

**Roj:** AAP M 604/2024 - **ECLI:**ES:APM:2024:604A

**Órgano:** Audiencia Provincial

**Sede:** Madrid

**Sección:** 32

**Nº de Recurso:** 286/2024

**Nº de Resolución:** 32/2024

**Fecha de Resolución:** 10/05/2024

**Procedimiento:** Recurso de apelación

**Ponente:** ENRIQUE GARCIA GARCIA

**Tipo de Resolución:** Auto

---

## Encabezamiento

### AUTO nº ...

En Madrid, a 10 de mayo de 2024.

La Sección Trigésimo Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en Derecho de la propiedad intelectual e industrial, de la competencia y de publicidad, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Enrique García García y D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Teresa Vázquez Pizarro, ha visto el recurso de apelación, bajo el número de rollo 286/2024, interpuesto en el seno de la pieza de medidas cautelares del *procedimiento nº 321/2023 del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Madrid* (Derecho de defensa de la competencia).

Han sido partes en el recurso, como apelantes, la REAL FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE FÚTBOL (RFEF) y la FÉDÉRATION INTERNATIONALE DE FOOTBALL ASSOCIATION ( **FIFA** ); y como apeladas, la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE AGENTES DE FUTBOLISTAS ("AEAF") y deocho sujetos más. Las respectivas partes han obrado representadas y defendidas en legal forma.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique García García, que expresa el parecer del tribunal.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el *Juzgado de lo Mercantil número 3 de Madrid se dictó auto, con fecha 2 de noviembre de 2023*, cuya parte dispositiva establece lo siguiente:

*"Se acuerda la adopción de las siguientes medidas cautelares, solicitadas por la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE AGENTES DE FUTBOLISTAS y otros respecto de la FEDERATION INTERNATIONALE DE FOOTBALL ASSOCIATION ( **FIFA** ) y la REAL FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE FÚTBOL (RFEF):*

*1. En relación con la **FIFA**, se ordena a la misma abstenerse de aplicar los artículos 15.1 y 15.2 del FFAR, debiendo respetar el statu quo previo al FFAR en lo relativo a la ausencia de limitaciones de los honorarios de los agentes, mientras dure la tramitación del presenteprocedimiento.*

2. En relación con la RFEF, se ordena a la misma abstenerse de transponer a su propia reglamentación los artículos 15.1 y 15.2 del FFAR, debiendo respetar el statu quo previo al FFAR en lo relativo a la ausencia de limitaciones de los honorarios de los agentes mientras dure la tramitación del presente procedimiento, o bien abstenerse de aplicar los preceptos en que se hubieran transpuesto aquellos de haber tenido lugar la transposición con anterioridad a la notificación de esta resolución.

3. Todo ello con imposición de las costas causadas a las demandadas solidariamente.

Dicha medida cautelar se ejecutará en el momento en que el solicitante preste caución por importe de 50.000 euros, ingresados en cualquiera de las formas previstas en el art. 529, apartado tercero, en el plazo de diez días."

**SEGUNDO** .- Notificada la mencionada resolución a las partes litigantes, por las respectivas representaciones de la REAL FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE FÚTBOL (RFEF) y de la FÉDÉRATION INTERNATIONALE DE FOOTBALL ASSOCIATION ( **FIFA** ) se interpusieron sendos recursos de apelación. Una vez que fueron admitidos por el juzgado y tramitados en legal forma, se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial de Madrid, donde tuvieron entrada con fecha 20 de marzo de 2024.

**TERCERO** .- Turnado el expediente a la sección 32ª, se procedió a la formación del rollo de apelación, que se ha seguido con arreglo a los trámites propios de su clase.

La deliberación y votación del asunto se celebró, por su correspondiente turno, el día 9 de mayo de 2024.

