Sentencia de 5 de octubre de 1988 (asunto 357/87).

(12) Sentencias *Royaume Uni*, de 8 de junio de 1994 (asunto 382/92), y *Fédération française des sociétés d'assurance*, de 16 de noviembre de 1995 (asunto 244/94).

(13) Sentencia *British Telecom*, de 20 de marzo de 1985 (asunto 41/83).

(14) G. CAMPOGRANDE, *Les règles de concurrence et les entreprises sportives professionnelles après l'arrêt Bosman*, en «Revue du Marché Unique Européen», núm. 1, 1996, págs. 45 a 56.

(15) De la misma opinión, entre nosotros, L. M. CAZORLA (dir.), *Derecho del deporte*, Madrid, 1992, págs. 80 y ss.

(16) Vid. G. AUNEAU, *Le mouvement sportif européen à l'épreuve du droit communautaire*, «Revue Trimestrielle de Droit Européen», núm. 32, 1996, págs. 101 a 119, en especial págs. 115 y ss.

vos, de entradas y otros muchos y variados artículos— actúan en el mercado como verdaderos ofertantes y demandantes de bienes y servicios y en esa medida deben quedar sometidos a las reglas de la competencia (17).

Como operadores económicos, los clubes se encuentran en situación de competencia directa entre sí en el mercado de las fuentes de aprovisionamiento de jugadores (18) y entre ellos y con otros operadores en mercados como los de espectáculos y de prestaciones publicitarias.

Estas consideraciones no sólo son válidas respecto de los clubes individualmente considerados, sino también respecto de las federaciones nacionales e internacionales, en la medida en que organizan competiciones entre clubes y que en torno a estas competiciones se mueve un flujo de intercambios económicos de los cuales no son meros observadores, sino activos participantes (19).

c2) *La no existencia de acuerdo alguno entre empresas ni de práctica concertada.*

Es también corriente en la jurisprudencia comunitaria la utilización de un concepto amplio de lo que es un acuerdo entre empresas que, como modalidades atípicas, puede revestir forma de decisión de una asociación de empresas, de práctica concertada o de concentración de empresas. Dicha noción extensiva alcanza a todo tipo de acuerdos orales o escritos (20), con independencia del grado de obligatoriedad para los participantes (21) desde el momento en que sean expresión clara de la existencia de una voluntad común (22).

Para que pueda hablarse de una asociación de empresas es indiferente que se trate de decisiones de un organismo de carácter público (23) o privado conforme al Derecho nacional o internacional (24). La propia Comi-

(17) En este sentido, el Comisario de la Competencia, Karel Van Miert, en la conferencia titulada «Sport et concurrence: développements récents et action de la Commission», pronunciada en el Forum Europeo del Deporte (Luxemburgo, 27 de noviembre de 1997), entendió que «... es claro que los aspectos económicos del deporte dotados de una lógica comercial y no de una lógica puramente deportiva, social o cultural que superan las fronteras nacionales no pueden escapar del campo de aplicación del Derecho comunitario».

(18) En contra, vid. la opinión de A. PAPPALARDO y N. PARISIS, *Droit de la concurrence et sport professionnel par équipe*, en «Revue du Marché Unique Européen», núm. 1, 1996, págs. 57 a 64.

(19) G. CAMPOGRANDE, *Les règles de la concurrence...*, op. cit., pág. 50.

(20) Sentencia *Tepea*, de 20 de junio de 1978 (asunto 28/77).

(21) Sentencia *Verband der Sachversicherer*, de 27 de enero de 1987 (asunto 45/85).

(22) Sentencia *BASF, Productores de polipropileno*, de 17 de diciembre de 1991 (asunto 4/89).

(23) Sentencias *Fedetab*, de 20 de octubre de 1980 (asunto 209/78), o *Bureau National Interprofessionnel du Cognac*, de 30 de enero de 1985 (asunto 123/83).

(24) La Union Royale Belge des Sociétés de Football Association tiene naturaleza jurídica privada como asociación sin ánimo lucrativo (ASBL) constituida al amparo de la Ley belga de 27 de junio de 1921. Respecto de la naturaleza jurídica de las federaciones deportivas la literatura es muy abundante. Entre nosotros, vid. L. M. CAZORLA, op. cit.,

sión Europea ha avalado esta interpretación extensiva al señalar que puede tratarse de cualquier forma de agrupación voluntaria, investida o no de personalidad jurídica: sindicatos profesionales, agrupaciones de interés económico, asociaciones sin ánimo de lucro e incluso simples asociaciones de hecho sin personalidad jurídica (25).

La práctica concertada, por su parte, hace referencia a los supuestos en los que no puede constatarse la existencia de un acuerdo formal (26) pero aparece indubitada la existencia de una cooperación práctica entre los operadores que no definen su actuación de forma autónoma de acuerdo con las reglas del mercado (27).

En el caso de referencia no parece necesario plantearse la cuestión de la existencia de práctica concertada toda vez que es innegable la existencia de cooperación, sea bajo la forma de acuerdos entre clubes, sea bajo la forma de decisiones de los entes asociativos (28). En cualquiera de los casos se trata de una cooperación en términos explícitos, escritos y obligatorios.

En efecto, el vigente Reglamento de la Federación Internacional de Fútbol Asociación (FIFA) relativo al estatuto y las transferencias de jugadores, de 7 de diciembre de 1996 (29), contiene en sus artículos 14 y ss. las reglas relativas a los traspasos entre clubes de distintos Estados. El párrafo 8 del citado artículo 14 excluye la aplicación de dichas reglas «a las transferencias de jugadores que posean la nacionalidad de un país miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo y que se realicen entre dos asociaciones nacionales cuyos países sean miembros de la UE o del EEE, siempre que el contrato de trabajo del jugador con su antiguo club haya expirado normalmente para las dos partes». Es decir, dichas reglas son plenamente aplicables cuando se trata de traspasos en vigencia de contrato, así como en cualquier momento a los traspasos entre clubes de la UE o del

págs. 228 y ss., en relación con las federaciones internacionales, y págs. 238 y ss., en lo que se refiere a las federaciones nacionales. Respecto de las funciones públicas que estas entidades realizan y a su posible colisión con la naturaleza privada de las mismas, vid., en la misma obra, págs. 244 y ss. Para sendas exposiciones de Derecho comparado puede verse G. REAL FERRER, *Derecho público del deporte*, Madrid, 1991, págs. 189 a 301, así como P. MAYOR MENÉNDEZ, E. ARNALDO ALCUBILLA y C. DEL CAMPO COLAS (coords.), *Régimen jurídico del fútbol profesional*, Madrid, 1997, págs. 44 a 52. Desde una óptica exclusivamente estatal, A. CAMPS POVILL, *Las federaciones deportivas. Régimen jurídico*, Madrid, 1996, págs. 108 y ss. También, M. FUERTES, *Asociaciones y sociedades deportivas*, Madrid, 1992, págs. 101 y ss., R. TEROL GÓMEZ, *Las ligas profesionales*, Pamplona, 1998, págs. 191 y ss. e I. AGIRREAZKUEENAGA, *La intervención pública en el deporte*, Madrid, 1998, págs. 253 a 352.

(25) Decisión CECIMO, de 13 de marzo de 1969 («DOCE» núm. L 69, de 20 de marzo de 1969).

(26) El Tribunal de Luxemburgo ha extendido notablemente la noción de práctica concertada hasta hacer entrar a los *gentlemen's agreement* en la conocida sentencia *Trefi-leurope*, de 6 de abril de 1995 (asunto 141/89).

(27) Sentencia *Suiker Unie*, de 16 de diciembre de 1975 (asunto 40/73), y más recientemente, recordando esta jurisprudencia, la sentencia *Pâtes des bois*, de 31 de marzo de 1993 (asunto 89/85).

(28) El Abogado General en el caso *Bosman* destacó que, en la medida en que el artículo 85 TCE rige en igual medida para una y otra forma de cooperación, dicha distinción carece de relevancia (punto 258).

(29) Con efectos a partir del 1 de octubre de 1997.

EEE y clubes extraños a dichos círculos, a los traspasos dentro de la misma asociación nacional y a los traspasos entre clubes de cualesquiera Estados cuando afecten a jugadores de nacionalidad no comunitaria o extranjeros al EEE (30).

En lo que se refiere a los traspasos entre clubes del mismo Estado, el propio Reglamento, en su Preámbulo (párrafo 3.º), establece la obligatoriedad para las asociaciones nacionales de organizar su sistema de transferencias, que deberá ser aprobado por la FIFA y que deberá incluir las disposiciones que con carácter obligatorio contiene dicho Reglamento y respetar los principios generales estipulados por los artículos subsiguientes con las mismas, lo que remite directamente al mencionado artículo 14 porque el sistema diseñado en el mismo viene invocado en su precedente, el artículo 13, el cual se encuentra a su vez entre las disposiciones declaradas obligatorias (párrafo 2.º del Preámbulo).

c3) *La no afectación sensible ni de la competencia ni del comercio entre Estados miembros.*

La defensa del club de Charleroi no se articula sobre la base de la naturaleza no lesiva de la competencia de los acuerdos en cuestión, sino que, renunciando aparentemente a esta vía argumental —tal vez por considerarla difícilmente sostenible—, se centra en el carácter supuestamente no sensible de la afectación. En otras palabras, se renuncia a la argumentación en términos cualitativos para centrarse en una argumentación de corte cuantitativo.

