

Corporaciones, cárteles y abuso de posición dominante

La dogmática jurídica en la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2023 Asunto C-333/21

Sumario

-

Este artículo analiza la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre el caso de la Superliga. Existe identidad de análisis entre el artículo 101 y el 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: ambos buscan controlar el poder de mercado. En ambos artículos, el análisis debe determinar si la conducta es restrictiva por objeto o por sus efectos. Los acuerdos verticales solo son relevantes bajo el artículo 102, esto es, si una de las partes tiene posición de dominio. Casos como Superbock y Unilever Italia ilustran la dificultad para identificar el "acuerdo" en relaciones verticales. En cuanto al concepto de "decisión de asociaciones de empresas", el artículo 101 solo debe aplicarse a las decisiones que regulen la conducta individual de los miembros en el mercado, no a las que promuevan el fin común de la asociación. Por ejemplo, el acuerdo de la asamblea de una asociación de peleteros por la que se prohíbe usar piel de animales salvajes es una decisión que regula la competencia entre los miembros y entra en el artículo 101. La expulsión por doble afiliación o por denigrar la actividad de los peleteros no lo es. A la vista de lo anterior, se repasan las sentencias Wouters, Meca-Medina, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas y se concluye que no se refieren a decisiones de asociaciones de empresas en el sentido del artículo 101, sino a decisiones unilaterales de empresas dominantes o a restricciones a la libre circulación derivadas del ejercicio de un poder normativo delegado por el Estado en corporaciones privadas. En fin, se aplican estos resultados al caso Superliga y se concluye que la regulación estatutaria de la UEFA sobre la participación en competiciones no autorizadas por parte de sus miembros no es una decisión de una asociación de empresas, sino una decisión de una empresa dominante que, como tal, solo puede expulsar a alguno de sus miembros si la expulsión es imprescindible para salvaguardar el interés social de la UEFA, que es "servir al fútbol", no preservar su monopolio por lo que solo sería legítima si la Superliga no se basara en el mérito y la igualdad de oportunidades, criterios que la UEFA también debe aplicar a sus propias competiciones.

Abstract

-

This article examines the Court of Justice of the European Union (CJEU) decision on the Super League matter. It compares Article 101 with Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, noting that both aim to control market power. The analysis under each article must ascertain if the behavior is restrictive by object or effect. Vertical agreements are included only in Article 102, i.e., if a party to the agreement holds a dominant position. Cases like Superbock and Unilever Italia demonstrate the challenges in finding an "agreement" within vertical relationships. Regarding "decisions by associations of undertakings,"

*Article 101 should apply solely to resolutions passed by corporate bodies that regulate individual market conduct of members, not those promoting the association's collective goal. For instance, an association of furriers' assembly resolution banning the use of wild animal fur is a regulatory decision on competition among members, thus falling under Article 101. However, expulsion due to dual affiliation or based on disloyal public statements by a member does not. Considering this, the rulings in *Wouters*, *Meca-Medina*, and *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas* are reassessed, leading to the conclusion that they do not pertain to 'decisions by associations of undertakings' as per Article 101, but rather to unilateral decisions of dominant firms or to free movement restrictions stemming from private entities that are endowed with state-delegated regulatory authority. Applying these findings to the Super League case, it is deduced that UEFA's statutory rules on participation in unauthorized competitions by its affiliates do not constitute a 'decision of an association of undertakings', but rather a decision by a dominant undertaking. As such, UEFA can only expel a member if the expulsion is vital for protecting its social interest, which is "serving football," not maintaining its monopoly, so it would only be legitimate if the Super League was not based on merit and equal opportunities, criteria that UEFA must also apply to its own competitions.*

Title: *Dogmatic Analysis of the judgment of the Court of Justice of 21 December 2023 Case C-333/21*

-

Palabras clave: decisiones de asociaciones de empresas, abuso de posición dominante, infracción por el objeto, asociaciones, fútbol

Keywords: 'decisions of associations of undertakings', abuse of a dominant position, infringement by object, associations, football

-

- 1. Introducción**
- 2. La aplicación simultánea del artículo 101 y el artículo 102.**
- 3. Identidad de análisis en el artículo 101 y en el artículo 102 TFUE**
- 4. La extensión analógica del artículo 101.3 TFUE al análisis del abuso de posición dominante**
- 5. Los acuerdos verticales de la empresa dominante no están incluidos en el artículo 101 TFUE**
- 6. El concepto de ‘decisión de asociaciones de empresas’ en el artículo 101.1 TFUE**
- 7. La regulación, por una asociación de empresas, de la conducta de sus miembros en el mercado**
- 8. La decisión de una asociación de empresas dirigida a la promoción del fin común o interés social**
- 9. La jurisprudencia europea sobre decisiones de asociaciones de empresas: los casos Wouters, Meca-Medina y Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas**
- 10. La aplicación simultánea de los artículos 101 y 102 en el asunto Superleague**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-
No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción¹

En la cuestión prejudicial elevada por el juzgado mercantil nº 17 de Madrid (auto de 11/5/2021, [ES:JMM:2021:747A](#)), el Tribunal de Justicia (TJUE) tenía que decidir si los artículos de los estatutos sociales de la UEFA y de la FIFA (en adelante, la ‘regulación estatutaria de la UEFA’), que prevén la expulsión de los miembros que organicen o participen en competiciones no autorizadas por ellas son contrarios a los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) que prohíben los cárteles y el abuso de una posición dominante respectivamente.

La sentencia se ocupa de otras cuestiones que no serán tratadas aquí y que incluyen la competencia y la obligación de los tribunales arbitrales del deporte para aplicar las normas antitrust europeas y la afectación de la libre circulación de personas por las reglas corporativas de las federaciones deportivas internacionales.

El Juzgado de lo Mercantil ha dictado sentencia en la que, siguiendo muy de cerca el Auto de la Audiencia Provincial y la sentencia del Tribunal de Justicia ha condenado a la UEFA y a la FIFA a cesar en las “conductas anticompetitivas” contrarias a los artículos 101 y 102 TFUE de las que se ocupa la sentencia. V., SJM de 24 de mayo de 2024, [ECLI:ES:JMM:2024:25](#).

En las páginas que sigue, se argumentará que el TJUE no ha terminado de refinar la relación entre el artículo 101 y el artículo 102; el concepto de “decisiones de asociaciones de empresas” del artículo 101.1 TJUE y qué conductas de los miembros justifican la expulsión de un miembro de la UEFA cuando las cláusulas que describen las conductas infractoras de los estatutos se consideran restrictivas de la competencia porque tienen por objeto o el efecto de disuadir a los miembros de una corporación deportiva de organizar competiciones fuera del marco de la corporación o, simplemente, participar en competiciones organizadas por terceros.

Se argumentará que

a) si bien es correcto aplicar el artículo 101 y el artículo 102 siguiendo los mismos criterios de análisis, no lo es considerar incluidos en el primero los acuerdos entre no competidores – incluidos todos los verticales –, de manera que sólo pueden examinarse bajo el artículo 102 lo que exige que una de las partes del ‘acuerdo’ sea una empresa con posición de dominio.

b) el concepto que el TJUE maneja de ‘decisiones de asociaciones de empresas’ es demasiado amplio y que no forman parte de él las regulaciones estatutarias de asociaciones de empresas que se conectan con el fin común, el interés social o el propósito de la corporación. Sólo deben considerarse ‘decisiones de asociaciones de empresas’ en el sentido del artículo 101 TFUE los acuerdos adoptados por los miembros de una asociación empresarial en el seno de los órganos

¹ Autor de contacto: Jesús Alfaro Águila-Real (jesus.alfaro@uam.es). Agradecimientos: Francisco Marcos, Michele Carpagnano y participantes en la Summer School del Osservatorio Antitrust, Moena, 2024.

sociales que se refieran a la actividad individual de los miembros en el mercado, porque sólo en tal caso puede hablarse de un “acuerdo” entre competidores;

c) en fin, si bien las conclusiones de la sentencia son correctas, la regulación estatutaria que prevé la expulsión de una asociación dominante de alguno de sus miembros sólo es legítima - si tiene efectos anticompetitivos - cuando la conducta del miembro que será expulsado ha puesto en peligro la consecución del fin común, del interés social o del propósito de la corporación.