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

## **RAZONAMIENTOS JURIDICOS**

**PRIMERO.-** El debate que accede a esta segunda instancia afecta a una porción muy concreta del contencioso que con mucho mayor alcance ha sido suscitado en el seno del litigio promovido por un grupo de entidades españolas que se dedican a la representación de futbolistas en el ámbito nacional e internacional (agencias de futbolistas, integradas por uno o varios agentes, según el caso) y con ellas de una asociación de agentes (AEAF). En el otro lado del debate se encuentran la FÉDÉRATION INTERNATIONALE DE FOOTBALL ASSOCIATION ( **FIFA** ) y la REAL FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE FÚTBOL (RFEF). La **FIFA** es una asociación privada domiciliada en Suiza que ejerce como el máximo órgano rector del fútbol a nivel internacional, en la que a su vez se integran en calidad de miembros de la misma las diferentes federaciones nacionales de una multiplicidad de países. Entre estas últimas se encuentra la RFEF, que es una entidad asociativa privada, de utilidad pública, que se rige por la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte y por el RD 1835/1991 sobre federaciones deportivas españolas.

El motivo de la contienda lo determina que la **FIFA** haya promulgado un reglamento que tiene como objeto la regulación de la labor de los agentes de fútbol (el denominado FFAR) que debía entrar en vigor en diferentes momentos del año 2023. Hay diversas cláusulas de esa normativa que el colectivo de agencias antes mencionado considera que contravienen el Derecho de la competencia, que deberían

ser consideradas nulas y con ello expulsada su eficacia del tráfico mercantil. No obstante, lo que interesa a la pieza cautelar, en cuyo contexto procesal nos hallamos, es exclusivamente la limitación que para los honorarios que puede exigir un agente por la prestación de sus servicios de intermediación se pretende imponer por medio del mencionado FFAR (en concreto en su artículos 15.1 y 15.2). Con arreglo a ese nuevo régimen las comisiones que los intermediarios podrán percibir en función de la prestación de sus servicios asociados a una transacción estarían topadas, exponiéndolo aquí de un modo muy simplificado, entre el 3 y el 10 % del valor de la transacción concernida. El porcentaje concreto (el 3, el 5, el 6 o el 10 %) a aplicar está en función de quién sea el cliente que contrata dichos servicios (un jugador, un club de destino, un club de destino y un jugador -representación dual-, o, finalmente, un club de origen) y de la remuneración anual del jugador/entrenador de que se trate (si supera o no 200.000 USD) o, en el último caso, de la indemnización por transferencia.

La parte demandante instó una medida judicial, con carácter cautelar y mientras durase el litigio, que impusiera la abstención en la realización de la conducta de aplicar los artículos 15.1 y 15.2 del FFAR. El resto de los preceptos cuestionados en la demanda quedaron al margen de este incidente. El juzgado, tras el trámite correspondiente, accedió a ello y decretó la medida ordenando a las demandadas que se abstuvieran de obrar del modo que se había solicitado.

Tanto LA REAL FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE FÚTBOL (RFEF) como la FÉDÉRATION INTERNATIONALE DE FOOTBALL ASSOCIATION ( **FIFA** ) discrepan de lo decidido en la primera instancia. Ambas coinciden en centrar sus respectivos recursos en tres aspectos: 1º) discuten la apreciación del peligro por la mora procesal porque no entienden que se pueda producir durante el procedimiento un daño o perjuicio, ni que tenga la cualidad de irreversible o que no se pueda remediar; 2º) niegan la apariencia de buen derecho en la reclamación de la parte demandante porque sostienen que la reglamentación perseguía objetivos legítimos de un modo proporcionado; y 3º) rechazan, por contraria a derecho, la procedencia de la imposición de las costas a las demandadas incluso en el caso de que las medidas fueran estimadas .

**SEGUNDO.-** Las recurrentes han suscitado debate a propósito de la concurrencia en el caso que aquí nos ocupa del requisito del peligro por la demora procesal, que constituye una premisa de ineludible observancia para poder tener acceso a la tutela cautelar. La RFEF sostiene que también en el caso de las denominadas medidas anticipatorias debería haberse acreditado que se iba a producir un daño durante el trascurso del procedimiento y no entiende que ello vaya a ocurrir cuando la cautela solo afectaría a los servicios de representación, no a otros, y nada impediría a los agentes seguir compitiendo en el mercado bajo las nuevas normas. Por su parte, la **FIFA** argumenta en la misma línea y añade a ello que además debería justificarse que ese daño sería de carácter irreversible, lo que no ocurriría, en su opinión, en este caso, porque entiende que resultaría esencialmente reparable.