Aunque, en efecto, tanto la Comisión Europea como el Tribunal de Justicia suelen considerar que las únicas restricciones a la competencia que están prohibidas por el Derecho comunitario son aquellas que, en razón de la posición que ocupan los interesados sobre el mercado en cuestión, son susceptibles de afectar el juego de la libre competencia de modo «sensible» (31) (excepción *de minimis*), dicha doctrina no es aplicable para el caso en cuestión porque el carácter sensible de la afectación en razón de la talla de los participantes en los acuerdos ha de examinarse de modo conjunto, es decir, valorando globalmente la talla de todos los operadores implicados y la parte relativa de la producción afectada por el acuerdo, desde una perspectiva que permita ponderar la incidencia real del mismo sobre la estructura concurrencial del mercado en cuestión (32) y no, como parece hacer la defensa, tomando únicamente en consideración la posición en dicho mercado de uno sólo de los partícipes del acuerdo.

(30) A pesar de que la FIFA había comunicado a la Comisión Europea la abolición de la aplicación del sistema de traspasos en el interior del espacio EEE para los jugadores no-UE, al término del contrato, a partir del 1 de abril de 1997, en su Circular núm. 616, de 4 de junio de 1997, retrasa esta fecha hasta el 1 de abril de 1999.

(31) Decisión de la Comisión de 17 de julio de 1968 («DOCE» núm. L 201, de 12 de agosto de 1968) y sentencia *Völk-Vervaecke*, de 9 de julio de 1969 (asunto 5/69).

(32) Sentencias *Miller*, de 1 de febrero de 1978 (asunto 19/77); *Distillers Company*, de 10 de julio de 1980 (asunto 30/78); *Erauw-Jacquery*, de 19 de abril de 1988 (asunto 27/87), o *Philip Morris*, de 21 de marzo de 1990 (asunto 142/87).

Dicha valoración ha de efectuarse caso por caso, sin que puedan darse respuestas apriorísticas, pero parece de todo punto lógico pensar que la afectación de la competencia que produce la decisión de una asociación que agrupa de modo obligatorio a todos los operadores en el mercado de referencia es por sí misma, desde el momento en que se demuestre que el tenor del acuerdo que incorpora es susceptible de restringir, impedir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común, una afectación «sensible».

Una distorsión de esta naturaleza se produciría incluso aunque fuese posible ampliar la aplicabilidad de la doctrina extraída del caso *Bosman* a las transferencias internas porque, teniendo dicha doctrina su enclave en las normas relativas a la libertad de circulación de trabajadores, no podría fundamentar la supresión de las cláusulas de traspaso respecto de jugadores no comunitarios. De ahí la necesidad de atajar la problemática desde un ángulo de análisis más general como es el que proporcionan las normas comunitarias de la competencia.

- c4) *La imposibilidad en todo caso de impedirsele exigir el pago del traspaso si el jugador contrata con un club de un tercer Estado no comunitario.*

La cuestión aquí implicada es la determinación de la aplicación, como criterio de la competencia territorial de la norma comunitaria, a situaciones jurídicas que desarrollan sus efectos fuera del ámbito territorial de la Comunidad; en otras palabras, la determinación del ámbito espacial de aplicación de la norma comunitaria, un problema por otra parte común a todo ordenamiento independientemente de su naturaleza, intraestatal, estatal o supraestatal.

La postura defendida por la parte demandada podría parecer de recibo si de lo que se tratase fuese de enjuiciar la compatibilidad de las normas de transferencia con las normas relativas a la libre circulación de trabajadores, dado que el propio artículo 48.2.º TCE refiere dicha libertad de circulación a los trabajadores de los Estados miembros, pero entonces la cuestión habría que centrarla no tanto en la competencia *ratione materiae* cuanto en la competencia *ratione personae*, y la excepción a oponer por la demandada sería más bien la de inaplicabilidad del Derecho comunitario en razón de la nacionalidad del jugador con independencia de que intentase contratar con un club del interior del espacio comunitario o exterior al mismo. No siendo éste el supuesto planteado al Tribunal sino, como ya se ha destacado, el del enjuiciamiento de la compatibilidad de las normas de traspaso con el Derecho comunitario de la competencia, la demandada no puede articular la defensa de este modo y recurre al cuestionamiento de la aplicabilidad de la norma comunitaria en los términos señalados.

El primer criterio de aplicabilidad territorial de las normas comunitarias de la competencia es el de afectación al comercio entre Estados miem-

bros, criterio interpretado extensivamente por la jurisprudencia como la probabilidad de que un comportamiento pueda ejercer una influencia directa o indirecta, actual o potencial, sobre los flujos comerciales entre los Estados (33), obstaculizando así la interpenetración económica querida por el Tratado (34). Con ello se quiere decir que pueden caer dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario de la competencia tanto los comportamientos relativos a intercambios dentro de un mismo Estado miembro cuando son susceptibles de afectar el comercio intracomunitario (35), como los comportamientos en los intercambios con terceros Estados si producen efectos sobre la competencia en uno o varios Estados miembros (36).

En contra de lo que parece sostener la parte demandada, no estamos aquí ante un supuesto de aplicación extraterritorial del Derecho comunitario, puesto que al menos una de las partes participantes en el hipotético acto de aplicación del acuerdo (las normas sobre transferencias) está establecida en el territorio comunitario (37).

El problema parece reconducirse en el fondo a una cuestión fáctica íntimamente relacionada con la examinada en el apartado precedente, cual es la valoración que merece la exigencia de una indemnización de traspaso a un club establecido en un tercer Estado en razón de su incidencia sobre la estructura concurrencial del mercado común.

Parece necesario relativizar la afirmación apriorística de que los traspasos extracomunitarios no afectan el comercio intracomunitario. A este respecto había estimado el Abogado General en el caso *Bosman* que, partiendo de un concepto amplio de «comercio», no limitado al comercio de

(33) Sentencias *Grundig*, de 13 de julio de 1966 (asunto 56/64); *Höfner y Elser* (cit.) o *BPB & British Gypsum*, de 1 de abril de 1993 (asunto 65/89).

(34) Sentencia *ALSATEL*, de 5 de octubre de 1988 (asunto 247/86).

(35) Sentencia *Remia*, de 15 de julio de 1985 (asunto 42/84).

(36) Sentencias *Béguelin*, de 25 de noviembre de 1971 (asunto 22/71), o *Pâte de bois* (cit.).

(37) La Comisión entiende que la aplicación de las normas comunitarias de la competencia alcanza incluso a los comportamientos anticoncurrenciales cuando las empresas implicadas en los mismos no tienen vínculo jurídico alguno con ningún Estado miembro, siempre y cuando los efectos de dichos comportamientos alcancen al comercio intracomunitario: «El artículo 85 TCEE se aplica a las prácticas restrictivas que pueden afectar al comercio entre Estados miembros incluso si las empresas y asociaciones participantes están establecidas o tienen su dirección fuera de la Comunidad, e incluso si las prácticas restrictivas en cuestión afectan a mercados exteriores a la Comunidad Económica Europea.» Opinión de la Comisión en el caso *Pasta de madera*, de 1985 («DOCE» núm. L 85). Dicha aplicación extensiva del principio de la afectación no ha sido acogida en sus términos literales por el Tribunal de Luxemburgo, que en la resolución del mencionado caso se decantó por la teoría de la puesta en práctica o implementación del acuerdo o práctica restrictiva (Sentencia *Pasta de madera*, de 27 de septiembre de 1988, asuntos acumulados 89, 104, 114, 116, 117 y 125 a 129/85), pero ha aclarado expresamente que la Comisión no ha efectuado una apreciación errónea del ámbito de aplicación territorial del artículo 85 cuando lo ha aplicado a empresas que tienen su domicilio fuera de la Comunidad. Acerca de la distinción, más terminológica que práctica, entre ambas aproximaciones en una perspectiva comparada entre la solución europea y la americana, vid. R. P. ALFORD, *The extraterritorial application of Antitrust Laws: The United States and European Community Approaches*, en «Virginia Journal of International Law», University of Virginia, núm. 1, 1992, págs. 1 a 50.

mercancías sino en general a los flujos de intercambio, las normas de transferencia inciden sobre el mismo en la medida en que encarecen los precios finales a pagar por los servicios de los jugadores, y dicha incidencia tiene un efecto restrictivo de la competencia porque «restringe la posibilidad de que los clubes se hagan competencia mediante la contratación de jugadores, es decir, actúa sustituyendo el sistema usual de oferta y demanda por un mecanismo uniforme que tiene por consecuencia conservar la situación de competencia existente y privar a los clubes de aprovechar las oportunidades de fichar a jugadores con los que podrían contar en circunstancias normales de competencia» (38).

Que la decisión o acuerdo en cuestión —las reglas de traspaso respecto de jugadores no comunitarios— son susceptibles de afectar el comercio entre los Estados miembros parece claro por cuanto los clubes tenderán a contratar antes a jugadores comunitarios que a no comunitarios aun cuando éstos les pudieran resultar más interesantes en términos deportivos, lo que incorpora un aumento artificial del comercio intracomunitario (39). El Tribunal de Justicia ha sentado desde muy temprano el principio de que, a los efectos del artículo 85.1.º TCE, el comercio queda afectado incluso en el caso de que el acuerdo o decisión implique un aumento más que una reducción del volumen de comercio entre Estados miembros (40).

Entiendo que es en este punto donde se puede plantear el debate de mayor interés y el que, de mediar una toma de posición clara por parte del Tribunal, puede ofrecer los resultados de mayor relevancia jurídica pero también política y social.