2. La aplicación simultánea del artículo 101 y el artículo 102

La más vieja doctrina distinguía el ámbito de aplicación del artículo 101 y del artículo 102 sobre la base de que en el primero están prohibidas las restricciones o distorsiones de la competencia producto de la coordinación entre empresas (colusión) y en el segundo están prohibidas las conductas unilaterales de una empresa que disfruta de una posición de dominio. No hay mucha discusión respecto a que ambos preceptos tienen el mismo objetivo: controlar el ejercicio de poder de mercado por las empresas. Con este objetivo, el artículo 101 se dirige a reprimir las conductas coordinadas entre empresas que, individualmente, carecen de poder de mercado (son precioaceptantes) y sólo pueden influir sobre los resultados del mercado si coordinan su actuación en éste. Por el contrario, y por definición, una empresa con posición de dominio – artículo 102 – no necesita coordinarse con otras para ejercerlo, ergo, el artículo 102 prohíbe las conductas de las empresas dominantes.

En consecuencia, el artículo 101 exige que se produzca un acuerdo explícito o implícito entre competidores. En ambos preceptos, la implicación, a través de un acuerdo o de cualquier otra forma, de terceros no competidores es irrelevante.

Esto conduce, por un lado, a excluir del artículo 101 los acuerdos verticales y por otro a las decisiones de asociaciones de empresas que no puedan considerarse ‘acuerdos entre competidores’, esto es, acuerdos entre los miembros de una asociación sectorial que, por definición, son competidores en el mercado. En ambos casos, se trata de conductas que no pueden incrementar el poder de mercado de las partes. Así es en el caso de los contratos entre un fabricante y un distribuidor, pero también ocurre lo mismo cuando los miembros de una asociación, en el seno de los órganos sociales, adoptan decisiones tales como modificaciones de los estatutos o resoluciones sobre el patrimonio de la asociación. Al adoptar tales decisiones, los miembros de la asociación no actúan como competidores. En los apartados siguientes se explica con más detalle este argumento.

3. Identidad de análisis en el artículo 101 y en el artículo 102 TFUE

Por lo demás, la doctrina sobre la relación entre los artículos 101 y 102 recogida en la sentencia Superliga es correcta, es decir, el análisis de las conductas coordinadas entre competidores y el

análisis de las conductas de un operador dominante es semejante porque en ambos casos se trata de reprimir el ejercicio de poder de mercado².

El TJUE ha modificado su comprensión del abuso de posición dominante y estructura el análisis de forma semejante al que realiza en el marco del artículo 101 TFUE. Así, habría abusos de posición dominante “por el objeto” y “por efectos”. Los primeros serían aquellas conductas de la empresa dominante que carecen de cualquier explicación racional que no pase porque logran expulsar a competidores residuales tan eficientes como el dominante o por disuadir a competidores potenciales de entrar en el mercado. Así, por ejemplo, hay determinadas prácticas como las predatorias – i.e., las ventas prolongadas en el tiempo y en el espacio por debajo del coste variable medio – o las de destrucción de activos para impedir su uso por rivales por no hablar de la de destrucción de los activos de un rival, que pueden considerarse abuso de posición dominante per se, o “por su objeto”, de manera que no es necesario (al igual que en el marco del artículo 101.1 TFUE con los cárteles de precios o de reparto de mercados) examinar si se han producido efectos en el mercado o es probable que se produzcan (que un competidor residual ha tenido que abandonar el mercado o que un competidor potencial ha sido disuadido de entrar en él).

Pero, en general, las conductas de la empresa dominante que entran en el artículo 102 TFUE como los descuentos de fidelidad, la vinculación de prestaciones (tying) o la imposición de condiciones o precios desiguales pueden tener efectos excluyentes, pero no necesariamente los tienen. Así, no es probable que un programa de descuentos de fidelidad provoque la expulsión de los rivales si estos descuentos eran poco cuantiosos o se ofrecían a unos pocos clientes o se practicaron sólo durante un breve período de tiempo. Puede ocurrir también que, aunque la conducta tenga efectos excluyentes, los tenga sólo respecto de rivales menos eficientes que el dominante. Por ejemplo, cuando se trata de estrategias comerciales que un competidor tan eficiente como el dominante podría replicar (i.e., el rival podría ofrecer similares descuentos o vincular semejantes prestaciones sin ponerse en pérdidas, etc). Y si la conducta del operador dominante puede provocar la exclusión del mercado del competidor pero es eficiente (“el efecto de exclusión que de dicho comportamiento entraña puede verse contrarrestado o incluso superado por incrementos de eficiencia que benefician también a los consumidores”) entonces no infringe el artículo 102 TFUE porque se tratará de una conducta basada, no en la “explotación abusiva” de una posición de dominio sino en la “eficiencia de las propias prestaciones” y cualquier empresa, incluso las dominantes, tienen derecho a triunfar en el mercado – y a provocar la quiebra de sus competidores – si son capaces de producir los bienes o servicios de que se trate con la misma calidad y a menor precio.

² Su formulación más acabada es la de Ibáñez Colomo expuesta en varios trabajos de los últimos años: [The \(second\) modernization of Article 102 TFEU: reconciling effective enforcement, legal certainty and meaningful judicial review](#) (October 10, 2023); [Form and Substance in EU Competition Law](#), 2023; [The Future of Article 102 TFEU after Intel](#) (2018) y [Competition on the merits](#) *Common Market Law Review*, Vol. 61, Issue 2 (2024) pp. 387 – 416, donde el autor recoge ideas semejantes.

Este es el “test estructurado” de análisis ex artículo 102 TFUE que el TJUE utiliza desde hace algunos años. Y consiste en que, probado que la empresa dominante ha realizado una conducta idónea para provocar efectos excluyentes en el mercado, corresponde a la empresa dominante la prueba de que, en el caso concreto, (i) su conducta no es idónea para provocar el efecto de ‘cierre’ del mercado o el de disuadir a un competidor potencial de entrar en él o (ii) probar que su conducta podría ser replicada por un competidor tan eficiente como el dominante⁵.

4. La extensión analógica del artículo 101.3 TFUE al análisis del abuso de posición dominante

La identidad en el análisis de los casos ex artículos 101.1 y 102 se extiende al 101.3 TFUE. En este sentido, bien puede decirse que la sentencia *Superliga* da por resuelta, definitivamente, la relación entre el artículo 101.1 y el artículo 101.3 en los siguientes términos: el análisis en el marco del primero debe concluir estableciendo si estamos ante un acuerdo restrictivo por el objeto o por sus efectos. En el segundo caso, la autoridad debe probar que los efectos son probables y apreciablemente anticompetitivos. En el primer caso, las empresas participantes en el acuerdo restrictivo por el objeto todavía pueden demostrar que se trata de un cártel “benigno” (V., la STJUE de 25 de enero de 2024, C-438/22 *Em akaunt BG EOOD* ECLI:EU:C:2024:71 párrafo 33).