El requisito del peligro por la demora procesal exige, para que pueda decretarse una medida cautelar, que exista un riesgo, racionalmente previsible y objetivo, bien de que la parte demandada pudiera aprovecharse del estado de pendencia inherente a la duración del proceso para hacer inefectiva la tutela judicial que podría otorgar la sentencia resolutoria de la contienda o bien del advenimiento en ese ínterin de situaciones susceptibles de impedir o dificultar la efectividad de lo que pudiera obtener la otra parte en el procedimiento principal. Ello pudiera provenir tanto del demandado como de terceros o estar desprovisto de toda atribución subjetiva, en

tanto que este requisito se configura en términos objetivos, bastando con la mera probabilidad de que se vayan a producir durante la tramitación del proceso acontecimientos que interfieran en la eficacia de la tutela que en su día pudiera otorgarse (  *artículo 728 n° 1 de la LEC*  ).

Asimismo, no debe perderse de vista la relevancia que han adquirido las medidas cautelares que se han dado en llamar anticipatorias (cuyo explícito reconocimiento resulta del  *n° 2 del artículo 726 de la LEC*  ) en los litigios sobre propiedad industrial y sobre Derecho de la competencia, puesto que con aquéllas se garantiza la efectividad del derecho accionado en la medida en que evitan que se prolongue en el tiempo una situación que, "prima facie", se presenta como antijurídica. Con ello se previene la persistencia de la injusticia o que se vayan agravando sus consecuencias durante el trámite procesal, de modo que se impedirá, en el mejor de los casos, que llegue a consumarse el daño hacia la parte actora o, como alternativa no despreciable, que cuanto menos no se vaya incrementando el alcance del mismo mientras se desenvuelve el litigio. De esa manera se acabará facilitando que la ejecución de la sentencia pueda tener el más completo efecto de tutela de sus derechos que es lo perseguido por la parte demandante (finalidad que ha de ser inherente al otorgamiento de la cautela, según el  *n° 1 del artículo 726 de la LEC*  ). La medida cautelar resultará entonces justificada por la legítima pretensión de evitar que el demandado pudiera seguir beneficiándose de una posición infractora y el demandado tener así que soportarlo, con sus indeseables consecuencias, mientras se tramita el litigio.

Esta última situación es la que resulta predicable del presente caso. Si la medida de abstención de conducta que se postula no fuera adoptada por vía cautelar lo que ocurriría es que mientras se completa la tramitación del procedimiento, que dadas sus características peculiares y las incidencias procesales que se anuncian podría ser de prolongada pendencia, se estaría permitiendo que un aparente ilícito concurrencial estuviera desplegando sus perjudiciales consecuencias durante todo ese tiempo. Impedir tal consecuencia es lo que justifica la apreciación del peligro por la demora procesal en el presente caso.

Consideramos artificiosa la polémica que la parte apelante insiste en suscitar a propósito de si el daño que resultaría de lo contrario, lo que incluso se llega a poner en duda en el recurso, debiera ser apreciado como irreparable. En primer lugar, nos parece bastante claro que si se permitiese que aquello que ha sido tachado de ilícito operase sin traba, a lo que se enfrentarán los agentes que vayan a prestar sus servicios de intermediación, que es lo que constituye precisamente el núcleo de su actividad profesional y no parece razonable pensar que deban dejar de proporcionarlos si aspiran a subsistir, es a que no tendrían otra opción que tener que sujetar la contraprestación a recibir por ello al precio que pretende ser fijado por la contraparte. Lo cual, según la experiencia precedente, a tenor de la información obrante en autos (significadamente la vertida en el dictamen KPMG aportado por la parte demandante), supondría para ellos la obtención de unos ingresos considerablemente inferiores a los que obtenían antes. Luego el padecimiento de un relevante menoscabo patrimonial por parte de los mismos devendría en una consecuencia aparentemente insoslayable.