3. LAS CUESTIONES CENTRALES DEL DEBATE

Se pueden avanzar ya en este momento una serie de cuestiones en las que *probablemente vaya a focalizarse el debate ante el Tribunal*. Se trata, por un lado, de la afectación, dada la interpenetración de los mercados del deporte, del comercio intracomunitario como consecuencia del mantenimiento del sistema de indemnizaciones por traspaso en el ámbito nacional y en el extracomunitario, y la relación entre Derecho social y Derecho de la competencia, por otro lado.

En la medida en que el Tribunal no está llamado en esta ocasión a pronunciarse en clave de libertades fundamentales, no se encuentra constreñi-

(38) Punto 262 de las Conclusiones.

(39) De la misma opinión son L. NYSSEN y X. DENOEL, quienes estiman que también puede resultar de aplicación el artículo 86 TCE, relativo a la interdicción del abuso de la posición dominante, por entender que las federaciones de fútbol ostentan una posición dominante respecto de los jugadores profesionales y que abusan de la misma al restringir su libertad de circulación. Vid. *La situation des ressortissants de pays tiers suite à l'arrêt Bosman*, «Revue du Marché Unique Européen», núm. 1, 1996, págs. 119 a 133.

(40) Sentencias *Maschinenbau Ulm GmbH c/ Société Technique Minière*, de 30 de junio de 1966 (asunto 56/65), y *Grundig-Consten*, de 16 de julio de 1966 (asuntos acumulados 56 y 58/64).

do por el principio de que las discriminaciones *a rebours* no contradicen el espíritu del Tratado, sino que lo que ha de examinar es la afectación o no de la libre competencia en el ámbito comunitario.

En línea con lo que ya se ha señalado, parece innegable que las distorsiones en la competencia pueden producirse de diferentes maneras a consecuencia del mantenimiento del actual sistema de traspasos.

En primer lugar, en lo que respecta a los jugadores no-UE (o no-EEE) porque un tal sistema actúa limitando las fuentes de aprovisionamiento de jugadores con que los clubes pueden contar (41), de modo que la tendencia de los clubes será la de contratar prioritariamente a jugadores con nacionalidad de algún Estado del EEE antes que a jugadores exteriores, lo que implica una creación artificial de comercio (42).

En segundo lugar, en lo que respecta a los traspasos extracomunitarios porque, por un curioso efecto de triangulación, pueden acabar reflejándose en el mercado interior los efectos de ciertos acuerdos o prácticas restrictivos aun cuando hayan tenido como *partenaires* a clubes situados fuera del territorio comunitario: de continuar vigente el sistema de traspasos respecto de clubes exteriores al EEE, no es difícil comprender que para los clubes resultará más lucrativo que sus ex jugadores contraten con dichos clubes que lo hagan con clubes establecidos en el territorio del EEE, lo que puede llevarles a obstaculizar dicha contratación, incluso concertando su actuación con los clubes interesados, de modo que se genere o se refuerce un flujo comercial que no existiría en condiciones de libre competencia.

En tercer lugar, el mantenimiento del sistema respecto de cualesquiera jugadores, nacionales, comunitarios o extracomunitarios, para los traspasos dentro de una misma federación nacional puede resultar igualmente nocivo para la competencia a nivel comunitario. Una simple observación de la evolución del mercado tras la decisión recaída en el caso *Bosman* es suficiente para darse cuenta de que, al menos por lo que se refiere al mantenimiento del sistema interno de transferencias, se han venido produciendo serias distorsiones en el sentido de que se han incrementado las transferencias intracomunitarias en detrimento de las nacionales.

Además, el mantenimiento de los dos sistemas, nacional y comunitario, es campo abonado para que florezca un lucrativo comercio basado precisamente en el desvío de los intercambios. No es difícil imaginar que un club establecido en un Estado miembro que desea contratar a un jugador sometido a la disciplina de otro club establecido en el mismo Estado miembro se vea tentado a acordar con un tercer club establecido en otro Estado miembro distinto del anterior para que sea este club el que le contrate, con el compromiso de transferírsele a continuación y así evitar el pago del traspaso.

(41) Así lo ha puesto de manifiesto el Comisario de la Competencia, señor Van Miert, en su conferencia «Sport et concurrence...», *op. cit.*

(42) S. WEATHERILL, *Comentario a la sentencia Bosman*, en «Common Market Law Review», vol. 33, 1996, págs. 991 a 1033.

Es innegable que detrás de las indemnizaciones por traspaso se esconden razones atendibles de mantenimiento del equilibrio financiero de los clubes más modestos (43), e incluso de preservación del interés de la competición deportiva, pero habrá que plantearse si dichas razones pueden justificar una restricción de la competencia y hasta qué punto, o, dicho en otros términos, habrá que examinar con criterios de proporcionalidad si dichos objetivos pueden ser cumplidos con medidas menos restrictivas tanto de la libre competencia como de la libertad de circulación de trabajadores (44).

La segunda cuestión esconde la que quizás sea la clave de bóveda del sistema: se trata de la articulación entre el Derecho europeo de la competencia y el Derecho social, la caja de Pandora que el Tribunal de Luxemburgo no ha querido abrir con ocasión del asunto *Bosman* para no tener que pronunciarse sobre la consideración o no de los convenios colectivos como acuerdos que pueden ser examinados a la luz del artículo 85 TCE (45). El Abogado General Lenz en el caso *Bosman* ha salido al paso de la posibilidad de que, partiendo de la consideración de estos acuerdos como convenios colectivos, se pudiera derivar una justificación para una excepción a la aplicación del artículo 85. Al contrario, ha estimado que las reglamentaciones de las federaciones deportivas no podían ser catalogadas como convenios colectivos porque su naturaleza es más bien horizontal, entre empleadores, que vertical, entre dirección y personal (46).

4. PERSPECTIVAS EVOLUTIVAS

La cuestión actualmente planteada ante el Tribunal de Justicia no es sino una de las muchas que quedaron pendientes de respuesta tras la resolución del asunto *Bosman*. Se podría decir que en aquella ocasión, zanjando la más evidente de las cuestiones, se dio el primer paso para que otras muchas, menos evidentes, comenzasen a aflorar.

(43) Puede consultarse un interesante análisis de esta cuestión desde la perspectiva de la racionalidad económica a cargo de S. KÉSENNE, *L'affaire Bosman et l'économie du sport professionnel par équipe*, en «Revue du Marché Unique Européen», núm. 1, 1996, págs. 79 a 87. Este estudio pretende demostrar que la abolición del sistema de traspasos no sólo no comportaría la ruina económica de los clubes pequeños, sino que contribuiría incluso a su saneamiento financiero porque llevaría aparejada una adaptación de los salarios de los jugadores al nivel de su contribución en los ingresos del club, de modo que se verían reducidos los ingresos de aquéllos que actualmente son pagados por encima de ese nivel de contribución real.

(44) En este sentido, vid. la respuesta del Comisario Van Miert a la pregunta del parlamentario señor Linzer, del Partido Popular Europeo, acerca de los medios de compensación a los clubes a causa de la supresión de las indemnizaciones de traspaso. El señor Van Miert entiende que los mecanismos a arbitrar han de ser mecanismos de solidaridad entre los clubes y que han de respetar en todo caso las exigencias de los artículos 48 y 85. «DOCE» núm. C 173, de 1996.

(45) Vid. J. L. DUPONT, *Deporte jurídico profesional y...*, op. cit., pág. 502.

(46) De la misma opinión son D. O'KEEFFE y P. OSBORNE, *L'affaire Bosman: un arrêt important pour le fonctionnement du Marché unique européen*, en «Revue du Marché Unique Européen», núm. 1, 1996, págs. 17 a 44.

La situación de los jugadores no comunitarios dentro de la Comunidad es la excusa perfecta para forzar al Tribunal a ofrecer una respuesta acerca de la compatibilidad de las reglamentaciones deportivas con el Tratado, pero no desde la perspectiva de la libertad de circulación de trabajadores, sino a la luz de las normas del Derecho de la competencia. Una resolución de incompatibilidad tendría, sin duda alguna, repercusiones de largo alcance para la organización del deporte profesional en Europa y acabaría alcanzando incluso, de modo indirecto, a las reglamentaciones internas dentro de cada Estado miembro.

Una tal resolución, por otra parte, supondría adelantar en el tiempo, al menos para una cierta categoría de trabajadores como son los deportistas profesionales, los efectos de los acuerdos de asociación que la Comunidad ha firmado con los países de Europa Central y Oriental (PECO). En efecto, el firmado con Hungría el 16 de diciembre de 1991 (47) prevé en su artículo 37.1.º la supresión de las discriminaciones en razón de la nacionalidad en cualquier Estado miembro entre los trabajadores húngaros y los trabajadores comunitarios, si bien se establece el diferimiento de la efectividad hasta el fin del período transitorio, establecido en diez años. Es de prever que el Tribunal de Justicia se pronuncie cuando tenga la ocasión a favor del efecto directo de este precepto, redactado en términos claros, precisos e incondicionales, como ya lo ha hecho respecto de otros acuerdos de análogas características (48).

(47) «DOCE» núm. L 347, de 1993. Este acuerdo entró en vigor en febrero de 1994.

(48) Sentencias *Kziber*, de 31 de enero de 1991 (asunto 18/90), o *Yousfi*, de 20 de abril de 1994 (asunto 58/93), relativas ambas a la interpretación del Acuerdo de cooperación con Marruecos de 1978.