Es decir, una vez que el TJUE ha aceptado – desde *Cartes Bancaires* – que **restricciones por el objeto y cárteles (*hard core cartels*) son prácticamente sinónimos**, el artículo 101.3 responde al reconocimiento de que hay cárteles que son ‘benignos’ y que deben permitirse porque la política de competencia no es la única política – en el sentido de *policy* – que despliega un Estado (o la Unión Europea). Por ejemplo, un cártel de reparto de mercados puede garantizar el abastecimiento a la población porque genere los incentivos adecuados en la empresa de cada zona para atender a todos los clientes potenciales en lugar de limitarse a los más rentables, que es lo que haría, si estuviera en competencia con proveedores de otras zonas geográficas y reunir los requisitos del artículo 101.3.

En general, son benignos todos los cárteles que tienen como objetivo **crear un mercado o un producto nuevo** para lo que los participantes han de tener que ponerse de acuerdo. Estos cárteles benignos afectan, muy a menudo, a las “condiciones comerciales” y los acuerdos sobre condiciones comerciales se califican como cárteles en la Disposición Adicional 4ª LDC: acuerdos de estandarización o acuerdos entre los participantes en una competición deportiva para establecer las reglas del juego, de ascensos y descensos o el calendario y el horario de juego de los partidos.

⁵ Así, en la sentencia *Superliga* se lee en los párrafos 201 y 202 que “una empresa que ocupa una posición dominante puede justificar comportamientos que pueden estar comprendidos en el ámbito de aplicación de la prohibición establecida en este último artículo (sentencias de 27 de marzo de 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, apartado 40, y de 12 de mayo de 2022, *Servizio Elettrico Nazionale* y otros, C-377/20, EU:C:2022:379, apartado 46)”. En *Post Danmark*, el Tribunal dijo que la conducta del operador dominante (precios más bajos para el cliente del competidor) no era susceptible de provocar la exclusión del mercado del competidor. Y lo mismo ocurrió en *Servizio Elettrico Nazionale*.

5. Los acuerdos verticales de la empresa dominante no están incluidos en el artículo 101 TFUE

De lo que se ha expuesto se deduce que los acuerdos verticales pueden examinarse en el marco del artículo 102 si una de las partes es una empresa dominante. Porque sólo en ese caso pueden distorsionar o restringir la competencia, lo que significa también que sólo la empresa dominante debe ser ‘expedientada’ y, eventualmente, sancionada.

La doctrina del TJUE respecto de las restricciones verticales se ha ido modificando para hacerse cargo de esta comprensión del artículo 101 TFUE aunque en las ‘fórmulas’ que se trasladan de una a otra sentencia se sigue repitiendo que todos los acuerdos verticales son acuerdos entre empresas en el sentido del artículo 101.1. Pero esta afirmación es contradictoria con la exigencia del mismo precepto de que se trate de acuerdos restrictivos de la competencia.

La evolución de la doctrina del Tribunal se ha reflejado en dos casos recientes en los que se ha ocupado (i) de la cláusula de precio de reventa impuesto (PVP, RPM) y la de prohibición de reexportación incluida por un fabricante de cervezas dominante en sus contratos de distribución; y (ii) de la cláusula de exclusividad en los puntos de venta impuesta por un fabricante de helados dominante a sus distribuidores. Me refiero al caso *Superbock* STJUE 29 de junio de 2023, C-211/22 (resumida aquí) y el asunto *Unilever Italia*, STJUE 23 de enero de 2023, C-680/20, (resumida aquí) respectivamente. Recuérdese que la cláusula PVP y la prohibición de reexportación se consideraban una ‘restricción por el objeto’ en la doctrina tradicional sobre acuerdos verticales.

La doctrina recogida en estos dos casos puede resumirse en que si la empresa que incluye la cláusula de RPM/PVP o de exclusividad con sus distribuidores carece de poder de mercado, esos acuerdos no pueden tener efectos restrictivos o distorsionadores de la competencia en el mercado de distribución de cervezas o de helados que sean apreciables por lo que no infringen ni el artículo 102, ni el artículo 101 TFUE salvo que se den circunstancias especiales. Si, por el contrario, el fabricante (*Superbock* o *Unilever*) tuviese posición de dominio, la imposición del RPM/PVP o la obligación de exclusividad habrían de analizarse como supuestos de explotación abusiva de una posición de dominio pero, aun así, la cláusula de RPM no es una restricción por objeto a pesar de que impediría la aplicación de la exención contenida en el Reglamento 2022/720 de restricciones verticales (art. 4 a) por ser considerada una restricción “especialmente grave”.

En ambos casos, el TJUE parece ir abandonando la exigencia de un ‘acuerdo’ para analizar la conducta de *Superbock* o de *Unilever*. Y es que, en las relaciones verticales, la doctrina tradicional tenía grandes dificultades para identificar el ‘acuerdo’. Así, en la sentencia *Superbock*, el TJUE hace malabarismos verbales para ‘encontrar’ un acuerdo entre el fabricante y los distribuidores porque estos protestaban frecuentemente la imposición del precio de reventa (V., párrafo 53). Y las afirmaciones del TJUE son directamente incoherentes en los párrafos 26 y 27 de la sentencia *Unilever* donde afirma, por un lado, que la imposición de la exclusividad no debe considerarse un comportamiento unilateral de *Unilever*, sino una práctica coordinada comprendida, en principio, en el ámbito del artículo 101 y, por otro, que es correcto imputar el comportamiento de los distribuidores a *Unilever*.

Es contradictorio calificar la conducta de Superbock o de Unilever simultáneamente como un ‘acuerdo’ y una ‘delegación’ por parte del fabricante “en entidades jurídicas independientes” pero que “forman parte de una red de distribución” y que están “obligadas a ejecutar sus instrucciones” a efectos del artículo 102. La pregunta es ¿cómo puede Unilever o Superbock obligar a sus distribuidores de helados y cerveza a hacer nada sino es a través de un acuerdo? ¿Cómo puede una empresa, en un sistema de Derecho Privado que no conoce más fuentes de las obligaciones que la ley y el contrato, aplicar “una política decidida unilateralmente... a la que los distribuidores... estaban obligados a atenerse”? Quizá hubiera sido preferible que, como sugiere Kersting, el TJUE considerara a Unilever y a sus distribuidores como una “single economic unit”, como una única empresa como resultado, precisamente de los contratos que les unen. De este modo, los pactos o instrucciones sólo serían relevantes para el derecho de la competencia ex artículo 102 TFUE⁴.

En definitiva, lo relevante es si el fabricante tiene posición de dominio en el mercado del producto. Hablar de “acuerdos verticales” induce a mantener la confusión⁵.

6. El concepto de ‘decisión de asociaciones de empresas’ en el artículo 101.1 TFUE

El mismo razonamiento – no estamos ante un acuerdo entre competidores – se aplica a las ‘decisiones de una asociación de empresas’.

Al definir el concepto de ‘decisión de asociaciones de empresas’ el TJUE no distingue, dentro de los acuerdos corporativos o resoluciones de los órganos de una corporación, entre los que son **expresión de la voluntad de la persona jurídica corporativa** y los que son **acuerdos** adoptados entre las empresas-miembros de una corporación utilizando el foro que les proporcionan los órganos de la asociación. La distinción es, sin embargo, relevante y se basa en que los primeros forman la voluntad de la corporación mientras que los segundos **regulan la conducta individual de los miembros de la corporación en el mercado**.