En segundo término, la tutela judicial para el agraviado siempre será más idónea si no se ve compelido a tener que soportar los daños y perjuicios que previsiblemente van a derivar de un ilícito anticoncurrencial que, en lugar de ello, tener que contentarse con sufrirlos, de una manera estoica, a resultas de una incierta posibilidad de futura reparación. Porque en este último caso solo podrá aspirar a la

eventualidad de recibir a posteriori una compensación dineraria por haber soportado un quebranto que puede llegar a alcanzar una considerable magnitud, lo que no constituye un escenario deseable, ni tampoco razonable, cuando se ha accionado con el tiempo suficiente para impedir que se consume tan indeseada consecuencia perjudicial

Y en tercer orden, tampoco cabe ignorar que la posibilidad de conseguir a posteriori una completa e íntegra reparación de los daños y perjuicios soportados, que pudiera dejar al perjudicado por completo indemne de sus consecuencias desfavorables, resultaría en esta clase de casos una expectativa un tanto aventurada. Porque si una empresa tiene que sufrir durante un lapso temporal, que puede ser bastante significativo, una artificial restricción impuesta por voluntad de un tercero que estreche el caudal de la recaudación que debería afluir como natural consecuencia del desempeño su actividad profesional, parece ineludible que ello conlleve, a su vez, el secundario desencadenamiento de una serie de perjuicios que podrían ser de muy variada índole y naturaleza. Con lo que, en sede de la valoración de la existencia de riesgo de sufrir un daño, que no de la necesidad de que se nos acredite el real padecimiento del mismo, pues aquello y no esto es lo que se exige al analizar el requisito del que nos estamos ocupando, basta con que resulte razonable, a la luz de un análisis racional y serio de las circunstancias de un caso, plantearse la posibilidad de que no todas las consecuencias desfavorables se pudieran luego reparar, sin más, con una indemnización o de otra manera. Por un lado, el dictamen KPMG pone de manifiesto la significativa incidencia desfavorable que sobre lo que debiera ser el normal desenvolvimiento en el mercado concernido generaría la maniobra anticompetitiva de imposición de precios. Esa distorsión la pueden sufrir todos los partícipes en su seno con consecuencias indeseables al no responder a la recta dinámica del juego concurrencial. Pero más allá de eso, existe un argumento de pura lógica empresarial, propio del manejo de las máximas de experiencia procedentes del ámbito de lo mercantil, que el tribunal no puede ignorar cuando está efectuando un juicio de valoración de riesgos. El padecimiento de tensiones generadas por la reducción de los ingresos obtenibles por los operadores en un mercado que pasaría a estar distorsionado por conductas anticoncurrenciales puede provocar que aquellos se enfrenten a una coyuntura artificiosa, en la que no resultaría extraño que se generasen desequilibrios no esperables en un contexto de normalidad en la posición concurrencial de algunos de los implicados. En concreto, resulta prudente pensar en la alta probabilidad de que se puedan ver obligados a reducir sus volúmenes empresariales, que les puedan asaltar problemas liquidez, que deban afrontar la necesidad de prescindir de personal o se tengan que enfrentar a un trance de imposibilidad para acometer inversiones necesarias en su propia infraestructura, etc. Restablecer esa clase de situaciones que pueden lastrar definitivamente la suerte de una operativa empresarial e incluso avocar al agente a una expectativa de viabilidad incierta en el seno del tráfico mercantil podría resultar bastante dificultoso, al menos para el caso de algunos de los sujetos demandantes, que no se olvide que constituyen una pluralidad de afectados que han acumulado su iniciativa procesal, pero cada uno de ellos estará lógicamente sujeto a sus propias dimensiones y circunstancias.

**TERCERO.-** En el debate que se ha suscitado a propósito de la apariencia de buen derecho que asiste a la parte demandante, tanto la RFEF como la FIFA sostienen que debería tenerse en cuenta que la conducta que se cuestiona, en concreto el contenido del *artículo 15 del FFAR, persigue objetivos legítimos y resulta proporcionada para su consecución, lo que situaría el comportamiento excluido de la prohibición que se invoca por la actora ( artículos 101.1 y 102 del TFUE , además del artículo 56 de este cuerpo legal , y artículos 1 y 2 de la LDC española).*