LAS CUESTIONES PENDIENTES DESPUES DE LA SENTENCIA BOSMAN

Por

CARMEN CAMBA CONSTENLA
Becaria del Area de Derecho Administrativo
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. EL ASUNTO *BOSMAN*: BREVE RECORDATORIO Y CUESTIONES PENDIENTES.—2. EL ASUNTO *BALOG*: CONCRECIÓN DE CUESTIONES PLANTEADAS AHORA AL TJCE: a) *Resumen de los hechos*. b) *Resolución provisional y tutela cautelar de la situación del demandante*: b1) La urgencia y el *periculum in mora*. b2) La apariencia de buen derecho. c) *Cuestiones planteadas al TJCE y excepciones opuestas por la parte demandada*: c1) Los clubes de fútbol como entidades diferenciadas de las empresas. c2) La no existencia de acuerdo alguno entre empresas ni de práctica concertada. c3) La no afectación sensible ni de la competencia ni del comercio entre Estados miembros. c4) La imposibilidad en todo caso de impedirsele exigir el pago del traspaso si el jugador contrata con un club de un tercer Estado no comunitario.—3. LAS CUESTIONES CENTRALES DEL DEBATE.—4. PERSPECTIVAS EVOLUTIVAS.

INTRODUCCIÓN

De todos es conocido que la sentencia *Bosman*, dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el 15 de diciembre de 1995 (as. C-145/93), tuvo y continúa teniendo una gran trascendencia en el ámbito de la organización del deporte profesional, tanto en lo que se refiere a la pretendida autonomía de dicho ordenamiento y sus relaciones con el Derecho comunitario como en lo relativo a la compatibilidad de algunas de sus reglamentaciones con las reglas comunitarias atinentes a la libertad de circulación de trabajadores (1).

No es éste el lugar —ello ha sido hecho ya en repetidas ocasiones— para glosar los contenidos y la doctrina extraída de dicha sentencia seminal.

Era evidente, desde el momento mismo de su publicación, que algunas cuestiones habían quedado pendientes de resolución, y que aquellas que habían encontrado respuesta planteaban de inmediato nuevos interrogantes. Nadie desconocía que el Tribunal de Luxemburgo debería enfrentarse a ellas más pronto o más tarde, y eso precisamente es lo que ha ocurrido en este momento y lo que motiva este comentario.

(1) Cuestiones tan interesantes desde este punto de vista como la compatibilidad con el Tratado de la negación del acceso a competiciones deportivas, de carácter nacional o general, a los hijos de trabajadores migrantes, han sido ya planteadas al Tribunal (cuestión prejudicial presentada por el Tribunal de Primera Instancia de Namur, con fecha 1 de enero de 1998) y están actualmente también pendientes de resolución.

En efecto, el Tribunal de Primera Instancia de Charleroi (Bélgica) ha dirigido, en fecha 2 de julio de 1998, una cuestión prejudicial al Tribunal del Luxemburgo sobre la base del artículo 177 TCE, cuestión planteada en los siguientes términos:

«¿Es compatible con el artículo 85 del Tratado de Roma y/o con el artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que un club de fútbol establecido en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea pretenda, sobre la base de los reglamentos y circulares de las federaciones nacionales e internacionales (URBSFA, UEFA, FIFA), obtener el pago de una "cantidad por traspaso" con ocasión de la contratación de uno de sus antiguos empleados, jugador de fútbol profesional de nacionalidad no comunitaria, acaecida al finalizar el contrato, por un nuevo empleador establecido en el mismo Estado miembro, en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, o incluso en un tercer Estado?»

1. EL ASUNTO BOSMAN: BREVE RECORDATORIO Y CUESTIONES PENDIENTES

Esta fue, en efecto, la gran cuestión pendiente tras la sentencia del caso *Bosman*. A modo de breve recordatorio, veamos cuáles fueron las cuestiones suscitadas y cuáles las respuestas del Tribunal.

En aquella ocasión se preguntó al Tribunal acerca de la compatibilidad con el Tratado tanto de las reglas relativas a la alineación de jugadores extranjeros como de las reglas relativas a los traspasos de jugadores entre clubes, y ello desde un doble enfoque: el de la libertad de circulación de personas (art. 48 TCE) y el de las reglas de la competencia (arts. 85 y 86 TCE).

El Tribunal respondió efectivamente a las dos cuestiones, diciendo que ambos tipos de reglas son contrarios al Tratado (2), pero en atención úni-

(2) Esta toma de posición del Tribunal no es en absoluto novedosa, sino que es la ya adoptada hace más de veinte años en los asuntos *Walrave*, de 1 de diciembre de 1974 (asunto 36/74), y *Dona*, de 14 de julio de 1976 (asunto 13/76). En sendas ocasiones, el Tribunal había declarado aplicable el Derecho comunitario a las prácticas deportivas profesionales en tanto en cuanto constituyen actividades económicas en los términos del artículo 2 TCE (el problema subsiste entonces respecto del deporte *amateur*) y había considerado ilegales las cláusulas de nacionalidad por aplicación del principio general de interdicción de las discriminaciones en razón de la nacionalidad contenido en el artículo 7 TCE. Esta declaración categórica se vio no obstante matizada, hasta su completa desnaturalización, por cuanto que en ambas decisiones el Tribunal incorpora una limitación concebida en términos amplios: la interdicción de discriminación en razón de la nacionalidad no concierne la composición de equipos deportivos, en particular cuando se trata de equipos nacionales y de cara a la participación «en ciertos encuentros», en la medida en que la formación de dichos equipos es una cuestión puramente deportiva y extraña a motivaciones económicas. La vaguedad de estos pronunciamientos hizo que la doctrina general quedase inaplicada en su totalidad y que la cuestión hubiese de suscitarse de nuevo en 1993.

camente al primer enfoque señalado, por entender que la vulneración de las normas relativas a una de las libertades fundamentales entraña la invalidez de dichas reglas, sin que sea necesario plantearse la cuestión bajo el segundo enfoque mencionado.

Siendo el razonamiento técnicamente impecable, la solución incorporada es, sin embargo, alicorta por cuanto no resuelve los problemas suscitados más allá del supuesto en que el deportista afectado sea un nacional de uno de los Estados miembros de la Comunidad y, aun dándose dicho requisito, siempre que de las circunstancias del caso se deduzca una afectación actual o potencial de la circulación intracomunitaria de trabajadores. Quiere con ello decirse que, aun después de la importante decisión recaída en el caso *Bosman*, cuatro grandes interrogantes se encuentran todavía sin respuesta: ¿Son compatibles con el Derecho comunitario las cláusulas de nacionalidad respecto de jugadores no comunitarios? ¿Es compatible con el Derecho comunitario la exigencia de indemnizaciones por traspaso cuando el mismo se produce antes de la expiración del contrato que liga al jugador con el club? ¿Son compatibles con el Derecho comunitario las reglas de traspaso entre clubes de un mismo Estado miembro y respecto de jugadores no comunitarios con ocasión de una *transferencia al fin del contrato*? ¿Son compatibles con el Derecho comunitario las reglas de traspaso entre clubes de distintos Estados miembros y respecto de jugadores no comunitarios también al fin del contrato?

De los cuatro interrogantes señalados son los dos últimos los que han sido presentados en esta ocasión al Tribunal de Luxemburgo. Tratándose de un jugador de nacionalidad extracomunitaria es evidente que no puede examinarse el asunto a la luz del artículo 48 TCE, pero puede y debe hacerse bajo el prisma de las reglas de la competencia, y ello es exactamente lo que el Tribunal de Primera Instancia de Charleroi ha solicitado del Tribunal de Luxemburgo acogiéndose a la posibilidad abierta por el artículo 177, párrafo 2.º, del TCE.

2. EL ASUNTO *BALOG*: CONCRECIÓN DE CUESTIONES PLANTEADAS AHORA AL TJCE

a) *Resumen de los hechos*

El señor Tibor Balog, de nacionalidad húngara, fue empleado como futbolista profesional por el Royal Charleroi Sporting Club en 1993 mediante sucesivos contratos, el último de los cuales expiraba el 30 de junio de 1997. El 21 de abril de 1997 el club le notifica su propuesta de renovar su contrato por una temporada más, lo cual el señor Balog rechaza.

Por su parte, el señor Balog había mantenido una serie de contactos con sendos clubes francés y noruego en vista de ser contratado, contactos que no llegaron a fructificar a causa de la cláusula de indemnización de traspaso de varios millones de francos belgas que el club de Charleroi había incluido en su contrato.

En diciembre de 1997, el señor Balog fue cedido por una temporada a un club israelí sin que el club de Charleroi reclamase cantidad alguna, pues se trataba de una cesión temporal.

En abril de 1998 el mencionado club le dirigió una nueva oferta contractual que, pareciéndole poco interesante, no fue aceptada por el jugador, el cual, en fecha de 23 de abril de 1998, introdujo una demanda en procedimiento de urgencia (3) contra el Royal Charleroi Sporting Club ante el Tribunal de Primera Instancia de Charleroi con el objeto de impedir que dicho club exigiese una indemnización por traspaso «*tendente a o que tenga por efecto, directa o indirectamente, ejercer presión u obstaculizar la libertad contractual del demandante y de todo club interesado a contratarle como futbolista profesional*». Paralelamente solicitó el pago de una cantidad mensual de 45.000 francos belgas hasta que recaiga decisión ejecutoria sobre el fondo de la cuestión y, subsidiariamente, que la cuestión prejudicial fuese planteada al Tribunal de Luxemburgo.

b) *Resolución provisional y tutela cautelar de la situación del demandante*

Tras examinar su propia competencia *ratione materiae*, así como las excepciones de improcedencia planteadas por la parte demandada, el Tribunal de Primera Instancia de Charleroi, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, acordó provisionalmente conceder la medida solicitada y cautelarmente instar al club de Charleroi para que se abstuviese de reclamar cualquier suma en concepto de indemnización de traspaso, al tiempo que remitía la cuestión prejudicial a Luxemburgo para su examen de fondo a la luz de los artículos 85 TCE y 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Respecto de la reclamación de cantidad mensual, el Tribunal estimó que sería prematuro fallar antes de conocer la interpretación del Tribunal de Luxemburgo.