A mi juicio, sólo estos segundos constituyen “*decisiones de asociaciones de empresas*” en el sentido del artículo 101.1 TFUE. **Los primeros son decisiones de ‘una’ empresa (en su caso): la corporación, no de sus miembros.** Es a la corporación a la que se imputa la conducta de sus órganos y, por lo tanto, han de analizarse, en su caso, en el marco del artículo 102 TFUE verificando, previamente, que la corporación tiene posición de dominio y, naturalmente, que se

⁴ Christian Kersting, Case Note on ECJ, Judgment of 19 January 2023, Unilever (C-680/20), ECLI:EU:C:2023:33 (April 19, 2023). 2023 EWIR 250-251

⁵ Un ejemplo adicional – pero hay muchos - nos lo proporciona el análisis de las autoridades de competencia española de los contratos de cesión de derechos por parte de cada uno de los equipos de fútbol individualmente considerados y Mediapro en las primeras décadas del siglo XXI. Las autoridades de competencia tuvieron que hacer una pirueta argumentativa y apoyarse en el carácter de cesión en exclusiva de los derechos de retransmisión del club de fútbol para justificar la calificación de esos acuerdos como “restrictivos” de la competencia. En cambio, lo que debió hacer es afirmar que Mediapro tenía posición de dominio. En fin, el Asunto *MOTOE* que se cita a menudo en la sentencia *Superliga* se analizó exclusivamente en el marco del artículo 102.

trate de una asociación que realiza actividades empresariales (lo que no tiene por qué ser siempre el caso)⁶.

Las personas jurídicas no tienen capacidad de obrar (*agency*). Necesitan de individuos que ocupan los órganos corporativos para actuar. Y la esencia de la persona jurídica corporativa es, precisamente, que lo hecho por los que ocupan sus órganos se imputa **exclusivamente** a la persona jurídica, no al individuo – al hombre o la mujer – que actúa en el ejercicio de su cargo **ni a los miembros del órgano** colegiado que adoptó el acuerdo. No reconocer lo que se acaba de explicar implica desconocer la personalidad jurídica de la corporación. La doctrina actual del TJUE supone un ‘levantamiento del velo’ sistemático en lugar de excepcional.

Ahora bien, precisamente porque la *societas delinquere non potest*, cuando se comete un delito en el seno de una corporación, la responsabilidad personal (la pena privativa de libertad) se imputa a los individuos que han contribuido decisivamente a la comisión del mismo. A la corporación se le imputa solo responsabilidad patrimonial (eventualmente, el pago de la multa). Esto significa que el artículo 101 nunca se aplica a una corporación, aunque el patrimonio de la corporación sea responsable. Siempre se aplica a sus miembros porque son sus miembros los que han utilizado la persona jurídica para un fin distinto de aquél para el que se constituyó. Es impensable que la asociación de peleteros de la que luego hablaré se constituya para facilitar a sus miembros – los empresarios individuales del sector de la peletería – la formación de cárteles. Esta sería una actuación **ultra vires de los órganos de la corporación**⁷.

Por tanto, una interpretación del artículo 101 que impute a los miembros de los órganos corporativos lo ‘hecho’ por la corporación requiere de una argumentación adicional, es decir, de un criterio racional que permita extender la responsabilidad desde la persona jurídica a ‘terceros’ como son los miembros de la corporación.

Ahora bien, cuando los miembros de una corporación aprovechan la ‘capacidad general’ de las personas jurídicas como sujetos de derecho (art. 38 CC) para adoptar acuerdos en el seno de los órganos corporativos que cualifican como cárteles, esto es, que tienen por objeto **la conducta de los miembros en el mercado**, estamos ante un acuerdo entre empresas competidoras que ‘adopta la forma’ de un acuerdo social (o una ‘decisión de una asociación’ en la dicción del artículo 101.1 TFUE).

(i) Un ejemplo de escuela es el acuerdo adoptado por la asociación de peleteros por el que prohíbe a sus miembros **usar piel de animales salvajes** en la confección de sus abrigos. Al adoptar tal acuerdo en el seno de la asamblea de socios, se está regulando la conducta de cada uno de los

⁶ En muchos casos se tratará de corporaciones privadas que ejercen funciones públicas y, entonces, las normas aplicables no serán las de competencia sino las de libre circulación. V., en general, Julio Baquero Cruz, Entre competencia y libre circulación: el derecho constitucional económico de la Comunidad Europea, 2002.

⁷ V., Jesús Alfaro, Las personas jurídicas no son personas. Son ‘cosas’. Por eso no se les puede aplicar el Derecho Penal. Sólo las normas penales sobre ‘cosas’, Derecho Mercantil, 2024, donde se explica en detalle por qué las corporaciones no pueden cometer delitos; Jesús Alfaro, Personalidad jurídica y penas, InDret, 3/2024, en prensa; Isabel Lifante Vidal, Sobre el concepto de representación, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 32 (2009) pp. 497-524; Jesús Alfaro, La persona jurídica, 2023.

peleteros en el mercado de los abrigos de piel. El acuerdo de la junta de socios es, en sí mismo, un acuerdo entre empresas restrictivo de la competencia en el mercado de abrigos de pieles entre los peleteros considerados individualmente. En el plano civil, el acuerdo será nulo porque cualquiera de los socios podrá alegar que se trata de un acuerdo *ultra vires* de las competencias del órgano: la asociación no puede regular la competencia entre sus miembros. Y, de acuerdo con el Derecho de la Competencia será una decisión restrictiva de la competencia – un cártel sobre condiciones comerciales celebrado por todos los miembros que votaron a favor del acuerdo – que podrá ser excepcionada por el artículo 101.3 TFUE. Una asociación de peleteros se constituye para defender los intereses del sector, por ejemplo, haciendo *lobby* frente a los poderes públicos o realizando campañas publicitarias en las que se elogian las características de los productos del sector o proporcionando servicios a sus miembros (formación, creación de centros de investigación que sirvan a todo el sector etc). **Un acuerdo o una recomendación de precios no puede, en ningún caso, considerarse como un acuerdo de la asociación. Es un acuerdo entre los peleteros⁸.**

(ii) Pero si la asociación de peleteros incluye en sus estatutos que expulsará de la asociación a cualquier peletero que **se haga socio de otra asociación empresarial del sector**, o que denigre el uso de la piel de animales para confeccionar abrigos, ese no es un acuerdo entre empresas ni una “decisión de una asociación de empresas” en el sentido del artículo 101.1 TFUE. Como tal decisión entra dentro del objeto social, del fin común, ha de ser calificada como **una decisión unilateral de una “empresa”**, si es que una asociación de peleteros es una empresa en el sentido del artículo 101.1 TFUE porque, como se refleja en los ejemplos anteriores, preste servicios a sus asociados. Por tanto, la conformidad de tal decisión con el Derecho de la Competencia ha de medirse con arreglo a lo dispuesto **en el artículo 102 TFUE**. Es decir, sólo será una ‘conducta’ reprochable si la asociación desarrolla actividades empresariales y tiene posición de dominio de manera que un peletero expulsado de la asociación no podrá acceder a las prestaciones o servicios que le venía proporcionando la asociación con el resultado de que su supervivencia y prosperidad peligran. Lo que hay que determinar es si la asociación ha ‘explotado abusivamente’ su posición de dominio al imponer tal restricción a la libertad de sus miembros y expulsarlos cuando infringe la prohibición de doble afiliación o de denigrar la actividad de peletería.