Concretamente, es la **FIFA** la que trata de concretar las justificaciones, tras señalar diversos precedentes para dar contexto a su planteamiento. Por un lado, apunta que los agentes promovían traspasos para cobrar comisiones de intermediación, a veces incluso previas o de acceso, que no respondían al interés del representado, sino del propio agente, aprovechando la asimetría informativa entre ellos; sostiene que interferían en la estabilidad contractual con la promoción de los traspasos e incluso en la planificación de las plantillas de los clubes, con las transferencias de última hora que podían afectar al equilibrio competitivo; además, significa la existencia de conflictos de intereses con la posibilidad de obtener comisiones de varias partes en una misma transacción. Alega que todo ello estaba precisado de ser sometido a una regulación. Defiende la **FIFA** que lo que se perseguía no era que los agentes ganasen menos, sino que se alineasen sus incentivos con los de sus clientes. Critica por meramente teóricas o desenfocadas las consideraciones contenidas en el dictamen KPMG que aportaron las demandantes. Además, defiende que precisamente la regla introducida no supone el establecimiento de un límite absoluto, sino de porcentajes para que se acompañen la remuneración del agente y la del jugador, distinguiendo entre las de mayor y menor valor, y lo hace además solo con respecto a los servicios de intermediación, no para otros que puedan prestar.

La concurrencia del preceptivo "fumus boni iuris" ( *artículo 728.2 de la LEC* ), sin el cual no procedería el otorgamiento de la tutela cautelar, exige analizar con la profundidad que ello requiera, según las circunstancias del caso, aunque sea de modo provisional y barajando sólo la información de la que entonces se disponga (que podrá ser ampliada en la fase probatoria del proceso), el análisis de lo fundado del derecho que debería asistir al demandante, pues resulta indispensable para justificar que pudiera anticipársele cualquier tipo de tutela judicial. Para conceder una medida cautelar debe comprobarse, porque así lo exige la ley ( *artículos 728.2 y 732.1 de la LEC* ), que la parte solicitante goza de justificación suficiente que revele, siquiera de modo indiciario, que es probable que el derecho que trata de ejercitar en el litigio principal vaya a merecer un juicio favorable (apariencia de buen derecho). No se trata de prejuzgar, pero sí de constatar que la pretensión de la parte solicitante tiene el grado de solidez necesario para motivar la concesión de la tutela cautelar.

Sin perjuicio de lo que pueda apreciarse en su momento en el seno del procedimiento principal, donde se contará con mayor acervo probatorio e incluso podría ser recabada la opinión del Tribunal de Justicia (UE) al respecto, convenimos con el juzgador de la primera instancia en que la información a su alcance le permitía apreciar que la posición de la parte actora revestía la apariencia de buen derecho precisa para merecer la tutela cautelar. Lo primero que constatamos es que una previsión como la que es objeto de este incidente cautelar tiene, prima facie, encaje en una conducta de imposición de precios. Y un comportamiento de esa índole es conceptualmente observado como una grave restricción desde el punto de vista del Derecho de la competencia, con sujeción a sus correspondientes requisitos, tanto en el *artículo 101 (prohibición de actos colusorios)* como en el *artículo 102 TFUE* (prohibición del abuso de la posición de dominio) y en sus respectivas versiones nacionales de los *artículos 1 y 2 de la LDC* . No vamos a detenernos más en esta premisa por la sencilla razón de que percibimos de que no es sobre ese extremo sobre lo que se centra el debate suscitado por ambas recurrentes en esta segunda instancia, que acuden directamente a la línea de defensa de aducir que, pese a ello, lo que debería tenerse presente, para considerar la conducta libre de la prohibición establecida en esa normativa, es que lo actuado persigue objetivos legítimos y resulta proporcionado para la consecución de los mismos. Vamos a centrarnos, pues, en esos aspectos, partiendo de la premisa de que si no vemos de una manera prístina que el

comportamiento de la parte demandada pueda albergarse en esa clase de justificación deberemos mantener la medida cautelar en consonancia con la apreciación de una conducta que reviste la apariencia de una grave infracción del Derecho de la competencia y eso podría bastar en sede cautelar.