No deja de plantear un cierto interés el examen de las motivaciones que llevan al órgano de instancia a decidir cautelarmente la suspensión de la vigencia de la cláusula de traspaso.

En efecto, dicho Tribunal alcanza la conclusión de que debe estimarse la pretensión del demandante de instar, conforme a las reglas de enjuiciamiento internas (4), el procedimiento de urgencia y de obtener efectivamente la protección cautelar de su situación. La pertinencia de dicha conclusión debe analizarse a la luz de los tres elementos de razonamiento que fundamentan la estimación de la demanda de protección cautelar, a saber: la urgencia, el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*.

(3) El demandante precisó en este momento que una demanda sobre el fondo de la cuestión había sido presentada ante el Tribunal civil correspondiente y que la reclamación planteada en esta instancia viene motivada por la urgencia y que sólo pretende la resolución cautelar de la cuestión.

(4) Artículo 584.1.º del Código de Enjuiciamiento belga.

b1) *La urgencia y el periculum in mora.*

En un análisis de conjunto de los dos requisitos materiales que justifican el otorgamiento de la tutela cautelar, el juzgador estima que se dan en el caso tanto la urgencia como el peligro de perjuicio irreparable en ausencia de resolución rápida, dado que la edad del jugador (5) —32 años— y la brevedad de las carreras deportivas de alto nivel, por una parte, y la naturaleza del litigio y la lentitud de los procedimientos judiciales ordinarios, por otra, hacen que al demandante no le sea posible obtener una decisión de fondo en tiempo útil (6).

Con ello, en una actitud digna de elogio, realiza un examen realista y desligado de exacerbaciones formalistas al entender, por ejemplo, que no puede considerarse que la situación de urgencia haya sido creada por el propio actor pues éste, antes de iniciar el presente procedimiento, intentó la resolución del conflicto por medios extrajudiciales.

b2) *La apariencia de buen derecho.*

Este es, a mi modo de ver, el punto más delicado del análisis efectuado por el órgano juzgador a la hora de conceder la protección cautelar. Sin intentar volver sobre la configuración general del *fumus boni iuris* como elemento fundamentador, junto con los dos anteriormente reseñados, del otorgamiento de dicha protección en la jurisprudencia comunitaria, entiendo que puede ser objeto de crítica el hecho de que el Tribunal de instancia adopte una óptica de análisis centrada únicamente en la situación concreta del demandante, lo cual no es objetable en sí mismo —es incluso loable por cuanto que se escapa de consideraciones formalistas (7)—, sino por la dosis de voluntarismo que incorpora, pues parece fundamentarse en una traslación automática de la doctrina extraída del caso *Bosman*. Dicha traslación no está exenta de problemas por cuanto que la *ratio decidendi* del Tribunal en el caso *Bosman* se encuentra en la afectación de las normas comunitarias relativas a la libertad de circulación de trabajadores comunitarios, normas que por definición no son aplicables a los trabajadores no comunitarios, como por otra parte no se le escapa al propio demandan-

(5) El Tribunal tiene en cuenta que sus expectativas de obtener un contrato interesante decrecen con el paso del tiempo.

(6) No olvidemos que la decisión judicial en el caso *Bosman* vino precedida de un procedimiento que duró más de cinco años, lo que ha puesto en cuestión si el efecto directo del artículo 48 TCE no es finalmente una libertad formal y si la facultad de invocar los derechos que concede no depende de la capacidad económica del demandante, que se arriesga además a la exclusión social. Vid. J.-L. DUPONT, *Deporte profesional y ordenamiento jurídico comunitario después del caso Bosman*, «Revista de Instituciones Europeas», núm. 2, 1996, págs. 487 a 504.

(7) Entre otras consideraciones, estima que no puede reprocharse al demandante el no haber aceptado una nueva oferta contractual por parte de su antiguo empleador, siendo así que las condiciones de la misma no le resultaban interesantes.

te, que por ello plantea la cuestión desde el punto de vista de la afectación de las normas de la competencia.

Si bien es cierto que los poderes suspensivos del juez nacional no se vinculan con carácter general al derecho fundamental comunitario a obtener la tutela cautelar de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico comunitario (8), no parece de recibo el otorgamiento de la medida cautelar toda vez que no puede entreeverse un derecho del actor derivado de la libertad de circulación de trabajadores, derecho fundamental que, como ciudadano no comunitario, no puede derivar de dicho ordenamiento.

Podríamos plantearnos si el Tribunal de instancia no ha ido demasiado lejos en la consideración *negativa* de la apariencia de buen derecho como estimación de que la demanda principal no resulte manifiestamente infundada, descartando abiertamente una consideración *positiva* entendida como la previsibilidad de obtención de una resolución estimatoria de la demanda principal, previsibilidad más que discutible en el caso que nos ocupa, sobre todo si tenemos en cuenta que la propia formulación de la cuestión prejudicial parte de la constatación de que la doctrina invocada no es aplicable al caso y lo que se pregunta es si una doctrina paralela podría ser derivada de unas normas diferentes en su estructura y en su orientación a las normas comunitarias de la libertad de circulación de trabajadores, como son las normas comunitarias de la competencia.

c) *Cuestiones planteadas al TJCE y excepciones opuestas por la parte demandada*

Hemos visto hasta aquí las motivaciones que han llevado al Tribunal de Primera Instancia de Charleroi a estimar la pretensión del demandante y a otorgarle la tutela cautelar de su situación jurídica al tiempo que dirige al Tribunal de Luxemburgo la cuestión prejudicial en los términos en que ha sido expuesta más arriba.

El club demandado se ha defendido ya en la instancia alegando: 1) que no es una empresa sino una asociación sin ánimo de lucro y sin finalidad económica; 2) que no ha habido acuerdo alguno entre empresas ni práctica concertada; 3) que no hay afectación sensible ni de la competencia ni del comercio entre Estados miembros, autocalificándose de club modesto e incluso «menesteroso», y 4) que en todo caso no podría impedirle exigir el pago de un traspaso si el demandante contrata con un club de un tercer Estado no comunitario.

Se trata, en términos generales, de las mismas alegaciones que en su día había hecho el club de Lieja para oponerse a las pretensiones actoras de idéntico fundamento en el caso *Bosman*.

No se trata, obviamente, de hacer aquí una predicción de cuál pueda ser la solución que el Tribunal de Luxemburgo alcanzará, pero no está de más un examen de la cuestión a la luz de la doctrina general de dicha ins-

(8) Vid. M. BACIGALUPO, *La justicia comunitaria*, Madrid, 1995, pág. 123.

tancia jurisdiccional acerca de las reglas de la competencia y de las conclusiones del Abogado General Lenz cuando esta cuestión, entre otras, fue planteada al Tribunal hace cinco años. Seguiremos para ello el orden expositivo derivado de las objeciones planteadas por la parte demandada en este litigio.

c1) *Los clubes de fútbol como entidades diferenciadas de las empresas.*

Esta objeción es fácilmente salvable a la luz de la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Luxemburgo, que entiende que el concepto de «empresa» comprende «cualquier entidad que ejerza una actividad económica», con independencia de su estatuto y forma jurídicos (9) y de sus modos de financiación (10). En efecto, como pusiera de manifiesto el Abogado General Van Gerven en sus conclusiones en el caso *Schmidt* (11), el Tribunal viene refiriendo el concepto de empresa al concepto más amplio de entidad económica, concepto que remite a la existencia de un mínimo de *autonomía organizativa*.

El hecho de no perseguir la entidad ánimo de lucro es también irrelevante a los efectos que nos ocupan, toda vez que lo relevante es el carácter económico de la actividad por ella desarrollada (12), y dicho carácter económico de la actividad viene definido por el hecho de participar en los intercambios económicos, abstracción hecha de la persecución de un beneficio (13).

Así las cosas, es hoy por hoy difícilmente discutible que la actividad deportiva tiene una dimensión económica (14) y que los clubes de fútbol profesionales, como partícipes necesarios que son de esa actividad, actúan como operadores económicos (15) o, si se quiere para mayor precisión, su actividad deportiva tiene unas repercusiones económicas claras (16) y no se trata de unas repercusiones que escapan a la voluntad de estas entidades, sino que ellas mismas —a través de la participación en competiciones organizadas, el patrocinio, la publicidad, la venta de los derechos televisivos—

(9) Sentencia *Dansk Pelsdyravlforening*, de 2 de julio de 1992 (asunto 61/89).

(10) Sentencias *Höfner y Elser*, de 23 de abril de 1991 (asunto 41/90), y *Pistre*, de 17 de febrero de 1993 (asunto 160/91). Asimismo, en la sentencia *Poucet & AGF*, de la misma fecha que la anterior (asunto 159/91), el Tribunal entendió que una caja privada de previsión social no puede ser considerada empresa precisamente porque no desarrolla una actividad económica.