7. La regulación, por una asociación de empresas, de la conducta de sus miembros en el mercado

La distinción entre ambos casos es importante porque si estamos ante una ‘decisión de una asociación de empresas’ del artículo 101.1, este precepto se aplica **con independencia de la cuota de mercado que tengan, en conjunto todos los miembros de la asociación**, cuota que, naturalmente, hay que medir **no en el ‘mercado de las asociaciones’ sino en el mercado de**

⁸ ¿Alguien se imagina que los estatutos de la asociación de peleteros incluyeran dentro de la definición del objeto social de la asociación que lo que ha llevado a los peleteros a constituir la asociación es el ánimo de fijar precios comunes, de repartirse los mercados, de unificar las condiciones comerciales o de excluir del mercado a cualquier peletero que no se adhiera a la asociación y a estos principios?

la peletería, (suma de la cuota de mercado de todos sus miembros) que es el mercado donde la conducta tiene efectos sobre la competencia.

Es más, el TJUE ha dicho - *Schenker* – que, aunque los miembros de una asociación de empresas de transporte, transportistas todos ellos, tengan en conjunto una cuota de mercado en el mercado de transporte inferior al 5 %, un pacto entre todos ellos, adoptado en el seno de la asociación, fijando una tarifa común es una **restricción por el objeto**. En este punto, la posición de Niels Wahl, mucho más sensata, todavía no ha triunfado. Wahl sostiene que estos acuerdos quedan fuera del artículo 101.1 TFUE porque, simplemente, no pueden afectar al comercio entre los estados miembro (párrafo 42 de sus Conclusiones en el asunto *Cartes Bancaires*). En realidad, son procompetitivos⁹.

Esto es suficiente para concretar adecuadamente el concepto de “decisión de una asociación de empresas” del artículo 101.1. Como dice Löwhagen, lo que en realidad sucede es que se tiende a considerar que determinadas conductas realizadas por asociaciones de empresas cumplen el requisito de la concordancia de voluntades. La inclusión entre las conductas – colectivas – prohibidas de las “decisiones de asociaciones de empresas” trata de impedir que **se burle la prohibición de acuerdos anticompetitivos entre empresas a través de la “delegación de la coordinación de dichas empresas a un órgano común** a través del que se instrumenta su voluntad colectiva... **una especie de acuerdo indirecto entre empresas**” o, dicho de otra manera, “*lo que subyace no es la voluntad de un sujeto (la asociación) sino un acuerdo entre los asociados*”¹⁰. Las decisiones de asociaciones de empresas que entran típicamente en el artículo 101.1 TFUE son las recomendaciones de precios o de condiciones comerciales (repercutir una tasa a los clientes, de un sistema de etiquetas anti-hurto...) a sus asociados por parte de la asociación del sector.

⁹ En este marco, siguen teniendo interés, en el Derecho español, dos Sentencias de la Audiencia Nacional que resolvieron recursos contra resoluciones del TDC. En la primera de ellas, la de 24 de junio de 1998 (ES:AN:1998:5706), se resolvió un recurso contra la RTDC 26-XII-1995 (360/95 *Mutua Madrileña Automovilista 4*) que consideró infringida la prohibición del art. 1.1 LDC por parte de siete talleres mecánicos que habían acordado imponer precios comunes a la Mutua Madrileña automovilística. Un argumento a favor de la posición de los talleres pasa por afirmar que la fuerte posición de la Mutua Madrileña como demandante de los servicios de reparaciones en el mercado de Madrid, hace irrelevante para la competencia la ‘unificación’ de unos pocos talleres, es decir, algo semejante a los hechos del caso *Schenker*. El acuerdo entre los siete talleres era inidóneo por la escasa potencia de los participantes para tener efectos sobre la competencia. En la segunda sentencia (SAN 2-XI-1998), la Audiencia Nacional resolvió el recurso interpuesto contra la RTDC de 6-IX-1995 (345/94 *Máquinas Recreativas*) que consideró un cártel el acuerdo de la Asociación Asturiana de Máquinas Recreativas por el que prohibía a sus asociados instalar máquinas en los locales en los que ya las hubiera instalado otro miembro de la asociación (reparto de mercado). Lo propio ha hecho el TDC sancionando como acuerdo restrictivo de la competencia a la *Associació de Joguiners Agrupats de Catalunya*, Cooperativa Catalana limitada por expulsar a un cooperativista en aplicación de los estatutos sociales y el reglamento de régimen interno que preveían la expulsión de “aquel socio que sin consultar al Consejo Rector decida instalar otro punto de venta que perjudique a algún miembro de la cooperativa, será causa suficiente para expulsarlo de la misma”. (RTDC 22-XI-2006, 605/05 *Juguetes Cataluña*).

¹⁰ F. Löwhagen, Las asociaciones de empresas en el Derecho de la Competencia español: conceptos básicos y régimen sancionador GJ 14(2010), p 47.

Naturalmente, la asociación puede ser “coautor de una conducta colusoria entre sus miembros... por la participación activa de (la asociación) en la gestión de un cártel entre sus miembros” (Decisión de la Comisión de 19-IX-2007, COMP/39.168, *Artículos de mercería metálicos y plásticos*)¹¹.

Este planteamiento es coherente también con la diferencia establecida por la jurisprudencia europea en cuanto a la responsabilidad de la asociación y de los miembros del pago de las multas en los casos *Finnboard* y *Coop de France*¹² y en el caso *Verband der Sachversicherer*¹³.

8. La decisión de una asociación de empresas dirigida a la promoción del fin común o interés social

En principio, los **estatutos de una asociación no** pueden calificarse como una ‘decisión de una asociación de empresas’ en el sentido del **artículo 101.1 TFUE**. Los estatutos sociales no son un acuerdo ni un contrato entre los miembros de una corporación. Son la ‘constitución’ de la corporación y su promulgación y modificación son **actos unilaterales de la persona jurídica**. Su inscripción en un registro público garantiza que no contienen reglas contrarias al orden público (v., art. 18.2 Código de Comercio para los estatutos de sociedades). Por tanto, no pueden contener, en principio, pactos restrictivos de la competencia¹⁴.

¹¹ V., también, las excelentes Conclusiones del Abogado General Wahl en el Asunto C-194/14 P *AC-Treuhand AG*, presentadas el 21 de mayo de 2015 y la Sentencia de 22 de octubre de 2015 que no siguió la propuesta del AG. Según éste, los que “ayudan” a las empresas participantes en un cártel a la puesta en funcionamiento de este no están incluidos entre los “responsables” de las conductas anticompetitivas según el Reglamento 1/2003. El TJUE, sin embargo, entendió que eso pondría en peligro la efectividad del Derecho europeo y mantuvo la sanción a *AC-Treuhand AG* junto a la impuesta a los cartelistas.

¹² En el asunto *Coop de France*, donde la Comisión sancionó a federaciones de ganaderos francesas por fijar precios y limitar las importaciones, se discutió en detalle el problema del *bis in idem* y de la utilización de las cifras de negocio de los miembros de la asociación para calcular la multa que se impone a la asociación (y, sobre todo, aplicar el límite del 10 % de la cifra de negocio como multa máxima a una empresa). En el caso *Finnboard*, las empresas miembros no se habían implicado en la infracción. En el caso *Coop de France*, se trataba claramente de un acuerdo entre los miembros de la asociación quienes utilizaron ésta para facilitar la celebración del acuerdo y asegurar la ejecución de este. A. Svetlicinii «Piercing the Corporate Veil»: Imposition of Fines on Associations of Undertakings for Violation of EC Competition Law (*Coop de France bétail et viande and Fédération nationale des syndicats d’exploitants agricoles (FNSEA) and Others c. Commission, ECJ (Third Chamber), judgment of 18 December 2008, C-101/07 P and C-110/07 P*), *European Law Reporter*, 3/2009, p 92 ss; v., para el Derecho español, Löwhagen, *Gf* 14(2010) p 60-61.