La jurisprudencia europea reconoce que los acuerdos o decisiones que revisten la forma de normas adoptadas por una asociación (de índole profesional o deportivo) con miras a regular el ejercicio de una actividad profesional, aunque supongan restricciones de la competencia, podrían llegar a considerarse justificados si persiguieran objetivos legítimos de interés general que no fueran, en sí mismos, contrarios a la competencia, los medios concretos empleados para ello resultasen realmente necesarios y no llegasen más allá de lo preciso para ese fin ( *sentencias del TJUE de 15 de diciembre de 1995, Bosman, C-415/93 ; de 19 de febrero de 2002 -Wouters y otros, C 309/99 -; de 18 de julio de 2006 - Meca-Medina y Majcen/Comisión, C 519/04* ). Ahora bien, la carga de la prueba incumbirá a esa asociación que estuviera actuando de ese modo aparentemente anticompetitivo y además deberá tenerse presente que ese criterio jurisprudencial no podrá aplicarse respecto de comportamientos que presenten para la competencia un grado de nocividad que permita considerar que tienen por su propio objeto impedir, restringir o falsear la competencia ( *sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2023 - European Superleague Company, S. L., C-333/21* ).

Pues bien, lo primero que hemos de señalar es que, prima facie, la imposición de precios que deriva del FFAR resultaría ineludible para los intervinientes en la prestación de servicios de intermediación en el mercado relevante, cuya libertad de negociación quedaría constreñida por ella. Se trata de una conducta de grave nocividad para la competencia, tanto desde el punto de vista del objeto como de sus efectos. Recordamos que en la demanda se han enfocado las acciones que en ella han sido ejercitadas amparándose, con carácter alternativo, en la comisión de infracciones del *nº 1 del artículo 101 del TFUE* , que es dónde el juez ha detenido su análisis, porque no consideró preciso ir más allá, y del *artículo 102 del TFUE* .

Parece bastante claro que el único designio de una medida como ésta es la de impedir que los agentes puedan cobrar unos honorarios más altos que lo que la **FIFA** considera, bajo su propio criterio, que es lo procedente, porque estima que, de ese modo, el gasto de los clubes de fútbol se dedicará a otros menesteres. Los documentos que constituyen los precedentes del FFAR dejan bastante clara esta finalidad. El problema estriba en por qué debiera ser la **FIFA**, que no es sino otro operador privado, la que decidiese, y con arreglo a qué patrón de referencia, la cuantía adecuada para esos honorarios al margen de las reglas del mercado y de las normas que regulan el Derecho de la competencia.

Por otro lado, lo cierto es que la actividad económica de los agentes se desenvuelve en un escenario distinto al de la propia competición deportiva. De manera que puede comprenderse que se establezca una normativa que ordene de una manera racional el desarrollo de su actividad económica, pero lo que no puede hacerse es utilizar problemáticas propias de otros ámbitos para tratar de subvertir aquella.

Lo que nos lleva, en el contexto de la argumentación jurídica en el que nos ha sido sometido el debate, al análisis de las razones aducidas por las demandadas/apelantes para tratar de justificar la imposición de una regla de limitación a la cuantía de los honorarios de los agentes de los futbolistas en lugar de permitir que estas se rijan por las reglas de mercado (oferta/demanda). A ese respecto, no resulta

comprometido expresar que podríamos comprender que existiera justificación para acometer una regulación de la labor de los agentes con miras a hacer compatibles la optimización y la mayor eficiencia de su tarea con las necesidades de la competición futbolística. Ahora bien, lo que no acabamos de ver es por qué ello haya de afectar precisamente al establecimiento de limitaciones cuantitativas al precio de sus servicios cuando esto debería responder, en principio, a las leyes del mercado, que no pueden ser interferidas por operadores privados como lo son las entidades demandadas. La introducción de mecanismos restrictivos como el que es objeto de este incidente cautelar puede provocar ineficiencias en el mercado, tales como la merma de calidad de los servicios ofertados al constreñir el precio que se podría percibir por ellos, el establecimiento de otra barrera de entrada para quién desease incorporarse como nuevo ofertante de servicios y que se generase además la tendencia a la uniformidad de los precios en el tope establecido al no mediar desincentivo para separarse de él (véase el dictamen KPMG aportado por la parte demandante). Vamos a referirnos, no obstante, a los motivos que han sido alegados, en concreto, por las demandadas a modo de descargo de su conducta para que se comprenda mejor si se trata de verdaderas circunstancias justificativas o tan solo de meras excusas urdidas con cierta habilidad para tratar de eludir la apreciación de una conducta anticoncurrencial.