(11) Sentencia de 5 de octubre de 1988 (asunto 357/87).

(12) Sentencias *Royaume Uni*, de 8 de junio de 1994 (asunto 382/92), y *Fédération française des sociétés d'assurance*, de 16 de noviembre de 1995 (asunto 244/94).

(13) Sentencia *British Telecom*, de 20 de marzo de 1985 (asunto 41/83).

(14) G. CAMPOGRANDE, *Les règles de concurrence et les entreprises sportives professionnelles après l'arrêt Bosman*, en «Revue du Marché Unique Européen», núm. 1, 1996, págs. 45 a 56.

(15) De la misma opinión, entre nosotros, L. M. CAZORLA (dir.), *Derecho del deporte*, Madrid, 1992, págs. 80 y ss.

(16) Vid. G. AUNEAU, *Le mouvement sportif européen à l'épreuve du droit communautaire*, «Revue Trimestrielle de Droit Européen», núm. 32, 1996, págs. 101 a 119, en especial págs. 115 y ss.

vos, de entradas y otros muchos y variados artículos— actúan en el mercado como verdaderos ofertantes y demandantes de bienes y servicios y en esa medida deben quedar sometidos a las reglas de la competencia (17).

Como operadores económicos, los clubes se encuentran en situación de competencia directa entre sí en el mercado de las fuentes de aprovisionamiento de jugadores (18) y entre ellos y con otros operadores en mercados como los de espectáculos y de prestaciones publicitarias.

Estas consideraciones no sólo son válidas respecto de los clubes individualmente considerados, sino también respecto de las federaciones nacionales e internacionales, en la medida en que organizan competiciones entre clubes y que en torno a estas competiciones se mueve un flujo de intercambios económicos de los cuales no son meros observadores, sino activos participantes (19).

c2) *La no existencia de acuerdo alguno entre empresas ni de práctica concertada.*

Es también corriente en la jurisprudencia comunitaria la utilización de un concepto amplio de lo que es un acuerdo entre empresas que, como modalidades atípicas, puede revestir forma de decisión de una asociación de empresas, de práctica concertada o de concentración de empresas. Dicha noción extensiva alcanza a todo tipo de acuerdos orales o escritos (20), con independencia del grado de obligatoriedad para los participantes (21) desde el momento en que sean expresión clara de la existencia de una voluntad común (22).

Para que pueda hablarse de una asociación de empresas es indiferente que se trate de decisiones de un organismo de carácter público (23) o privado conforme al Derecho nacional o internacional (24). La propia Comi-

(17) En este sentido, el Comisario de la Competencia, Karel Van Miert, en la conferencia titulada «Sport et concurrence: développements récents et action de la Commission», pronunciada en el Forum Europeo del Deporte (Luxemburgo, 27 de noviembre de 1997), entendió que «... es claro que los aspectos económicos del deporte dotados de una lógica comercial y no de una lógica puramente deportiva, social o cultural que superan las fronteras nacionales no pueden escapar del campo de aplicación del Derecho comunitario».

(18) En contra, vid. la opinión de A. PAPPALARDO y N. PARISIS, *Droit de la concurrence et sport professionnel par équipe*, en «Revue du Marché Unique Européen», núm. 1, 1996, págs. 57 a 64.

(19) G. CAMPOGRANDE, *Les règles de la concurrence...*, op. cit., pág. 50.

(20) Sentencia *Tepea*, de 20 de junio de 1978 (asunto 28/77).

(21) Sentencia *Verband der Sachversicherer*, de 27 de enero de 1987 (asunto 45/85).

(22) Sentencia *BASF, Productores de polipropileno*, de 17 de diciembre de 1991 (asunto 4/89).

(23) Sentencias *Fedetab*, de 20 de octubre de 1980 (asunto 209/78), o *Bureau National Interprofessionnel du Cognac*, de 30 de enero de 1985 (asunto 123/83).

(24) La Union Royale Belge des Sociétés de Football Association tiene naturaleza jurídica privada como asociación sin ánimo lucrativo (ASBL) constituida al amparo de la Ley belga de 27 de junio de 1921. Respecto de la naturaleza jurídica de las federaciones deportivas la literatura es muy abundante. Entre nosotros, vid. L. M. CAZORLA, op. cit.,

sión Europea ha avalado esta interpretación extensiva al señalar que puede tratarse de cualquier forma de agrupación voluntaria, investida o no de personalidad jurídica: sindicatos profesionales, agrupaciones de interés económico, asociaciones sin ánimo de lucro e incluso simples asociaciones de hecho sin personalidad jurídica (25).

La práctica concertada, por su parte, hace referencia a los supuestos en los que no puede constatarse la existencia de un acuerdo formal (26) pero aparece indubitada la existencia de una cooperación práctica entre los operadores que no definen su actuación de forma autónoma de acuerdo con las reglas del mercado (27).

En el caso de referencia no parece necesario plantearse la cuestión de la existencia de práctica concertada toda vez que es innegable la existencia de cooperación, sea bajo la forma de acuerdos entre clubes, sea bajo la forma de decisiones de los entes asociativos (28). En cualquiera de los casos se trata de una cooperación en términos explícitos, escritos y obligatorios.

En efecto, el vigente Reglamento de la Federación Internacional de Fútbol Asociación (FIFA) relativo al estatuto y las transferencias de jugadores, de 7 de diciembre de 1996 (29), contiene en sus artículos 14 y ss. las reglas relativas a los traspasos entre clubes de distintos Estados. El párrafo 8 del citado artículo 14 excluye la aplicación de dichas reglas «a las transferencias de jugadores que posean la nacionalidad de un país miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo y que se realicen entre dos asociaciones nacionales cuyos países sean miembros de la UE o del EEE, siempre que el contrato de trabajo del jugador con su antiguo club haya expirado normalmente para las dos partes». Es decir, dichas reglas son plenamente aplicables cuando se trata de traspasos en vigencia de contrato, así como en cualquier momento a los traspasos entre clubes de la UE o del

págs. 228 y ss., en relación con las federaciones internacionales, y págs. 238 y ss., en lo que se refiere a las federaciones nacionales. Respecto de las funciones públicas que estas entidades realizan y a su posible colisión con la naturaleza privada de las mismas, vid., en la misma obra, págs. 244 y ss. Para sendas exposiciones de Derecho comparado puede verse G. REAL FERRER, *Derecho público del deporte*, Madrid, 1991, págs. 189 a 301, así como P. MAYOR MENÉNDEZ, E. ARNALDO ALCUBILLA y C. DEL CAMPO COLAS (coords.), *Régimen jurídico del fútbol profesional*, Madrid, 1997, págs. 44 a 52. Desde una óptica exclusivamente estatal, A. CAMPS POVILL, *Las federaciones deportivas. Régimen jurídico*, Madrid, 1996, págs. 108 y ss. También, M. FUERTES, *Asociaciones y sociedades deportivas*, Madrid, 1992, págs. 101 y ss., R. TEROL GÓMEZ, *Las ligas profesionales*, Pamplona, 1998, págs. 191 y ss. e I. AGIRREAZKUEENAGA, *La intervención pública en el deporte*, Madrid, 1998, págs. 253 a 352.

(25) Decisión CECIMO, de 13 de marzo de 1969 («DOCE» núm. L 69, de 20 de marzo de 1969).

(26) El Tribunal de Luxemburgo ha extendido notablemente la noción de práctica concertada hasta hacer entrar a los *gentlemen's agreement* en la conocida sentencia *Trefi-leurope*, de 6 de abril de 1995 (asunto 141/89).

(27) Sentencia *Suiker Unie*, de 16 de diciembre de 1975 (asunto 40/73), y más recientemente, recordando esta jurisprudencia, la sentencia *Pâtes des bois*, de 31 de marzo de 1993 (asunto 89/85).

(28) El Abogado General en el caso *Bosman* destacó que, en la medida en que el artículo 85 TCE rige en igual medida para una y otra forma de cooperación, dicha distinción carece de relevancia (punto 258).

(29) Con efectos a partir del 1 de octubre de 1997.

EEE y clubes extraños a dichos círculos, a los traspasos dentro de la misma asociación nacional y a los traspasos entre clubes de cualesquiera Estados cuando afecten a jugadores de nacionalidad no comunitaria o extranjeros al EEE (30).

En lo que se refiere a los traspasos entre clubes del mismo Estado, el propio Reglamento, en su Preámbulo (párrafo 3.º), establece la obligatoriedad para las asociaciones nacionales de organizar su sistema de transferencias, que deberá ser aprobado por la FIFA y que deberá incluir las disposiciones que con carácter obligatorio contiene dicho Reglamento y respetar los principios generales estipulados por los artículos subsiguientes con las mismas, lo que remite directamente al mencionado artículo 14 porque el sistema diseñado en el mismo viene invocado en su precedente, el artículo 13, el cual se encuentra a su vez entre las disposiciones declaradas obligatorias (párrafo 2.º del Preámbulo).

c3) *La no afectación sensible ni de la competencia ni del comercio entre Estados miembros.*

La defensa del club de Charleroi no se articula sobre la base de la naturaleza no lesiva de la competencia de los acuerdos en cuestión, sino que, renunciando aparentemente a esta vía argumental —tal vez por considerarla difícilmente sostenible—, se centra en el carácter supuestamente no sensible de la afectación. En otras palabras, se renuncia a la argumentación en términos cualitativos para centrarse en una argumentación de corte cuantitativo.