¹³ El Asunto 45/85 *Verband der Sachversicherer*, STJUE 27 de enero de 1987, párrafos 40-41 corrobora lo correcto de la distinción. El acuerdo colusorio entre compañías de seguro alemanas adoptado en el seno de la asociación sectorial como una “recomendación” era, claramente, un cártel de fijación de precios, en concreto, de precios mínimos que habrían de cargar a sus clientes en el mercado de seguros las empresas miembros de la asociación. V., también, Niggemann/Hasselbach/Nawroth/Rödding, Beck’sches Holding-Handbuch 3. Auflage 2020 Rn. 162: Según el art. 101 del TFUE o § 1 GWB no sólo los acuerdos entre empresas, sino también las resoluciones de las asociaciones de las empresas están cubiertas por la prohibición de los cárteles... el término “asociación de empresas” solo tiene su propio ámbito de aplicación cuando una asociación sin actividad económica propia influye en terceros actividad emprendedora. Véase también, Langen/Bunte/Hengst, art. 101 AEUV, Rn. 76: A efectos económicos, tal decisión corresponde a un contrato entre las empresas de la asociación de empresas. Una decisión siempre existe si la asociación de empresas expresa su intención de coordinar la conducta de sus miembros en un mercado determinado.

¹⁴ V., Jesús Alfaro, Los estatutos sociales como regla contractual, *Almacén de Derecho*, 2021 y Jesús Alfaro, La naturaleza jurídica de los acuerdos sociales, *Almacén de Derecho*, 2016. Si he dicho que “en principio” es porque es imaginable que los estatutos sociales puedan albergar regulaciones extraestatutarias, esto es, que los miembros

Para analizar cuándo una cláusula estatutaria de una corporación puede considerarse contraria al orden público (art. 1255 CC) por restrictiva de la competencia, es útil recurrir a un caso relativamente antiguo de la doctrina del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), el de las obligaciones de compra mínima incluidas en los estatutos de las cooperativas de farmacéuticos.

Las oficinas de farmacia se aseguran el suministro rápido y barato de las medicinas y productos de parafarmacia que venden a sus clientes haciéndose miembros de una cooperativa a la que compran los medicamentos que sus clientes necesitan. En los estatutos de estas cooperativas, era frecuente en el pasado siglo, incluir una “**obligación de compra mínima**” del 70 o del 80 % de las necesidades del farmacéutico cooperativista¹⁵.

Estas cooperativas farmacéuticas están organizadas regionalmente, de modo que, probablemente debido a que la distribución de medicamentos no es competitiva, cada cooperativa farmacéutica es dominante en su región.

En este contexto, la autoridad de competencia decidió sancionar a varias de estas cooperativas dominantes por imponer obligaciones de compra mínima excesivas.

Lo primero que hay que señalar es que el TDC, correctamente, **analizó estos casos como abuso de posición dominante, no como una “decisión de una asociación de empresas”** ya que la cláusula estatutaria **no regulaba la conducta de los farmacéuticos en el mercado** de venta a los consumidores, sino que regulaba **las obligaciones de los miembros de la cooperativa respecto de ésta y las sanciones para el caso de incumplimiento**. Es decir, una regulación perfectamente legítima, como veremos, para lograr la promoción del fin común o interés social que había llevado a los farmacéuticos a constituir la cooperativa.

De hecho, el TDC consideró que era razonable incluir en los estatutos de una cooperativa una obligación de compra mínima. Es más, el propio legislador de cooperativas, cuando describe las obligaciones típicas de un miembro de una cooperativa, incluye obligaciones de este tipo.

Es evidente que, por ejemplo, una cooperativa de agricultores no podría prosperar y lograr eficazmente el fin común (ayudar a sus miembros a procesar y comercializar rentablemente su cosecha) si los cooperativistas no se obligaran a entregar una parte sustancial de sus cosechas a

‘oculten’ en los estatutos pactos o acuerdos entre los miembros relativos a su actividad individual como se ha explicado más arriba. Pero no es el caso de las cláusulas estatutarias analizadas en la sentencia *Superliga*.

¹⁵ Hoy, los estatutos de Cofares, la más importante de estas cooperativas, sólo exigen una compra mínima del 25 % (v., [artículo 8.4 apdo 2 b](#)). Es interesante señalar que en el artículo 8.4 apdo 3 se establece que “*Los socios cooperadores no podrán realizar actividades competitivas a las de la Cooperativa, salvo autorización expresa del Consejo Rector*” que reproduce el artículo 41.1 f) de la Ley de Cooperativas. Hay que entender que lo que está prohibido al cooperativista es constituir una compañía que se dedique a la distribución de medicamentos, no que se afilie simultáneamente a otra cooperativa.

la cooperativa. Simplemente, la cooperativa no alcanzaría la escala necesaria para rentabilizar las inversiones en activos necesarios para prestar sus servicios de forma eficiente a sus socios. Y lo mismo ocurre con las cooperativas de farmacéuticos. En términos del Derecho de sociedades, la obligación impuesta en los estatutos de realizar una compra – o venta – mínima a la cooperativa es necesaria para que la cooperativa logre el fin común, el interés social, para el que se constituyó.

En efecto, el TDC dice con mucha precisión que esa “*cantidad obligatoria de participación mínima de los socios*” es lícita, incluso para una empresa dominante “*siempre que no exceda de la finalidad de esta facultad, que es la de permitir el cumplimiento del fin social de la cooperativa*”. Si la imposición de una obligación de compra mínima a la cooperativa está justificada por el fin social de la cooperativa, entonces la sanción de expulsión de ésta de aquellos farmacéuticos que incumplan gravemente esta obligación estará justificada. Y lo estará con independencia de si la cooperativa tiene posición de dominio. Pero si la obligación de compra mínima equivale a un abuso de posición dominante – porque, como se verá, tiene un efecto de cierre del mercado – entonces, la expulsión de la cooperativa de un farmacéutico que incumple la obligación será un nuevo abuso de la posición de dominio de la cooperativa.

Pues bien, mientras la corporación no sea dominante, una obligación de venta o de compra mínima a la cooperativa (incluso muy elevada) no es relevante para el Derecho de la Competencia. Porque no es una “decisión de una asociación de empresas” en el sentido del artículo 101.1 TFUE según hemos visto y porque tampoco puede constituir un abuso de posición dominante si la cooperativa carece de una posición fuerte en el mercado. Es más, será lógico que las cooperativas que sean nuevos entrantes en el mercado exijan prácticamente la exclusividad a sus miembros. De otro modo no podrán beneficiarse de las economías de escala.

Pero, naturalmente, si la cooperativa tiene posición de dominio, la imposición en los estatutos de una obligación de compra mínima elevada constituye un abuso de posición dominante. Esta conclusión es muy fácil de fundar.

Es, en primer lugar, **una conducta de una empresa** porque la cooperativa realiza actividades económicas.

En segundo lugar, **es una conducta imputable a la cooperativa**, no a sus miembros según se ha explicado.

En tercer lugar, la cláusula de compra mínima elevada **impide el acceso al mercado de la distribución de medicamentos a otras empresas**. Si la cooperativa cubre ya la demanda existente, los farmacéuticos no podrían comprar a la empresa entrante en el mercado, aunque sus condiciones fueran mejores porque, si lo hicieran, incumplirían sus obligaciones como socio cooperativista y podrían ser expulsados lo que les colocaría en una posición vulnerable ya que no podrían atender a sus clientes con la misma celeridad y eficiencia que las otras farmacias competidoras que siguen siendo miembros de la cooperativa dominante.