En primer lugar, resulta difícil conectar la problemática de los eventuales conflictos de interés entre agentes y representados con la del quantum de los honorarios que debieran percibir aquellos. Una regulación que vele por la prevención y evitación de tales conflictos puede contener normas que garanticen que el interés del representado no quede en un segundo plano (con reglas de acceso a la actividad, un código deontológico, el reforzamiento de los deberes de transparencia e información, previsión de reglas sobre incompatibilidades, la regulación de la duración del contrato de representación, etc), pero no se aprecia la necesidad ni la justificación para que haya que incidir en el establecimiento de un tope retributivo para los agentes. Porque esto último poco tiene que ver con los problemas de conflictos de intereses.

En segundo término, lo que atañe al objetivo de la protección de la estabilidad de los contratos entre futbolistas y clubes, lo cierto es que cuesta establecer algún tipo de relación causal entre ello y el establecimiento de límites al montante de los honorarios de los agentes. No alcanzamos a comprender por qué se sostiene que cuanto más altos sean estos últimos más se habría estado incrementando el número de traspasos, cuando, precisamente, la lógica debería ser más bien la contraria. Es decir, si se limita el quantum a percibir por cada uno de ellos, lo más normal es que el agente, para optimizar sus ganancias, procurase entonces provocar el mayor número de operaciones para compensar la disminución de los ingresos derivados de cada una ellas de manera aislada.

En tercer orden, tratar de poner en correlación la protección del fútbol base con la necesidad de contener los honorarios de los agentes tampoco parece que guarde la adecuada conexión lógica. Las contribuciones al fútbol base por parte de los clubes tiene, como consta en los autos, un régimen por completo independiente de las retribuciones que se generan por la actividad de los agentes. El cuidado y/o refuerzo de los mecanismos de solidaridad y compensación pueden garantizarse e implementarse sin interferencia alguna con el régimen retributivo de los agentes, ya que se mueven en planos por completo diferentes. Por otro lado, el refuerzo de los procedimientos de recaudación y reparto de recursos, así como los mecanismo de sanción para los clubes incumplidores, se antojan medidas más adecuadas para solventar problemáticas de esta índole, en lugar de interferir en el despliegue de actividades independientes a ello.

En cuarto lugar, la necesidad de proteger el equilibrio competitivo que pueda verse afectado por las transferencias de última hora podría justificar el establecimiento de medidas enfocadas a solventar ese problema, más no utilizarse como un argumento para justificar la imposición de límites cuantitativos a los honorarios de los agentes. El propio interés de los jugadores o entrenadores en cambiar de club y los condicionamientos que exijan para ello, lo que resulta crucial en estos casos, así como la capacidad económica de los clubes interesados, lo que puede originar largas y complejas negociaciones, son los condicionantes más evidentes para que se generen problemáticas atinentes a la operativa de esos cambios, que pueden generar, en ocasiones, situaciones de expectativas prolongadas. De manera que introducir limitaciones a los honorarios de los agentes no contribuiría a impedir que aquellas transferencias pudieran seguir produciéndose igualmente en el límite temporal marcado, sin que se atisbe que incidir de ese modo constituya una medida adecuada e idónea para contener el volumen de los traspasos de jugadores en el último momento.

Finalmente, el hecho de que los límites para los honorarios de los servicios de intermediación se establezcan en el FFAR mediante porcentajes, y no sobre cifras absolutas, no empece a la constatación de que se trata del establecimiento de un tope a los precios aplicables por los agentes que deberían, en cambio, ser el fruto de la libre negociación, conforme al juego de la oferta y la demanda, en consideración a la eficiencia y calidad de los servicios ofertados. De hecho, según consta en autos el percibo de una comisión determinada por un porcentaje negociado sobre el volumen de la operación ya era un modo habitual de retribución en el sector. El problema lo ocasiona que un operador privado, dotado de poder de mercado para ello, decida de manera unilateral introducir una restricción artificiosa a esos porcentajes antes libremente negociados por los terceros implicados en las operaciones concernidas, lo que conlleva, de manera incuestionable, el empleo de un mecanismo de fijación de precios que, a priori, agrede al Derecho de la competencia.