Aunque, en efecto, tanto la Comisión Europea como el Tribunal de Justicia suelen considerar que las únicas restricciones a la competencia que están prohibidas por el Derecho comunitario son aquellas que, en razón de la posición que ocupan los interesados sobre el mercado en cuestión, son susceptibles de afectar el juego de la libre competencia de modo «sensible» (31) (excepción *de minimis*), dicha doctrina no es aplicable para el caso en cuestión porque el carácter sensible de la afectación en razón de la talla de los participantes en los acuerdos ha de examinarse de modo conjunto, es decir, valorando globalmente la talla de todos los operadores implicados y la parte relativa de la producción afectada por el acuerdo, desde una perspectiva que permita ponderar la incidencia real del mismo sobre la estructura concurrencial del mercado en cuestión (32) y no, como parece hacer la defensa, tomando únicamente en consideración la posición en dicho mercado de uno sólo de los partícipes del acuerdo.

(30) A pesar de que la FIFA había comunicado a la Comisión Europea la abolición de la aplicación del sistema de traspasos en el interior del espacio EEE para los jugadores no-UE, al término del contrato, a partir del 1 de abril de 1997, en su Circular núm. 616, de 4 de junio de 1997, retrasa esta fecha hasta el 1 de abril de 1999.

(31) Decisión de la Comisión de 17 de julio de 1968 («DOCE» núm. L 201, de 12 de agosto de 1968) y sentencia *Völk-Vervaecke*, de 9 de julio de 1969 (asunto 5/69).

(32) Sentencias *Miller*, de 1 de febrero de 1978 (asunto 19/77); *Distillers Company*, de 10 de julio de 1980 (asunto 30/78); *Erauw-Jacquery*, de 19 de abril de 1988 (asunto 27/87), o *Philip Morris*, de 21 de marzo de 1990 (asunto 142/87).

Dicha valoración ha de efectuarse caso por caso, sin que puedan darse respuestas apriorísticas, pero parece de todo punto lógico pensar que la afectación de la competencia que produce la decisión de una asociación que agrupa de modo obligatorio a todos los operadores en el mercado de referencia es por sí misma, desde el momento en que se demuestre que el tenor del acuerdo que incorpora es susceptible de restringir, impedir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común, una afectación «sensible».

Una distorsión de esta naturaleza se produciría incluso aunque fuese posible ampliar la aplicabilidad de la doctrina extraída del caso *Bosman* a las transferencias internas porque, teniendo dicha doctrina su enclave en las normas relativas a la libertad de circulación de trabajadores, no podría fundamentar la supresión de las cláusulas de traspaso respecto de jugadores no comunitarios. De ahí la necesidad de atajar la problemática desde un ángulo de análisis más general como es el que proporcionan las normas comunitarias de la competencia.

- c4) *La imposibilidad en todo caso de impedirsele exigir el pago del traspaso si el jugador contrata con un club de un tercer Estado no comunitario.*

La cuestión aquí implicada es la determinación de la aplicación, como criterio de la competencia territorial de la norma comunitaria, a situaciones jurídicas que desarrollan sus efectos fuera del ámbito territorial de la Comunidad; en otras palabras, la determinación del ámbito espacial de aplicación de la norma comunitaria, un problema por otra parte común a todo ordenamiento independientemente de su naturaleza, intraestatal, estatal o supraestatal.

La postura defendida por la parte demandada podría parecer de recibo si de lo que se tratase fuese de enjuiciar la compatibilidad de las normas de transferencia con las normas relativas a la libre circulación de trabajadores, dado que el propio artículo 48.2.º TCE refiere dicha libertad de circulación a los trabajadores de los Estados miembros, pero entonces la cuestión habría que centrarla no tanto en la competencia *ratione materiae* cuanto en la competencia *ratione personae*, y la excepción a oponer por la demandada sería más bien la de inaplicabilidad del Derecho comunitario en razón de la nacionalidad del jugador con independencia de que intentase contratar con un club del interior del espacio comunitario o exterior al mismo. No siendo éste el supuesto planteado al Tribunal sino, como ya se ha destacado, el del enjuiciamiento de la compatibilidad de las normas de traspaso con el Derecho comunitario de la competencia, la demandada no puede articular la defensa de este modo y recurre al cuestionamiento de la aplicabilidad de la norma comunitaria en los términos señalados.

El primer criterio de aplicabilidad territorial de las normas comunitarias de la competencia es el de afectación al comercio entre Estados miem-

bros, criterio interpretado extensivamente por la jurisprudencia como la probabilidad de que un comportamiento pueda ejercer una influencia directa o indirecta, actual o potencial, sobre los flujos comerciales entre los Estados (33), obstaculizando así la interpenetración económica querida por el Tratado (34). Con ello se quiere decir que pueden caer dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario de la competencia tanto los comportamientos relativos a intercambios dentro de un mismo Estado miembro cuando son susceptibles de afectar el comercio intracomunitario (35), como los comportamientos en los intercambios con terceros Estados si producen efectos sobre la competencia en uno o varios Estados miembros (36).

En contra de lo que parece sostener la parte demandada, no estamos aquí ante un supuesto de aplicación extraterritorial del Derecho comunitario, puesto que al menos una de las partes participantes en el hipotético acto de aplicación del acuerdo (las normas sobre transferencias) está establecida en el territorio comunitario (37).

El problema parece reconducirse en el fondo a una cuestión fáctica íntimamente relacionada con la examinada en el apartado precedente, cual es la valoración que merece la exigencia de una indemnización de traspaso a un club establecido en un tercer Estado en razón de su incidencia sobre la estructura concurrencial del mercado común.

Parece necesario relativizar la afirmación apriorística de que los traspasos extracomunitarios no afectan el comercio intracomunitario. A este respecto había estimado el Abogado General en el caso *Bosman* que, partiendo de un concepto amplio de «comercio», no limitado al comercio de

(33) Sentencias *Grundig*, de 13 de julio de 1966 (asunto 56/64); *Höfner y Elser* (cit.) o *BPB & British Gypsum*, de 1 de abril de 1993 (asunto 65/89).

(34) Sentencia *ALSATEL*, de 5 de octubre de 1988 (asunto 247/86).

(35) Sentencia *Remia*, de 15 de julio de 1985 (asunto 42/84).

(36) Sentencias *Béguelin*, de 25 de noviembre de 1971 (asunto 22/71), o *Pâte de bois* (cit.).

(37) La Comisión entiende que la aplicación de las normas comunitarias de la competencia alcanza incluso a los comportamientos anticoncurrenciales cuando las empresas implicadas en los mismos no tienen vínculo jurídico alguno con ningún Estado miembro, siempre y cuando los efectos de dichos comportamientos alcancen al comercio intracomunitario: «El artículo 85 TCEE se aplica a las prácticas restrictivas que pueden afectar al comercio entre Estados miembros incluso si las empresas y asociaciones participantes están establecidas o tienen su dirección fuera de la Comunidad, e incluso si las prácticas restrictivas en cuestión afectan a mercados exteriores a la Comunidad Económica Europea.» Opinión de la Comisión en el caso *Pasta de madera*, de 1985 («DOCE» núm. L 85). Dicha aplicación extensiva del principio de la afectación no ha sido acogida en sus términos literales por el Tribunal de Luxemburgo, que en la resolución del mencionado caso se decantó por la teoría de la puesta en práctica o implementación del acuerdo o práctica restrictiva (Sentencia *Pasta de madera*, de 27 de septiembre de 1988, asuntos acumulados 89, 104, 114, 116, 117 y 125 a 129/85), pero ha aclarado expresamente que la Comisión no ha efectuado una apreciación errónea del ámbito de aplicación territorial del artículo 85 cuando lo ha aplicado a empresas que tienen su domicilio fuera de la Comunidad. Acerca de la distinción, más terminológica que práctica, entre ambas aproximaciones en una perspectiva comparada entre la solución europea y la americana, vid. R. P. ALFORD, *The extraterritorial application of Antitrust Laws: The United States and European Community Approaches*, en «Virginia Journal of International Law», University of Virginia, núm. 1, 1992, págs. 1 a 50.

mercancías sino en general a los flujos de intercambio, las normas de transferencia inciden sobre el mismo en la medida en que encarecen los precios finales a pagar por los servicios de los jugadores, y dicha incidencia tiene un efecto restrictivo de la competencia porque «restringe la posibilidad de que los clubes se hagan competencia mediante la contratación de jugadores, es decir, actúa sustituyendo el sistema usual de oferta y demanda por un mecanismo uniforme que tiene por consecuencia conservar la situación de competencia existente y privar a los clubes de aprovechar las oportunidades de fichar a jugadores con los que podrían contar en circunstancias normales de competencia» (38).

Que la decisión o acuerdo en cuestión —las reglas de traspaso respecto de jugadores no comunitarios— son susceptibles de afectar el comercio entre los Estados miembros parece claro por cuanto los clubes tenderán a contratar antes a jugadores comunitarios que a no comunitarios aun cuando éstos les pudieran resultar más interesantes en términos deportivos, lo que incorpora un aumento artificial del comercio intracomunitario (39). El Tribunal de Justicia ha sentado desde muy temprano el principio de que, a los efectos del artículo 85.1.º TCE, el comercio queda afectado incluso en el caso de que el acuerdo o decisión implique un aumento más que una reducción del volumen de comercio entre Estados miembros (40).

Entiendo que es en este punto donde se puede plantear el debate de mayor interés y el que, de mediar una toma de posición clara por parte del Tribunal, puede ofrecer los resultados de mayor relevancia jurídica pero también política y social.