En fin, falta sólo determinar si la obligación de compra mínima **es o no necesaria para lograr la consecución del fin común**. Y no lo es. Una vez que la cooperativa tiene un tamaño mínimo

que le permite obtener economías de escala, la obligación de compra mínima no es necesaria para lograr el fin común – lícito – de una cooperativa de farmacéuticos. Su inclusión en los estatutos y su *enforcement* a través de la expulsión de los miembros que cubran sus necesidades recurriendo a otras empresas competidoras de la cooperativa constituye un abuso de posición dominante¹⁶.

9. La jurisprudencia europea sobre decisiones de asociaciones de empresas: los casos *Wouters*, *Meca-Medina* y *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*

Es en este marco en el que deben analizarse los casos *Wouters*, *Meca-Medina* y *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*. Para hacerlo correctamente, hay que añadir a lo que se ha expuesto, el análisis de las corporaciones desde el punto de vista de las libertades de circulación.

Como se recordará, en *Wouters* el TJUE consideró que una prohibición de asociación entre abogados y auditores contenida en los estatutos de la corporación profesional de los abogados constituía una restricción de la competencia legítima para garantizar la protección de los intereses de los clientes de los abogados y el cumplimiento de sus deberes por parte de éstos y los auditores. En *Meca-Medina* se consideró que las reglas sobre dopaje y las sanciones a los atletas que se doparan contenida en las regulaciones de la corporación que organiza las competiciones deportivas es una limitación a “*la libertad de acción de los atletas... justificada por un objetivo legítimo... inherente a la organización y al buen funcionamiento de la competición deportiva y busca... garantizar una rivalidad sana entre los atletas...*” Finalmente, en *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, semejante a *Wouters* pero, en el caso, relativa a la obligación de los expertos contables de realizar determinados cursos de formación, el TJUE consideró que, si bien estaba justificado exigir a los expertos contables la realización de cursos de formación continua, reservar a unas empresas determinadas previamente acreditadas con arreglo a criterios dudosos la impartición de esos cursos, no lo estaba.

Pues bien, me parece evidente que ni en *Wouters*, ni en *Meca-Medina*, ni en *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas* estamos ante **una decisión de una asociación de empresas en el sentido del artículo 101.1 TFUE. Estamos ante una decisión unilateral de una empresa que tiene posición de dominio en el caso de *Meca-Medina* y ante decisiones regulatorias delegadas por el Estado en los otros dos casos.** Por tanto, en el caso *Meca-Medina* estamos ante una decisión de una empresa dominante que no es restrictiva de la competencia y en los otros dos casos ante restricciones a las libertades de circulación.

¹⁶ De manera que la Resolución TDC de 26-V-2003 (539/02 *Cofarca*, que reitera la doctrina sentada en los Expedientes A 277 COFAS y 470 COFAS), es perfectamente correcta cuando dice que “*el establecimiento de límites mínimos de compra para todos los asociados, tan elevados como del setenta por ciento, y la sanción de expulsión para el cooperativista que incumpliera esta obligación, realizado desde una fuerte posición de dominio (en la provincia de Las Palmas, la cuota de mercado de Cofarca llegaba al 90 %), no puede tener otro objeto que el de reforzar aún más esa posición, cerrando el mercado a otros competidores*”.

Wouters y Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas se refieren a **regulaciones de carácter público de la actividad de empresas privadas**. Los colegios profesionales son corporaciones de Derecho Público que tienen ‘delegado’ el poder estatal para regular la profesión. Por tanto, **el fin común o el interés social de estas corporaciones incluye la regulación del ejercicio de la profesión por parte de sus miembros**. El análisis de la validez de estas regulaciones ha de hacerse como se hace el de cualquier restricción pública a las libertades de circulación¹⁷.

10. La aplicación simultánea de los artículos 101 y 102 en el asunto *Superliga*

Como se ha adelantado, en el asunto *Superliga* se trataba de determinar la conformidad con el Derecho de la Competencia de las previsiones estatutarias que exigen la “autorización previa” de la UEFA y la FIFA para que los miembros (clubes de fútbol profesional) de éstas puedan participar en competiciones internacionales que no sean organizadas por la UEFA y la FIFA. Y son relevantes tanto el artículo 101 como el artículo 102 TFUE. Es decir, y como se ha explicado más arriba, estamos claramente ante un caso del grupo (ii): la UEFA prevé sanciones para el caso de que alguno de sus miembros infrinja la obligación de no participar, sin autorización, en una competición que no esté organizada por la UEFA. **El fin común que llevó a la constitución de la UEFA es la mejor organización de los campeonatos internacionales** en los que participan los equipos miembros de las Ligas y Federaciones nacionales que son también miembros de la UEFA. Y, **las reglas sobre quién puede y quién no puede participar en el campeonato internacional conocido como *Champions League* son, sin duda, reglas relativas a la organización del campeonato**.

De lo que se trata, pues, es de decidir si esas reglas son ‘contrarias al orden público’ (y no debieron quedar inscritas en el registro de asociaciones suizo o, si se quiere, la asociación suiza no debería ser reconocida por ningún Estado miembro de la Unión Europea) porque, dada la condición de dominante de la UEFA, constituye un abuso de posición dominante al provocar el ‘cierre’ del mercado de las competiciones futbolísticas a nuevos entrantes¹⁸.

El asunto se aprecia con mayor claridad si se compara a la UEFA y la *Formula 1*. Cuando la competición deportiva está organizada por una entidad independiente de los equipos participantes (como es el caso de las carreras de coches que organiza la *Fórmula 1*), no hay razón alguna para considerar sus decisiones bajo el artículo 101 afirmando que, como los socios de la compañía que explota el campeonato de *Formula 1* pueden ser, a su vez empresas, las decisiones

¹⁷ En el caso *Motoe*, lo que el TJUE añadió a lo que se acaba de señalar es que cuando un Estado delega funciones típicamente públicas en una corporación privada, tiene que asegurarse de que ésta no está en un conflicto de interés ‘estructural’ derivado del hecho de que la corporación privada no sólo tiene facultades regulatorias – en el caso, autorizar competiciones de motociclismo – sino que está presente ella misma en el mercado de las competiciones motociclistas.

¹⁸ V., especialmente el párrafo 147 (las cláusulas estatutarias confieren a la UEFA “la facultad de impedir a cualquier empresa competidora acceder al mercado”) y los párrafos 134 a 138. La argumentación de la Audiencia Provincial de Madrid en su [Auto nº 38/2023 de 30 de enero de 2023 \(ES:APM:2023:2A\)](#) es muy convincente respecto al objeto anticompetitivo de esta regulación estatutaria de la UEFA. Recuérdese que el TJUE ha calificado a la UEFA y la FIFA como empresas negando, por el contrario, que ejerzan un poder público por delegación. Son empresas porque organizan las competiciones y gestionan los derechos económicos que éstas generan. El caso *Superleague* es, pues, semejante a *Meca-Medina*, no a *Wouters* u *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*.

de la compañía explotadora son “decisiones de asociaciones de empresas” pero podrán impugnarse como abuso de una posición de dominio.

Y lo mismo ocurre con los casos en los que los afectados por las decisiones de las federaciones internacionales son deportistas individuales, donde la conducta de la federación se analiza exclusivamente en el marco del artículo 102. Sentencia de 21 de diciembre de 2023, C-124/21P, ECLI:EU:C:2023:1012 ***International Skating Union***.

Queda, pues, claro que la regulación estatutaria de la UEFA y la FIFA de la expulsión de sus miembros que participan sin autorización en competiciones organizadas por terceros no es una decisión de una asociación de empresas en el sentido del artículo 101.1 TFUE. Es, en su caso, una decisión de una empresa con posición de dominio.