**CUARTO.-** El último motivo del recurso se refiere a la imposición de costas que han sufrido las demandadas en el incidente cautelar. Ambas recurrentes, RFEF y FIFA, consideran que no han sido aplicadas las reglas especiales propias de esta materia que hubieran debido determinar que no se efectuase expresa condena al pago de las mismas en el caso de decretarse la medida interesada de contrario. Y ello aunque no oculten que su aspiración fuera la que, de haberse desestimado la medida, hubiera sido la actora la condenada a su pago. Este último escenario ha quedado, sin embargo, descartado a tenor de lo explicado en los precedentes fundamentos de esta resolución judicial.

Debemos aclarar que acudir al principio del vencimiento previsto en el *nº 1 del artículo 394 de la LEC* sólo cabe en materia de cautelares cuando el juzgado realiza un pronunciamiento denegatorio de las medidas interesadas, tal como se desprende del *nº 1 del artículo 736 de dicho texto legal*. En ese caso el solicitante de la medida debería responder de las costas derivadas de su improcedente petición. En cambio, no existe tal previsión cuando el auto hubiera acordado las medidas (*artículo 735 de la LEC*), por lo que no cabría realizar la automática extrapolación de una previsión legal que regula el pronunciamiento en costas que correspondan a la fase de juicio declarativo (como expresamente señala el *nº 1 del artículo 394 de la LEC*), donde el principio del vencimiento tiene su sentido, puesto que se verifica un enjuiciamiento definitivo a favor de uno u otro litigante y no un mero juicio provisional e indiciario como el que se practica en el ámbito cautelar. La justificación de que no se efectúe condena en costas a la parte demandada en sede de medidas cautelares, amén

de la mencionada ausencia de previsión legal al respecto (que sí existe, en cambio, cuando media un incidente de oposición en las adoptadas inaudita parte - *artículo 741.1 de la LEC* ), deriva de que el trámite cautelar no es un paso preceptivo para poder obtener la tutela judicial sino adicional y potestativo para el demandante, que puede conseguir el beneficio de que, si cumple ciertos requisitos y afianza la responsabilidad en que pudiera incurrir si más adelante se desestimase su demanda, se anticipen determinados efectos o actuaciones a él favorables en una fase inicial del litigio, cuando todavía está pendiente la definitiva resolución que demanda en defensa de sus derechos. De lo que el demandado vencido debe responder es precisamente del coste que ocasione al actor verse obligado a tener que seguir el preceptivo juicio para poder satisfacer su derecho, pero no de lo que corresponda a un trámite potestativo como lo es el cautelar, en cuyo caso cada cual correrá con sus propias costas, salvo que se desestimase la solicitud de la parte actora.

Consideramos, por lo tanto, que este último motivo de recurso es el único que resulta justificado. Luego hemos de modificar el pronunciamiento referente a las costas referentes a la primera instancia.

**QUINTO.-** Puesto que el recurso de apelación prospera, siquiera en cierta parte, no va a proceder que efectuemos expresa imposición de las costas derivadas de la segunda instancia. Así resulta de lo establecido en el *nº 2 del artículo 398 de la L.E.C* . en la versión aplicable al presente litigio conforme a las reglas de derecho intertemporal (la previa a la reforma de la LEC por RDL 6/2023).

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación al presente caso, este tribunal pronuncia la siguiente

## **PARTE DISPOSITIVA**

1º.- Estimamos, en parte, el recurso de apelación interpuesto por las respectivas representaciones de la REAL FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE FÚTBOL (RFEF) y de la FÉDÉRATION INTERNATIONALE DE FOOTBALL ASSOCIATION ( **FIFA** ) contra el *auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Madrid, con fecha 2 de noviembre de 2023, en el procedimiento nº 321/2023* .

2º.- Revocamos, en parte, la mentada resolución judicial, en concreto, en lo referente al pronunciamiento nº 3 relativo a las costas, a fin de declarar que no procedía efectuar expresa imposición de las derivadas del incidente cautelar en la primera instancia.

3º.- Confirmamos, en cambio, en sus restantes pronunciamientos la referida resolución judicial.

4º.- No procede realizar expresa imposición de las costas correspondientes a la apelación.

Hacemos constar que contra la presente resolución de este tribunal no cabe interponer recurso alguno.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal que constan en el encabezamiento de esta resolución.