3. LAS CUESTIONES CENTRALES DEL DEBATE

Se pueden avanzar ya en este momento una serie de cuestiones en las que *probablemente vaya a focalizarse el debate ante el Tribunal*. Se trata, por un lado, de la afectación, dada la interpenetración de los mercados del deporte, del comercio intracomunitario como consecuencia del mantenimiento del sistema de indemnizaciones por traspaso en el ámbito nacional y en el extracomunitario, y la relación entre Derecho social y Derecho de la competencia, por otro lado.

En la medida en que el Tribunal no está llamado en esta ocasión a pronunciarse en clave de libertades fundamentales, no se encuentra constreñi-

(38) Punto 262 de las Conclusiones.

(39) De la misma opinión son L. NYSSEN y X. DENOEL, quienes estiman que también puede resultar de aplicación el artículo 86 TCE, relativo a la interdicción del abuso de la posición dominante, por entender que las federaciones de fútbol ostentan una posición dominante respecto de los jugadores profesionales y que abusan de la misma al restringir su libertad de circulación. Vid. *La situation des ressortissants de pays tiers suite à l'arrêt Bosman*, «Revue du Marché Unique Européen», núm. 1, 1996, págs. 119 a 133.

(40) Sentencias *Maschinenbau Ulm GmbH c/ Société Technique Minière*, de 30 de junio de 1966 (asunto 56/65), y *Grundig-Consten*, de 16 de julio de 1966 (asuntos acumulados 56 y 58/64).

do por el principio de que las discriminaciones *a rebours* no contradicen el espíritu del Tratado, sino que lo que ha de examinar es la afectación o no de la libre competencia en el ámbito comunitario.

En línea con lo que ya se ha señalado, parece innegable que las distorsiones en la competencia pueden producirse de diferentes maneras a consecuencia del mantenimiento del actual sistema de traspasos.

En primer lugar, en lo que respecta a los jugadores no-UE (o no-EEE) porque un tal sistema actúa limitando las fuentes de aprovisionamiento de jugadores con que los clubes pueden contar (41), de modo que la tendencia de los clubes será la de contratar prioritariamente a jugadores con nacionalidad de algún Estado del EEE antes que a jugadores exteriores, lo que implica una creación artificial de comercio (42).

En segundo lugar, en lo que respecta a los traspasos extracomunitarios porque, por un curioso efecto de triangulación, pueden acabar reflejándose en el mercado interior los efectos de ciertos acuerdos o prácticas restrictivos aun cuando hayan tenido como *partenaires* a clubes situados fuera del territorio comunitario: de continuar vigente el sistema de traspasos respecto de clubes exteriores al EEE, no es difícil comprender que para los clubes resultará más lucrativo que sus ex jugadores contraten con dichos clubes que lo hagan con clubes establecidos en el territorio del EEE, lo que puede llevarles a obstaculizar dicha contratación, incluso concertando su actuación con los clubes interesados, de modo que se genere o se refuerce un flujo comercial que no existiría en condiciones de libre competencia.

En tercer lugar, el mantenimiento del sistema respecto de cualesquiera jugadores, nacionales, comunitarios o extracomunitarios, para los traspasos dentro de una misma federación nacional puede resultar igualmente nocivo para la competencia a nivel comunitario. Una simple observación de la evolución del mercado tras la decisión recaída en el caso *Bosman* es suficiente para darse cuenta de que, al menos por lo que se refiere al mantenimiento del sistema interno de transferencias, se han venido produciendo serias distorsiones en el sentido de que se han incrementado las transferencias intracomunitarias en detrimento de las nacionales.

Además, el mantenimiento de los dos sistemas, nacional y comunitario, es campo abonado para que florezca un lucrativo comercio basado precisamente en el desvío de los intercambios. No es difícil imaginar que un club establecido en un Estado miembro que desea contratar a un jugador sometido a la disciplina de otro club establecido en el mismo Estado miembro se vea tentado a acordar con un tercer club establecido en otro Estado miembro distinto del anterior para que sea este club el que le contrate, con el compromiso de transferírsele a continuación y así evitar el pago del traspaso.

(41) Así lo ha puesto de manifiesto el Comisario de la Competencia, señor Van Miert, en su conferencia «Sport et concurrence...», *op. cit.*

(42) S. WEATHERILL, *Comentario a la sentencia Bosman*, en «Common Market Law Review», vol. 33, 1996, págs. 991 a 1033.

Es innegable que detrás de las indemnizaciones por traspaso se esconden razones atendibles de mantenimiento del equilibrio financiero de los clubes más modestos (43), e incluso de preservación del interés de la competición deportiva, pero habrá que plantearse si dichas razones pueden justificar una restricción de la competencia y hasta qué punto, o, dicho en otros términos, habrá que examinar con criterios de proporcionalidad si dichos objetivos pueden ser cumplidos con medidas menos restrictivas tanto de la libre competencia como de la libertad de circulación de trabajadores (44).

La segunda cuestión esconde la que quizás sea la clave de bóveda del sistema: se trata de la articulación entre el Derecho europeo de la competencia y el Derecho social, la caja de Pandora que el Tribunal de Luxemburgo no ha querido abrir con ocasión del asunto *Bosman* para no tener que pronunciarse sobre la consideración o no de los convenios colectivos como acuerdos que pueden ser examinados a la luz del artículo 85 TCE (45). El Abogado General Lenz en el caso *Bosman* ha salido al paso de la posibilidad de que, partiendo de la consideración de estos acuerdos como convenios colectivos, se pudiera derivar una justificación para una excepción a la aplicación del artículo 85. Al contrario, ha estimado que las reglamentaciones de las federaciones deportivas no podían ser catalogadas como convenios colectivos porque su naturaleza es más bien horizontal, entre empleadores, que vertical, entre dirección y personal (46).

4. PERSPECTIVAS EVOLUTIVAS

La cuestión actualmente planteada ante el Tribunal de Justicia no es sino una de las muchas que quedaron pendientes de respuesta tras la resolución del asunto *Bosman*. Se podría decir que en aquella ocasión, zanjando la más evidente de las cuestiones, se dio el primer paso para que otras muchas, menos evidentes, comenzasen a aflorar.

(43) Puede consultarse un interesante análisis de esta cuestión desde la perspectiva de la racionalidad económica a cargo de S. KÉSENNE, *L'affaire Bosman et l'économie du sport professionnel par équipe*, en «Revue du Marché Unique Européen», núm. 1, 1996, págs. 79 a 87. Este estudio pretende demostrar que la abolición del sistema de traspasos no sólo no comportaría la ruina económica de los clubes pequeños, sino que contribuiría incluso a su saneamiento financiero porque llevaría aparejada una adaptación de los salarios de los jugadores al nivel de su contribución en los ingresos del club, de modo que se verían reducidos los ingresos de aquéllos que actualmente son pagados por encima de ese nivel de contribución real.

(44) En este sentido, vid. la respuesta del Comisario Van Miert a la pregunta del parlamentario señor Linzer, del Partido Popular Europeo, acerca de los medios de compensación a los clubes a causa de la supresión de las indemnizaciones de traspaso. El señor Van Miert entiende que los mecanismos a arbitrar han de ser mecanismos de solidaridad entre los clubes y que han de respetar en todo caso las exigencias de los artículos 48 y 85. «DOCE» núm. C 173, de 1996.

(45) Vid. J. L. DUPONT, *Deporte jurídico profesional y...*, op. cit., pág. 502.

(46) De la misma opinión son D. O'KEEFFE y P. OSBORNE, *L'affaire Bosman: un arrêt important pour le fonctionnement du Marché unique européen*, en «Revue du Marché Unique Européen», núm. 1, 1996, págs. 17 a 44.

La situación de los jugadores no comunitarios dentro de la Comunidad es la excusa perfecta para forzar al Tribunal a ofrecer una respuesta acerca de la compatibilidad de las reglamentaciones deportivas con el Tratado, pero no desde la perspectiva de la libertad de circulación de trabajadores, sino a la luz de las normas del Derecho de la competencia. Una resolución de incompatibilidad tendría, sin duda alguna, repercusiones de largo alcance para la organización del deporte profesional en Europa y acabaría alcanzando incluso, de modo indirecto, a las reglamentaciones internas dentro de cada Estado miembro.

Una tal resolución, por otra parte, supondría adelantar en el tiempo, al menos para una cierta categoría de trabajadores como son los deportistas profesionales, los efectos de los acuerdos de asociación que la Comunidad ha firmado con los países de Europa Central y Oriental (PECO). En efecto, el firmado con Hungría el 16 de diciembre de 1991 (47) prevé en su artículo 37.1.º la supresión de las discriminaciones en razón de la nacionalidad en cualquier Estado miembro entre los trabajadores húngaros y los trabajadores comunitarios, si bien se establece el diferimiento de la efectividad hasta el fin del período transitorio, establecido en diez años. Es de prever que el Tribunal de Justicia se pronuncie cuando tenga la ocasión a favor del efecto directo de este precepto, redactado en términos claros, precisos e incondicionales, como ya lo ha hecho respecto de otros acuerdos de análogas características (48).

(47) «DOCE» núm. L 347, de 1993. Este acuerdo entró en vigor en febrero de 1994.

(48) Sentencias *Kziber*, de 31 de enero de 1991 (asunto 18/90), o *Yousfi*, de 20 de abril de 1994 (asunto 58/93), relativas ambas a la interpretación del Acuerdo de cooperación con Marruecos de 1978.