Por tanto, lo que hay que hacer, de acuerdo con el “test estructurado” que se expuso más arriba es si se trata de un ‘abuso de posición dominante por su objeto’ y, si la respuesta es afirmativa, si podría justificarse de acuerdo con criterios análogos a los descritos en el artículo 101.3 TFUE lo que, a mi juicio, significa que la expulsión de los equipos que participan en una competición no autorizada por la UEFA solo sería legítima **si es una medida imprescindible para salvaguardar el interés social de la UEFA**, no cualquier interés de la UEFA. Sólo el interés social que se centra en ‘servir al fútbol’ convirtiéndolo en el ‘mayor espectáculo del mundo’. No el interés en mantener el monopolio **ni siquiera el interés de la UEFA en seguir siendo relevante y ocupar una posición central en la organización de campeonatos de fútbol internacionales**¹⁹.

Es más, si los campeonatos competidores con los organizados por la UEFA pueden tener más atractivo para el público que los propios, los órganos de la UEFA vendrían obligados a autorizar a los miembros que lo soliciten la organización de cualquier campeonato al margen de la UEFA y seguir participando en los propios para que sea el público el que decida cuál prevalece. Incluso aunque esa nueva competición suponga la decadencia de alguno de los torneos que, en ese momento, organiza la UEFA. Porque la UEFA no es una sociedad anónima cuyo interés social consista en maximizar el valor del patrimonio como ocurre con *Google* o *Louis Vuitton*. Ni el interés social de la UEFA ni el del Real Madrid es maximizar el valor de su patrimonio. La UEFA ha de maximizar el interés del público por el fútbol. Y si hay terceros en el mercado que pueden contribuir a ese fin, lo último que debe hacer la UEFA es obstaculizar la entrada en el mercado de esos terceros. Se comprenderá que este análisis conduce a consecuencias muy diferentes a las que conduce la insistencia del TJUE en que el problema de las cláusulas estatutarias está en que atribuyen a los órganos corporativos de la UEFA un poder discrecional y sin control para expulsar a sus miembros.

De nuevo, la comparación con la *Formula 1* puede servir para aclarar esta última afirmación. Si un equipo participante en el campeonato de *Formula 1* decidiera organizar un campeonato competidor con éste o participara en un campeonato organizado por una empresa competidora

¹⁹ V., Jesús Alfaro, *La expulsión de asociados y la confianza en el Derecho Privado*, ADC 1997, pp 155-186

de Formula One Group, hay pocas dudas de que, a pesar de la posición de dominio de *Formula One Group*, esta empresa tendría derecho a expulsar al equipo en cuestión de la participación en el campeonato. Porque **el fin común que llevó a la constitución de *Formula One Group* y a la organización del campeonato por su parte no es la promoción del éxito del automovilismo de alta velocidad. Es maximizar el valor del patrimonio que es *Formula One Group*.** La participación en exclusiva de un equipo en la *Formula One* tiene un elevado valor, de manera que *Formula One Group* está en su derecho de exigir tal exclusividad a los equipos como condición para participar. **Los equipos que no quieran contribuir al éxito de *Formula One Group* pueden formar su propio circuito**²⁰.

En la sentencia *International Skating Union*, (ISU) el TJUE afina más y mejor los requisitos para que las cláusulas estatutarias que permiten la expulsión sean válidas desde el punto de vista del Derecho de la Competencia. Comienza diciendo que tal facultad debe estar “*sujeta a criterios materiales transparentes, claros y precisos*”, pero estos criterios me parecen perturbadores además de innecesarios porque es muy difícil establecer *ex ante* qué torneos competidores con los que organiza la asociación incumbente deben ser autorizados y cuáles no. Pero, inmediatamente (párrafos 132 y 133) aclara lo esencial: el criterio que debe utilizar la UEFA o la ISU para autorizar y, por tanto, no expulsar, a un miembro que decide organizar o participar en un torneo no organizado por la UEFA o la ISU es el de si este torneo es una competición “*deportiva basada en la igualdad de oportunidades y en el mérito*”. Es decir, si **el torneo que se pretende poner en marcha o en el que se pretende participar está organizado, a su vez, sobre bases compatibles con los objetivos que llevaron a constituir la UEFA.**

Y, en la sentencia *Superliga*, estos requisitos se encuentran en los párrafos 189 y ss – en el marco del análisis de las cláusulas estatutarias como decisión de una asociación de empresas -. En resumen, el TJUE acaba diciendo que la expulsión de los miembros sólo estaría justificada si “*pueden tener una incidencia favorable sobre las diferentes categorías de «usuarios» que constituyen, en particular, las federaciones nacionales de fútbol, los clubes profesionales o aficionados, los jugadores profesionales o aficionados, los jóvenes jugadores y, en términos más generales, los consumidores, ya sean espectadores o telespectadores*”, es decir, si son conformes, en los términos aquí utilizados, con el interés social de la UEFA que no es preservar su monopolio sino servir al fútbol facilitando la celebración de torneos internacionales. Se explica así el contenido de los

²⁰ V., la posición, algo distinta de Pablo Ibáñez Colomo en, *Competition Law and Sports Governance: Disentangling a Complex Relationship* (2022), donde considera que la prohibición de participar en competiciones no organizadas por la UEFA no es necesariamente incompatible con los artículos 101 y 102 porque entiende que los equipos de la *Superleague*, siendo los más poderosos de Europa, “*no serían expulsados de los mercados relevantes... de hecho, es cuando menos plausible que serían capaces de competir eficazmente con los campeonatos organizados en la estructura piramidal gestionada por*” la UEFA y la FIFA. Pero Ibáñez olvida que la UEFA amenazó no solo con expulsar de la *Champions League* a los miembros de la *Superleague*, sino expulsarlos también de las ligas nacionales. Añade Ibáñez que una competición ‘cerrada’ puede ser restrictiva de la competencia si se torna dominante, ya que excluiría del mercado a los equipos que no forman parte del grupo que compone la liga ‘cerrada’ pero no es seguro que tal sea el caso porque los equipos ‘excluidos’ serían tantos y, potencialmente, tan atractivos para el público que sería posible que la competición en la que los ‘excluidos’ participaran fuera tan atractiva o más para el público que la competición ‘cerrada’. Es por esa razón, probablemente, que la *Superleague* se ha presentado como una modificación más o menos leve de la *Champions League*.

párrafos 196 a 198: “*el carácter abierto y meritocrático*” de las competiciones y “*cierta forma de redistribución solidaria*” son argumentos válidos para condicionar la autorización por parte de la UEFA, pero sólo en la misma medida en que la UEFA los exige a sus propias competiciones.

En todo caso, que la *Superliga* no fuera suficientemente meritocrática – por su carácter semicerrado – o suficientemente ‘solidaria’ sólo justificaría condicionar la autorización, no denegarla. En el párrafo 198, el TJUE explica que la preservación del monopolio de la UEFA no puede constituir nunca una justificación ex art. 101.3 TFUE o eliminar la calificación de abusiva de la regulación estatutaria. En fin, la UEFA debe concretar estos principios en la regulación estatutaria (párrafo 199).

Cuando el TJUE analiza el asunto bajo el artículo 102 TFUE, sus conclusiones resultan convincentes. Así, por ejemplo, encaja perfectamente en el artículo 102 calificar como abuso de posición dominante el propio anuncio por parte de la UEFA de que se sancionará a los que organicen una competición al margen de la UEFA (par. 181). Pero, ¿cómo puede ser tal amenaza un acuerdo restrictivo de la competencia en el sentido del artículo 101?